TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

I REATI CONTRO IL PATRIMONIO

Tracce

Traccia I: Il candidato dopo aver esaminato la natura e le funzioni delle cause di non punibilità in generale dei reati, dia concreta esemplificazione dopo averne delineato le caratteristiche, della speciale causa di non punibilità di cui all'art. 649 c.p.

Traccia II: Il candidato, dopo aver esaminato i principi di diritto eurounitario in tema di frodi comunitarie, indichi – previa adeguata esmplificazione – i rimedi presisposti dalla legislazione nazionale per la loro prevenzione e repressione

Sommario: Furto. Giurisprudenza (p.1). 2. Approfondimenti teorici (p.2). 3. La particolare tenuità del fatto (p.109. 4. Condotta riparatoria (p.22). 5. Rapina ed estorsione. Giurisprudenza (p.36). 6. Violenza morale e causa di non punibilità (p.39). 7. Ancora sulla causa di non punibilità ex art. 649 c.p.. (p.46). 8. Furto nei supermercati (p.53). 9. Le S.U. ammettono il tentativo di rapina impropria (p.62). 10. La responsabilità del proprietario dell'animale (p.70). 11. Maltrattamento di animali (p.79). 12. Delitti di frode. Truffa. Giurisprudenza (p. 105). 13. Regime IVA delle vendite a distanza (p.1179. 14. I tre volti della voluntary disclosure (p. 126) 15. Truffa contrattuale (p. 157). 16. Appunti in tema di frode informatica (p. 170). 17. Peculato e frode informatica. Concorso di norme (p. 177). 18. Recentissime sentenze di Cassazione sul Trust (p.180) . 19. Circonvenzione di incapace. Un caso specifico (p.194). 20. Le modalità di condotta del reato (p.196). 21. Insolvenza fraudolenta (p.

200). 22. Usura (p.209). 23. Appropriazione indebita (p. 224). 24- Frodi comunitarie (p. 225). 25. Truffa contrattuale . Un caso specifico (p. 258). 26. Ricettazione, incauto acquisto e riciclaggio (p. 265). 27. Autoriciclaggio e responsabilità dell'ente (p. 267). 28. Autoriciclaggio e reati tributari (p. 280)

FURTO – FURTO AGGRAVATO

Cass. pen. Sez. V Sent., 08/06/2018, n. 33863 (rv. 273898)
CIRCOSTANZE DEL REATOCircostanze specialiFURTO

REATI CONTRO IL PATRIMONIO - Delitti - Furto - Circostanze aggravanti - Cose esposte alla pubblica fede - Esposizione per necessità - Nozione - Fattispecie

In tema di furto aggravato di cose esposte alla pubblica fede, il requisito della esposizione per "necessità" richiede che sia puntualmente accertata in concreto la sussistenza di una situazione determinata da impellenti e non differibili esigenze che abbiano impedito alla persona offesa di portare con sé o custodire più adeguatamente la "res" furtiva. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso la sussistenza dell'aggravante relativamente al furto di una tessera bancomat sottratta da una borsa riposta dentro un furgone, poichè la persona offesa aveva parcheggiato e lasciato aperto il predetto furgone senza rappresentare esigenze particolari che le avessero impedito di approntare forme più adeguate di tutela dei propri beni). (Annulla in parte senza rinvio, App. Palermo, 20/10/2017)

FONTI
CED Cassazione, 2018

Tribunale Ferrara, 05/10/2017
FURTO
Integra il delitto di furto aggravato dall'uso del mezzo fraudolento - e non quello di truffa - la condotta di colui che, simulando la qualità di incaricato di pubblico servizio, adduca esigenze di inesistenti verifiche o controlli per ottenere la consegna di beni da parte della persona offesa al fine di impadronirsene, in quanto tale consegna non è sintomo della sua volontà di spossessarsene definitivamente.

FONTI
Massima redazionale, 2017

Corte d'Appello Roma Sez. II, 26/09/2017
FURTOREATO IN GENERE
È qualificabile come furto aggravato da mezzo fraudolento l'impossessamento di un oggetto di cui si sia ottenuta, con un pretesto, la momentanea consegna da parte del legittimo detentore il quale, sia rimasto presente in attesa della restituzione. Il successivo uso della violenza, dunque, finalizzato a procurarsi il mantenimento del possesso del cellulare, integra senza ombra di dubbio, il delitto di rapina impropria.

FONTI
Massima redazionale, 2017

Cass. pen. Sez. V Sent., 07/04/2017, n. 33869 (rv. 270421)
FURTO

REATI CONTRO IL PATRIMONIO - Delitti - Furto - In genere - Sottrazione di beni in dotazione ai servizi igienici autostradali - Furto - Configurabilità

Integra il delitto di tentato furto aggravato la condotta di colui che venga sorpreso a sottrarre i beni in dotazione ai servizi igienici presenti nelle aree di sosta autostradale, non trattandosi di "res derelicta" ma di beni destinati ad un consumo da effettuarsi rigorosamente sul posto e non suscettibili di accaparramento indiscriminato. (Rigetta, App. Trieste, 25/01/2016)

FONTI

CED Cassazione, 2017

Tribunale Genova Sez. I, 16/03/2017
CIRCOSTANZE DEL REATOCircostanze specialiFURTO

Incorre nell'imputazione per il reato di furto aggravato il prevenuto che in concorso con un complice, al fine di conseguire un ingiusto profitto, si impossessava di una confezione di profumo nascondendola sotto la giacca, oltrepassando le casse del supermercato, dopo aver rotto la confezione, senza pagarne il corrispettivo

FONTI

Massima redazionale, 2017

APPROFONDIMENTI TEORICI

Il VÓLTO DEL SISTEMA PENALE E LE RIFORME IN ATTO

di Francesco Palazzo

cost. art. 27

Una pur rapida rassegna delle riforme in atto nel campo del diritto penale sostanziale mette in luce le due direzioni di fondo lungo le quali le riforme si muovono: quella della moralizzazione attraverso lo stigma punitivo e quella della sicurezza, specialmente urbana. Un uso disinvolto e propagandistico del diritto penale in questa duplice direzione conferisce al sistema una fisionomia complessiva lontana dal vólto costituzionale del diritto penale come desumibile dallo spirito, ancor prima che dal testo, dell'art. 27. Col rischio che anche l'eventuale giudizio di costituzionalità sia reso più difficile.

A brief review of the ongoing criminal law reforms helps to discern the two main objectives of

Sommario: Continuità, discontinuità - Carcere - Inasprimenti sanzionatori - Sicurezza - Legittima difesa - Costituzione

Continuità, discontinuità

Dopo più di sei mesi di attività del nuovo governo e delle forze politiche di maggioranza uscite trionfanti dalle elezioni politiche del marzo 2018, è possibile

delineare ormai con una certa precisione le tendenze della politica penale attuale, sulla base non solo dei documenti e delle dichiarazioni programmatiche ma anche degli atti normativi già varati o in corso di approvazione.

Come si sa, la nuova compagine governativa si è costituita all'insegna del "cambiamento" (che, tra parentesi, non costituisce di per sé una formula del tutto nuova…). Un cambiamento, s'intende, che questa volta dovrebbe essere reale, effettivo e radicale. Riferita al mondo della giustizia penale, e in particolare all'area del diritto penale sostanziale, cosa potremmo aspettarci da una così convinta e forte scelta di cambiamento? Forse dei meccanismi di contenimento dell'ineluttabile ed implacabile proliferazione dei reati che vada ben oltre l'inadeguato palliativo della riserva di codice; forse una revisione del sistema sanzionatorio che vada ben oltre l'eterno ricorso alle misure alternative dell'ordinamento penitenziario; forse qualche intervento meno radicale ma che consenta di ridare quanto meno leggibilità e un minimo di coerenza ad istituti centrali del diritto penale, come ad esempio la confisca o le circostanze del reato; forse un ripensamento e una risistemazione delle varie cause di non punibilità che sono venute affastellandosi e sovrapponendosi nell'ansia esclusivamente efficientistica di questi ultimi anni.

La forte radicazione popolare delle nuove forze politiche negli atteggiamenti emotivi delle grandi masse (insomma, quella loro connotazione che molti dicono *populistica*) ha fatto sì che il "cambiamento" venga perseguito nel solco di una linea tutto sommato già nota di rafforzamento ed agevolamento della repressione: non è forse incontestabile che anche la legislatura precedente abbia prodotto segni inequivoci in questo senso, come ad esempio gli inasprimenti sanzionatori della c.d. riforma Orlando (per altri aspetti apprezzabile) o come - ben più significativamente - l'indiscriminato allargamento del campo applicativo delle misure di prevenzione, ormai consolidate e nobilitate anche linguisticamente nel *codice* antimafia? E allora, se la linea politica sollecitata dalle masse, con la complicità determinante dei mass media, è quella del perenne rafforzamento repressivo, il "cambiamento" non poteva che essere consono a questa ormai perdurante richiesta di maggiore repressione, e non poteva consistere dunque che in un vistoso "giro di vite".

Ciò detto, va però anche dato atto che, rispetto al passato e ai tanti proclami di riforma della giustizia penale che si sono succeduti negli anni, questa volta - almeno stando al "contratto di governo" - una tratto innovativo c'è sicuramente: ed è costituito dal fatto che il diritto penale sostanziale ha svolto la parte del leone, mentre le riforme processuali sono comparse nell'agenda governativa - ed invero in forme molto generiche - solo successivamente, e più precisamente quando una delle due forze di maggioranza ha ritenuto di "raffreddare" la progettata riforma della prescrizione legandola appunto ad una futura ed incerta riforma processuale complessiva nel senso della speditezza e della semplificazione. Probabilmente, l'enfasi posta sulle riforme di diritto penale sostanziale può trovare la sua ragion d'essere nella maggiore efficacia simbolica e, diciamo pure propagandistica, di cui il diritto dei delitti e delle pene è dotato rispetto alla disciplina altamente tecnica del rito processuale.

E allora vediamo un po' più in dettaglio, seppure molto sinteticamente, i punti centrali del "cambiamento" programmato e in atto.

Carcere

All'origine, nel "contratto di governo" vi è - per quanto riguarda la giustizia penale - un'intonazione fortemente polemica nei confronti della politica penale della precedente legislatura. Due i punti in cui ciò emerge chiaramente. In primo luogo, in nome del principio del rigore punitivo si ritiene "essenziale riformare i provvedimenti emanati nel corso della legislatura precedente tesi unicamente a conseguire effetti deflattivi in termini processuali e carcerari, a totale discapito della sicurezza della collettività. Per far sì che chi sbaglia torni a pagare è necessario riformare e riordinare il sistema venutosi a creare a seguito dei seguenti provvedimenti: l'abrogazione e la depenalizzazione di reati, trasformati in illeciti amministrativi e civili, la non punibilità per particolare tenuità del fatto, l'estinzione del reato per condotte riparatorie anche in assenza del consenso della vittima, nonché i periodici 'svuota carceri'". Ora, a parte il linguaggio semplificatorio e propagandistico ("torni a *pagare*..."), questo programma demolitorio sembra almeno per il momento accantonato, sperabilmente nella conquistata consapevolezza che un sistema che rinunciasse alle modeste valvole di sfogo di cui oggi dispone rischierebbe di collassare sommerso da fatti bagatellari, con buona pace di quella sicurezza tanto sbandierata.

Ma è, in secondo luogo, sul fronte della pena carceraria che la polemica verso il recente passato si fa più serrata ed efficace. E a questo fronte converrà dedicare qualche parola in più. La vicenda legislativa è nota a tutti: la delega al governo per la riforma penitenziaria, conferita dalla Legge Orlando (n. 103/2017), non viene tempestivamente attuata, così che durante l'iter parlamentare si tengono le elezioni con la conseguenza che nell'esercizio di quella delega si attiva il nuovo governo arrivando ad un risultato (i DD.Lgss. n. 123 e 124 del 2018) di segno antitetico a quello cui mirava la delega. E il punto di maggiore divergenza è costituito dalle misure alternative al carcere e dagli automatismi preclusivi dei benefici penitenziari: mentre la delega tendeva ad agire su queste due leve per *aprire* il carcere rafforzando nel contempo i contenuti risocializzativi delle misure alternative, i decreti delegati mantengono immutata la disciplina. Ma quel che più conta è la vera e propria svolta programmatica desumibile e dai decreti delegati e dalle numerose dichiarazioni del ministro della giustizia sul tema.

In sostanza, negli intenti delle nuove forze di governo, il carcere deve tornare a *chiudersi* e tra le mura del penitenziario dovranno essere perseguiti gli obiettivi della rieducazione e della salvaguardia della dignità del detenuto. Da una analisi più ravvicinata delle norme dei decreti delegati si ricava però la forte impressione che quegli obiettivi siano decisamente secondari. Intanto, sullo sfondo di quel programma sta l'impegno, espresso dallo stesso Presidente del Consiglio nelle sue dichiarazioni programmatiche del 5 giugno 2018, a potenziare l'edilizia carceraria al fine di realizzare migliori condizioni detentive: ed è facile pronosticare che si tratta di prospettiva di lunghissimo termine e di incertissima realizzazione. Ma poi, già sul

piano normativo, l'obiettivo della rieducazione intramuraria sembra radicalmente contraddetto dall'abbandono del riconoscimento legislativo della "sorveglianza dinamica", che rimane dunque in sostanza rimessa nelle mani esclusive dell'amministrazione penitenziaria. Ed è facile comprendere come la sorveglianza dinamica sia, insieme al lavoro, uno dei più potenti strumenti di autoresponsabilizzazione del detenuto in vista di una difficile risocializzazione intramuraria. È vero che il D.Lgs. n. 124/2018dedica ampio spazio al lavoro, sia intra che extramurario, e ai lavori di pubblica utilità, anche intramurari; ma è anche indubbio che si tratta di previsioni normative destinate a produrre un qualche effetto solo se e nella misura in cui troveranno una adeguata implementazione da parte dell'amministrazione penitenziaria.

E così arriviamo al secondo obiettivo programmatico della riforma, quello della dignità e dei diritti nell'esecuzione penitenziaria, sul quale il ministro della giustizia ha insistito molto e specialmente nell'atto d'indirizzo per l'anno 2019 del 3 ottobre 2018. Lasciando da parte talune rilevanti "omissioni" dei decreti legislativi, come segnatamente quelle relative al tema dell'affettività e all'esistenza di luoghi di culto, non c'è dubbio che le norme dedicate a una maggior tutela della dignità e dei diritti del detenuto non sono poche: da quelle relative ai locali a quelle concernenti l'igiene personale; da quelle sull'alimentazione a quelle sulla permanenza all'aria aperta; da quelle sui trasferimenti a quelle sui colloqui e sull'istruzione; da quelle sulla ricreazione e cultura a quelle sulle rappresentanze; da quelle sull'isolamento a quelle sul regime disciplinare. Ma questa panoplia di disposizioni, certamente da non sottovalutare, sono in parte per così dire "ottative" rimandando la loro effettiva attuazione a concreti atti e provvedimenti dell'amministrazione e, comunque, producono un risultato finale che può dirsi di "amministrativizzazione" dell'esecuzione penitenziaria. Insomma, il risultato complessivo e finale della riforma sembra essere quello, da un lato, di aver ulteriormente esaltato il ruolo centrale e sostanzialmente unico del carcere avendone inoltre rafforzato la *chiusura*; dall'altro, di aver conseguentemente potenziato il ruolo dell'amministrazione penitenziaria nella concretizzazione dei diritti e della dignità personale nell'esecuzione. Non è difficile pronosticare, a quest'ultimo proposito, un incremento del contenzioso giudiziario attivato dal reclamo giurisdizionale di recente istituzione.

Inasprimenti sanzionatori

Inserendosi nella tradizione legislativa dominante ormai da molti lustri, il "governo del cambiamento" persegue un vasto programma di *inasprimento sanzionatorio*. Pur non disponendo di adeguati riscontri statistici al riguardo, è possibile ipotizzare ragionevolmente che, se interamente attuato, un siffatto programma produrrà un ulteriore incremento di carcerazione, oltre quello che già si registra - costante ed inesorabile - già da qualche mese. E ciò soprattutto se gli inasprimenti sanzionatori toccheranno prevalentemente i minimi edittali.

Nel "contratto di governo" è piuttosto lungo l'elenco dei reati per i quali si preannuncia un incremento delle pene. Si va dalla violenza sessuale ("è prioritario

l'inasprimento delle pene per la violenza sessuale, con l'introduzione di nuove aggravanti ed aumenti di pena quando la vittima è un soggetto vulnerabile ovvero quando le condotte siano particolarmente gravi") a taluni reati contro il patrimonio "particolarmente odiosi come il furto in abitazione, il furto aggravato, il furto con strappo, la rapina e la truffa agli anziani". Ed ancora, oltre al solito scambio politico mafioso, sono apparsi meritevoli di un rafforzamento repressivo anche i reati ambientali e quelli nei confronti degli animali, "garantendo maggiore tutela rispetto a fatti gravi ancora non adeguatamente perseguiti e un maggiore contrasto al bracconaggio". Indispensabile è poi introdurre misure repressive per i reati di cyber bullismo. Nelle sue dichiarazioni programmatiche al parlamento il Presidente del Consiglio ha avuto modo di sottolineare l'esigenza di un inasprimento sanzionatorio, sia penale che amministrativo, per gli illeciti tributari. Il decreto legge sulla sicurezza del 4 ottobre 2018, n. 113 ha rimodulato al rialzo il trattamento sanzionatorio di due reati "urbani" come l'invasione di terreni ed edifici e il blocco stradale, mentre la legge di conversione (L. n. 132/2018) ha reintrodotto il reato di accattonaggio molesto e inasprito le pene per il parcheggiatore abusivo (!). A margine di questo imponente movimento di rafforzamento repressivo non sono infine mancate alcune dichiarazioni estemporanee del ministro dell'interno sulla necessità di innalzare notevolmente le pene per lo spaccio di stupefacenti. Mentre, per non farci mancare nulla e confermando l'ubiquità della politica dell'inasprimento sanzionatorio, anche da parte dell'opposizione (on.le Brambilla) si è invocata una nuova fattispecie di omicidio e lesioni colposi "venatori" sull'onda di un fatto di cronaca avvenuto durante una battuta di caccia al cinghiale...

Ma il punto di forza di questa invadente tendenza politico-criminale è costituito dal rafforzamento dell'intervento punitivo nei confronti del fenomeno della corruzione. Al riguardo, anzi, bisogna dare atto al ministro della giustizia di avere molto ridimensionato l'orizzonte dell'inasprimento sanzionatorio delineato nel "contratto di governo" per concentrarsi appunto, nelle sue successive dichiarazioni, sul versante esclusivo o quanto meno nettamente prevalente della corruzione. In più, occorre anche riconoscere che nella relazione di accompagnamento al disegno di legge denominato con una violenza verbale degna forse di miglior causa "spazza-corrotti", l'inasprimento sanzionatorio è modulato in termini diversi dal consueto. Vi si legge, infatti, che "più utile, sul piano della prevenzione e della repressione, appare il potenziamento degli strumenti di indagine e di accertamento dei reati [operazioni sotto copertura e causa di non punibilità per la collaborazione processuale] e una più severa disciplina delle sanzioni accessorie, che valga a renderne i contenuti di interdizione e divieto effettivi e dissuasivi". In sostanza, l'intervento di inasprimento sanzionatorio viene a concentrarsi prevalentemente sull'apparato delle pene accessorie così da far dire al legislatore di avere raccolto l'"auspicio, formulato anche da una parte della dottrina, di realizzare una maggiore individualizzazione delle pene accessorie, recuperando alle stesse uno spazio di operatività autonoma in chiave special-preventiva".

S'impongono, però, almeno un paio di considerazioni al riguardo. In primo luogo, ad onta delle dichiarazioni del legislatore, l'inasprimento (anche) delle pene principali c'è stato. A parte la opportuna unificazione delle due fattispecie di millantato credito e di traffico d'influenze, con la conseguenza dell'innalzamento della pena per quest'ultima, è stata rimodulata anche la pena per la corruzione impropria il cui compasso edittale prima compreso tra uno e sei anni è stato portato a tre e otto anni. E si può paradossalmente dire che il legislatore si è in qualche modo - quasi contraddittoriamente - autolimitato, visto e considerato che a suo giudizio, e forse non del tutto a torto, l'asservimento della funzione come tale è "ben più grave della corruzione per un singolo atto contrario ai doveri d'ufficio". L'innalzamento delle pene edittali per la corruzione impropria porta a termine il processo di omologazione dei massimi edittali previste per tutte le fattispecie di corruzione e di induzione indebita, avvicinando così il sistema - seppure per una via traversa - all'idea dell'unica mega fattispecie corruttiva, cara al vecchio progetto di Cernobbio. Infatti, la prossimità dei limiti edittali superiori di tutte queste fattispecie rende sempre meno decisiva per il pubblico ministero la precisa individuazione dell'oggetto del patto sinallagmatico, essendo sostanzialmente sufficiente la prova di quest'ultimo, cioè del contatto affaristico tra pubblico agente e privato.

In secondo luogo, e più significativamente, il rafforzamento del ruolo delle pene accessorie, se può corrispondere in linea di principio a una plausibile idea politico-criminale, è qui avvenuto al di là della ragionevolezza, anche costituzionalmente intesa. Tra tutti - e non sono pochi - gli interventi rafforzativi destano i maggiori dubbi quello relativo alla perpetuità delle pene accessorie in presenza di condanne (anche per il reato di abuso d'ufficio) superiori a due anni e quelli che vanno ad incidere sulla fisionomia dei cc.dd. benefici penitenziari. A quest'ultimo riguardo, il legislatore introduce norme derogatorie sia sterilizzando l'effetto estintivo del buon esito dell'affidamento in prova sulle pene accessorie, sia inserendo una pletora di reati contro la pubblica amministrazione tra quelli che rendono più difficile la fruibilità dei benefici penitenziari a norma dell'art. 4 *bis*, comma 1, dell'ordinamento penitenziario. Si tratta all'evidenza di innovazioni che, ulteriormente allargando le eccezioni formulate per titoli di reati, si pongono su una strada opposta al doveroso riconoscimento della *chance* rieducativa per ogni condannato, a prescindere dal titolo di reato commesso. Su questa via delle progressive esclusioni si rischia o di moltiplicare sempre più le zone di irragionevoli disparità di trattamento, oppure di estendere progressivamente le esclusioni - visto che la "sensibilità" legislativa verso la gravità di sempre nuovi reati è costantemente crescente - fino ad erodere intollerabilmente gli spazi di concreta operatività della finalità rieducativa riducendola ai margini del sistema.

Cercando di spingere lo sguardo nelle motivazioni più profonde e sostanziali di questa specie di accanimento repressivo, si ha come l'impressione che all'origine ultima vi sia un'istanza di moralizzazione del tessuto sociale alla realizzazione della quale certo lo stigma punitivo si presta particolarmente bene. La furia punitiva come fuoco

purificatore del marciume criminale. Con riferimento specifico, poi, alla corruttela pervasiva della nostra politica, sembra anche di cogliere quasi un generale risentimento emotivo verso la classe dirigente del passato, per come essa è stata incline al compromesso, alle cointeressenze private e alla vera e propria corruzione: su questa strada, il parossismo repressivo contribuisce ad alimentare quell'"antipolitica" che può degenerare in sfiducia e insofferenza per le istituzioni nella ricerca del rapporto diretto con un capo carismatico capace di dare voce ai risentimenti sociali troppo a lungo compressi. Ma è il diritto penale lo strumento più adatto e legittimo per dare fiato alla *vox populi*?

Sicurezza

Un altro versante sul quale l'azione del governo del cambiamento è stata particolarmente sollecita è quello della sicurezza. Vengono qui in gioco interventi di duplice natura. Da un lato, quelli che, pur non avendo propriamente natura penalistica, sono suscettibili di ricadute significative sulla giurisdizione e sull'esecuzione penale: si tratta degli interventi sull'immigrazione e sulla "bonifica" urbana, che ha poi per destinatari principali proprio gli immigrati irregolari. Dall'altro lato, quelli di natura propriamente penale tra i quali spicca la riforma della legittima difesa.

Quanto ai primi, gli interventi più significativi sono la riduzione delle ipotesi di permesso di soggiorno per ragioni umanitarie e il raddoppio del periodo di permanenza nei centri di espulsione fino a 180 giorni. Evidentemente l'intento del legislatore è quello di disincentivare così i flussi migratori verso il nostro Paese. E allora l'alternativa è: o questa nuova disciplina produrrà gli effetti desiderati o non li produrrà (oppure solo in piccola parte). Nella prima ipotesi il successo della politica migratoria sarà stato ottenuto con una scelta di egoistica chiusura per le ragioni della solidarietà dinanzi a fenomeni di vera e propria disperazione e degradazione umana che si consumano quotidianamente in gran parte soprattutto del continente africano. Sull'altare della sicurezza si realizzerà una scelta di egoismo certamente non controbilanciata da una politica di aiuti allo sviluppo delle zone del mondo più diseredate, visto e considerato che questa pur auspicabile strada è lunga, difficile e ostacolata dalla colpevole inerzia delle istituzioni internazionali, dall'ONU alla UE. Nella seconda e più verosimile ipotesi, in cui la scelta politica di chiusura non riesca a produrre un significativo risultato di riduzione dei flussi persistentemente alimentati dalla disperazione, allora l'effetto della riforma rischierebbe di essere addirittura criminogeno. Si produrrebbe più "irregolarità" in ragione sia delle minori possibilità di concedere il permesso di soggiorno sia delle maggiori tensioni e conflittualità prodotte dal prolungamento della "detenzione ammnistrativa".

Tutto ciò non equivale a dire che il problema dell'immigrazione sia inesistente e che le sue soluzioni siano semplici. Ma, proprio perché si tratta di questione planetaria e implicante scelte di fondo sulla stessa divisione del mondo tra ricchi e poveri, andrebbe affrontato non dall'esclusivo angolo visuale della sicurezza: una scelta, questa, che oltre ad essere ottusamente egoistica potrebbe rivelarsi anche pericolosamente miope e controproducente.

Sempre sul versante per così dire amministrativo della sicurezza, declinata nel suo profilo più strettamente "urbano", il legislatore ha inteso estendere l'allontanamento e il divieto di accesso per la tutela del decoro di determinati luoghi (c.d. DASPO urbano). La linea, per la verità, era già stata intrapresa dal legislatore del 2017. Il divieto di accesso ha il carattere di una sanzione accessoria ammnistrativa che può avere una durata da pochi giorni fino a sei anni. La sua natura amministrativa discende sia dalle violazioni presupposto, che sono appunto sanzionate amministrativamente; sia dal fatto che l'individuazione dei luoghi d'interdizione può avvenire anche ad opera dei regolamenti comunali di polizia urbana; sia, infine, dall'organo competente che è - a seconda dei casi - il sindaco o il questore. Ebbene, estendere l'ambito applicativo di questo istituto significa allargare la sua distanza dall'art. 16 Cost. sulla libertà di circolazione, visto e considerato che le "ragioni di sanità e sicurezza" ivi previste possono legittimare solo limitazioni "in via generale". Trattandosi qui di limitazioni di natura individuale aventi carattere sostanzialmente sanzionatorio, sembrerebbe difficile poter eludere la riserva di giurisdizione.

Ma oltre a questi forti dubbi di natura costituzionale, non è escluso che la "bonifica" perseguita dal DASPO urbano abbia ricadute sul versante penale. Posto che si tratta di un provvedimento che spinge ad un'ulteriore marginalizzazione di soggetti già marginali e considerato dunque che il rischio di inosservanza del provvedimento è elevato, il DASPO può avere l'effetto di sospingere i suoi destinatari dall'area della marginalità sociale a quella della criminalità, con conseguenze di appesantimento del sistema giudiziario e penitenziario per fatti quasi bagatellari.

Legittima difesa

Con la riforma della legittima difesa, il rafforzamento della sicurezza è perseguito sul piano propriamente penale. Non è qui il caso di entrare nei numerosi risvolti tecnici della materia, anche se non possiamo non segnalare come, al di là delle opzioni politiche di fondo perseguite, il testo licenziato dal Senato sia davvero molto pasticciato così da recare un vero e proprio sfregio al nitore della formula legislativa del codice Rocco.

Il punto centrale della riforma è costituito dalla sostanziale eliminazione del requisito della "necessità difensiva" nell'ipotesi di c.d. difesa domiciliare: in tale ipotesi, infatti, la difesa è legittima quando si "compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone". L'eliminazione della necessità difensiva significa, ovviamente, che la difesa è legittima solo perché tale, cioè solo perché orientata a respingere l'aggressione (secondo un efficace slogan per cui la "difesa è sempre legittima"). Altrettanto ovviamente la scomparsa della necessità difensiva porta con sé anche quella della proporzione (come accade puntualmente nella formulazione legislativa di cui sopra), non avendo senso limitare la reazione difensiva a quella proporzionata, una volta che essa possa prescindere dalla necessità difensiva. Insomma, la mera esistenza di un'aggressione intrusiva in atto giustifica di per sé la reazione difensiva.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Orbene, una simile costruzione della legittima difesa, pur limitata a quella domiciliare, è espressione di una scelta di fondo difficilmente compatibile coi principi dell'ordinamento. Quale può essere, invero, il fondamento profondo di una simile opzione? Si direbbe che due sono le basi su cui poggiare la nuova disciplina. O s'intende così dare riconoscimento ad un diritto individuale alla autodifesa, nel riconoscimento di una sorta di cieco istinto alla reazione difensiva di fronte a determinate aggressioni quali appunto quelle domiciliari; oppure si concepisce la difesa come una sorta di sanzione privata per chi si è messo dalla parte del torto e, pertanto, si espone al rischio di subirne le conseguenze reattive inferte da parte dell'aggredito. Entrambe le prospettive fondative non sono accettabili. La seconda, perché lo Stato non può delegare al privato l'irrogazione di una sanzione che travalichi quella proporzione alla quale lo stesso Stato è tenuto in virtù di un vincolante principio costituzionale ed internazionale. Ma nemmeno la prima prospettiva è costituzionalmente compatibile: a parte il sinistro indulgere al riconoscimento delle reazioni istintive quale fondamento della liceità dei comportamenti, anche se costruito in termini di "diritto" individuale all'autodifesa, quel fondamento non può legittimare reazioni non necessarie e sproporzionate visto e considerato che nessun diritto nel nostro ordinamento può essere "tirannico" e senza limiti, tanto più quando la sua "tirannia" viene a cozzare con altri diritti di valore particolarmente elevato ed espressamente riconosciuti come tali (come testimonia l'art. 2 della Cedu riguardo al diritto alla vita).

Costituzione

È possibile cogliere una linea unitaria in questo articolato quadro, nemmeno completo, delle riforme in atto? Sebbene le due forze politiche si siano divisi i compiti, la linea unitaria parrebbe essere quella del *ripristino della legalità*, intesa ovviamente nel senso di osservanza delle regole fondamentali del viver comune ed in particolare di quelle penali. E chi potrebbe non essere d'accordo su questo obiettivo di politica generale? Sennonché le cose cambiano quando per perseguire questo meritorio obiettivo si punta esclusivamente sullo strumentario penale, facendo leva sulla sua disponibilità a buon mercato e, forse soprattutto, sulla sua capacità di parlare un linguaggio simbolico, diretto, immediatamente comprensibile e rispondente alle attese delle masse impaurite e bisognose di rassicurazione prima di tutto emotiva.

Se vi è dunque una linea unitaria nella politica penale attuale, essa sembra poi bipartirsi secondo le diverse inclinazioni delle due forze politiche al potere. C'è, prima di tutto, una linea dell'inasprimento della risposta sanzionatoria, che sembrerebbe essere ispirata da un intento di *moralizzazione* della vita sociale: essa ha trovato la sua massima espressione nelle norme anticorruzione, nella progettata modifica della prescrizione, e più in generale nella tendenza a rendere inesorabile la risposta punitiva. L'intonazione moralizzatrice significa guardare al reo, e prima ancora all'indagato e all'imputato, come a soggetti prima di tutto da stigmatizzare e da allontanare dal corpo sano della società, così da renderli estranei, diversi, marchiati perché prima di tutto moralmente indegni. Le conseguenze non possono che essere

nel senso di un diritto penale che s'inasprisce e si irrigidisce in un volto duro e implacabile. Riaffiorano antichi tratti di un diritto penale strumento di purificazione dal male.

C'è, poi, una linea che si propone l'appagamento delle esigenze di sicurezza; quelle esigenze che la popolazione avverte per il timore di ciascuno di noi di poter essere vittima della delinquenza diffusa: e, rifiutando di ammettere un rischio criminale insito nelle nostre società, il che sarebbe fonte di angoscia, si concentra la paura e l'insicurezza verso le aree più marginali e vistosamente "diverse" della popolazione. Se nella linea della moralizzazione l'emarginazione e l'esclusione sono il risultato di un giudizio etico, nella linea della sicurezza l'emarginazione è la premessa di una legittima reazione di ulteriore esclusione per la salvaguardia della parte "sana" dalle contaminazioni criminali delle *classes dangereuses* di antica memoria.

I risultati però convergono nello stravolgimento del volto costituzionale del nostro diritto penale. Al di là dei puntuali contrasti tra le nuove norme e la Costituzione, che spesso possono anche non sussistere nei rigorosi termini richiesti dal giudizio di incostituzionalità, quello che ci pare più significativo è proprio il mutamento d'intonazione complessiva che rischia di subire il nostro sistema rispetto ai principi di fondo della Costituzione. Non è solo questo o quel provvedimento a preoccupare, questa o quella singola riforma, ma anche e soprattutto la concezione complessiva e di fondo che il legislatore sembra avere del diritto penale ("è la somma che fa il totale", come diceva Totò).

La fisionomia indurita che sta assumendo il nostro diritto penale riflette sempre meno il volto delineato dalla Costituzione e in particolare dall'art. 27. Se il comma 1 esalta la centralità della persona umana anche quando ne venga affermata la "responsabilità" penale, senza dunque che i meccanismi della responsabilità possano stritolare la persona, è nel terzo comma che si trovano espresse le scelte di fondo del nostro costituente. La *rieducazione*, al di là dei vari significati che essa può assumere e al di là delle illusioni e delusioni che essa può aver alimentato, costituisce una scelta di campo: quella per cui lo Stato è tenuto ad un *impegno positivo* nei confronti del reo, nell'implicito ma chiaro presupposto che la criminalità è un prodotto sociale che esige politiche sociali e che la persona del criminale non cessa per ciò di essere destinataria di solidarietà. L'*umanità* della pena, poi, non è solo un limite ai contenuti afflittivi che essa può assumere, ma indica una linea di tendenza storica propria del processo di civilizzazione di lungo periodo e consistente nella progressiva riduzione della sua intrinseca disumanità. In qualche modo, è proprio alla luce di questi due temperamenti - rieducazione ed umanità - in quel senso generale appena indicato, che possiamo sopportare il peso della "cattiva coscienza" con cui ci grava la pena. Almeno per chi non abbraccia *toto corde* il fideistico e rispettabilissimo dogma retributivo.

Ecco, il volto che sta assumendo il nostro sistema penale comincia ad allontanarsi da quello delineato dalla Costituzione. E questa distanza che si viene allargando è ancor più grave dei puntuali contrasti con i parametri costituzionali, che pur ci sono. Anche perché in questa situazione per così dire più diffusa sono resi assai più difficili gli

interventi demolitori o correttivi della Corte costituzionale, che potrebbe alla fine essere trascinata sull'infido terreno del confronto ideologico. E che sia un problema culturale prima e più che di puntuale legittimità costituzionale sembra invero confermato dalla mobilitazione appunto culturale che sembra avviarsi in queste ultime settimane nel mondo penalistico.

LA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: PRIME INDICAZIONI

di Silvia Larizza(*)

Corte cost., 17 luglio 2017, n. 207

c.p. art. 131-bis

D.Lgs. 16-03-2015, n. 28, Art. 1.

A distanza di poco più di due anni dal suo inserimento nel codice penale all'art. 131 bis, la particolare tenuità del fatto è oggetto di una sentenza della Corte costituzionale che, pur ritenendo infondate le censure mosse dal giudice a quo in merito alla riferibilità astratta dell'istituto ai soli reati puniti con una pena non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione, sembra, tuttavia, intravvedere qualche discrasia nella messa a punto legislativa di questa particolare causa di non punibilità. A temperamento, ne propone un condivisibile correttivo che varrebbe a garantire un più esteso ambito di operatività alla particolare tenuità del fatto.

Sommario: Considerazioni introduttive - La particolare tenuità del fatto: la fissazione di un limite di pena massimo per la fruibilità dell'istituto - L'ordinanza di rimessione - La risposta della Corte costituzionale - La non censurabilità del limite dei cinque anni - Indicazioni per il legislatore

Considerazioni introduttive

Ci risiamo. Ancora una volta è la mancata riforma del codice penale elusa ma, nel contempo, compensata da spizzichi di riforme che cercano di adeguare, per quanto possibile, un codice vecchio di quasi novanta anni alle nuove esigenze, a creare tanti problemi. E i problemi di cui alcune volte la Corte costituzionale è investita nascono, soprattutto, dalle cornici edittali delle incriminazioni che rappresentano la parte più volubile del precetto dal momento che, prendendo in prestito le parole di Von Jhering, la tariffa della pena esprime il valore che la società, in un determinato momento storico, attribuisce a un bene. La situazione si complica, creando disarmonie, in ragione del fatto che - limitandoci alla parte speciale del codice penale - non tutte le cornici edittali sono rimaste immutate dal 1930, come pure se ne sono affiancate di nuove in relazione a precetti di conio più o meno recente(1). Proprio quegli spizzichi di riforma cui si è accennato hanno anche riguardato la dosimetria sanzionatoria in

momenti storici diversi -vicini, lontani- nei quali la tariffa della pena è espressione, anche emotiva, di tanti fattori(2).

Ecco, allora, che si spiegano le difficoltà che incontra il legislatore quando, come nel caso che qui interessa, introduce nella parte generale del codice un istituto che, essendo di portata generale, si applica a tutte le fattispecie esistenti di parte speciale o della legislazione speciale, recenti o meno recenti, purché ne ricorrano i presupposti stabiliti dall'art. 131 bis c.p.

La particolare tenuità del fatto: la fissazione di un limite di pena massimo per la fruibilità dell'istituto

L'istituto della particolare tenuità del fatto(3), a distanza di poco più di due anni dalla sua introduzione, è stato così oggetto di una sentenza della Corte costituzionale che(4), pur ritenendo infondate alla luce dei poteri che le spettano le censure formulate dal giudice a quo, sembra, tuttavia, nell'intimo condividerne la sostanza al punto da formulare suggerimenti al legislatore per evitare che si ripropongano anomalie quali quelle messe in luce dal giudice rimettente. La questione investe un punto nodale della tecnica utilizzata dal legislatore nel costruire la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto. L'ambito di operatività dell'art. 131 bis viene, difatti, circoscritto ai reati il cui limite edittale massimo non superi i cinque anni di reclusione.

Verosimilmente, criteri di economicità hanno spinto il legislatore ad affidarsi al livello di pena edittale massimo che non è particolarmente elevato e che - dato non trascurabile - non può essere eroso dalla presenza di circostanze(5). Il messaggio lanciato alla collettività è, tutto sommato, rassicurante(6) in quanto solo entro questo spazio il giudice dovrà verificare se il fatto concreto posto in essere è talmente tenue da risultare sproporzionata e, quindi, irragionevole, l'inflizione del minimo di pena edittale previsto nella fattispecie incriminatrice(7).

Il legislatore ha adottato un modus operandi sicuramente economico, come è solito fare quando àncora taluni istituti di applicazione generale a precisi limiti di pena; tuttavia, se la fissazione di un limite massimo è legittima per contenere la discrezionalità del giudice, d'altro lato può essere foriera di situazioni poco osservanti del parametro della ragionevolezza.

L'aver fatto riferimento per l'operatività della particolare tenuità - che si fonda, non dimentichiamolo, sulla scarsa offensività del fatto concreto(8) - al limite edittale massimo di pena fissato dal legislatore non appare scelta particolarmente avveduta. Sin da subito la dottrina aveva espresso perplessità(9), evidenziando da un lato come non passare in rassegna, una a una, le fattispecie penali affidandosi al criterio del limite

massimo stabilito dal legislatore avrebbe comportato l'automatica esclusione come pure l'automatica inclusione delle fattispecie in astratto passibili di fruire del beneficio tenendo in non cale il disvalore espresso dalle singole incriminazioni; dall'altro lato rimarcando il fatto che sarebbe stato più congruo affidarsi, quale primo parametro di riferimento indiziante per l'operatività di un istituto che dà rilievo alla scarsa offensività concreta di un fatto, al minimo edittale che esprime la soglia di indefettibilità cui è ancorata la tutela(10). La scelta effettuata dal legislatore può, senza alcun dubbio, produrre risultati non congrui. Difatti, se la ratio dell'istituto, la ragione della sua stessa esistenza va riscontrata in relazione alle peculiarità che il fatto assume nel caso concreto: il fatto integra, perfettamente la fattispecie di reato, ma l'offesa al bene protetto dalla norma è talmente esigua da non meritare di essere punita(11), se ne può inferire che anche fattispecie incriminatrici che contemplano massimi di pena superiori a cinque anni potrebbero manifestarsi nella loro realizzazione concreta in forme particolarmente tenui. In aggiunta, se anche uno scopo deflattivo sta alla base dell'introduzione di questa particolare causa di non punibilità(12), si deve rilevare che esistono fattispecie ad alto carico giudiziario nei cui confronti sarebbe stata opportuna una concreta verifica del grado di lesività del fatto posto in essere. Mi riferisco, in particolare, al furto aggravato punito con una pena che si estende da uno a sei anni e che risulterà escluso dalla fruibilità del beneficio, integrando le aggravanti previste dall'art. 625 c.p. delle circostanze ad effetto speciale delle quali - stante il disposto del 4 comma dell'art. 131 bis -, si dovrà tenere conto. Non si afferra, di conseguenza, la ragione che ha spinto il legislatore a privilegiare la soglia massima di pena in quanto, verosimilmente, sarebbe stato più razionale che la clausola di esiguità avesse fatto riferimento, oltre che a tutti gli illeciti contravvenzionali, al primo indice di possibile tenuità del fatto fissato dal legislatore: il minimo di pena previsto nelle singole disposizioni incriminatrici.

Ma, e arriviamo così al cuore della questione oggetto di queste note, tale scelta si ripercuote negativamente - e l'ordinanza di rimessione ne è puntuale conferma- anche sull'ultimo comma dell'art. 131 bis dove si dispone che la causa di non punibilità può essere applicata "anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante". Detto in altri termini: l'art. 131 bis può essere applicato anche a quelle fattispecie nelle quali il legislatore ha già valorizzato la particolare tenuità del fatto disponendo un trattamento sanzionatorio differenziato rispetto alla fattispecie base(13), a condizione che venga rispettato il limite massimo di cinque anni di reclusione(14). In questi casi la tenuità, generalmente intesa, rileva sia per ricondurre fatti concreti nelle ipotesi attenuate, sia, ma solo eventualmente, per potere fruire dell'art. 131 bis una volta che se ne integrino i presupposti di applicabilità. Il legislatore con l'inserimento di questo comma ha così dato la massima espansione allo scarso disvalore concreto del fatto.

L'ordinanza di rimessione

La fissazione del limite massimo di cinque anni cui subordinare l'operatività dell'istituto è stata, come già anticipato, oggetto di una eccezione di incostituzionalità sollevata dal Tribunale di Nola(15). Il caso, meritevole di attento scrutinio da parte della Corte costituzionale, è particolarmente significativo: un'ipotesi di ricettazione attenuata punita, ex art. 648, comma 2, c.p., con una pena fino a sei anni, vale a dire con una pena che si estende da un minimo di quindici giorni fino a un massimo di sei anni di reclusione. Fissando questa cornice edittale il legislatore offre al giudice la possibilità di ricondurvi casi di ricettazione estremamente tenui, di esiguo disvalore. Tuttavia, e in ciò risiede il busillis, in ragione dello sbarramento normativo di cinque anni di reclusione posto nel primo comma dell'art. 131 bis come limite generale di operatività, si impedisce che fatti, in concreto, estremamente tenui di ricettazione possano fruire di questa causa di non punibilità(16). E il caso che si presenta al giudizio del Tribunale di Nola avrebbe certamente meritato l'applicazione dell'art. 131 bis trattandosi della ricettazione di 31 astucci contraffatti, di modestissimo valore economico, compiuta da un soggetto senza alcun precedente penale. In un'ipotesi del genere, anche l'inflizione del minimo edittale si presenta non proporzionata al concreto disvalore del fatto; tuttavia, vi è un ostacolo all'applicabilità dell'art. 131 bis c.p., rappresentato dal limite massimo di sei anni previsto dall'art. 648, comma 2, c.p. che non consente di ritenere il fatto non punibile per particolare tenuità.

Il tribunale di Nola solleva così, con ordinanza del 14 gennaio 2016, questione di legittimità costituzionale dell'art. 131 bis del codice penale, "laddove, stabilendo che la disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante, non estende l'applicabilità della norma all'ipotesi attenuata di cui all'art. 648, comma 2 del codice penale, fattispecie irragionevolmente esclusa dall'ambito applicativo dell'art. 131-bis del codice penale in ragione del limite massimo della pena astrattamente superiore ad anni cinque". Secondo il giudice a quo, la disciplina censurata violerebbe l'art. 3 Cost., in quanto consentirebbe di ritenere non punibili condotte "astrattamente sanzionate con pene edittali massime inferiori ad anni cinque e concretamente di pari o maggiore offensività rispetto ad altre condotte, invece necessariamente punibili, in quanto sanzionate con limiti edittali massimi maggiori (anche se dotate di scarsa o minima offensività)". Risulterebbe violato anche l'art. 13 Cost., perché, "essendo la libertà personale costituzionalmente tutelata, la sanzione penale può essere ammessa solo come reazione ad una condotta che offenda un bene di pari rango". La norma censurata si porrebbe, inoltre, in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost., dal momento che l'applicazione di una sanzione penale dovrebbe seguire alla messa in atto di una condotta materiale offensiva. Da ultimo, risulterebbe violato anche l'art. 27, comma 3, Cost., "atteso che presupposto della rieducazione del condannato è la percezione da

parte dello stesso dell'antigiuridicità del proprio comportamento e la condanna conseguente a mera violazione di un precetto concretamente inoffensiva di alcun bene, frustrerebbe la funzione rieducativa della pena".

A sostegno di questo articolato percorso argomentativo il giudice con puntigliosa acribia passa in rassegna - cosa che, forse, avrebbe potuto fare anche, e soprattutto, il legislatore - le fattispecie contenute nel codice penale per stimolare, verosimilmente, la Corte costituzionale- una volta effettuata la ricognizione- a cogliere alcune rilevanti sfasature in ordine all'inclusione come pure all'esclusione di talune fattispecie dal raggio applicativo dell'art. 131 bis(17).

E, invero, rileva il giudice rimettente cogliendo il difetto intrinseco alla scelta del legislatore, "ancorare l'applicazione dell'art. 131 bis del codice penale al criterio del limite massimo di pena, senza tenere conto, in modo sistematico, dell'intero assetto sanzionatorio relativo alle varie, singole fattispecie di reato previste dal codice penale e dalle leggi speciali, equivale ad operare scelte legislative arbitrarie che determinano difficoltà e storture nell'applicazione pratica, nonché palesi violazioni di principi fondamentali fissati nella Carta costituzionale". Chiare le conseguenze: tale scelta legislativa ha posto sullo stesso piano tutti i reati sia in ordine alla loro inclusione, come pure alla loro esclusione, determinando, consequenzialmente, che vengano ritenuti meritevoli della causa di non punibilità fatti astrattamente sanzionati con pene edittali massime inferiori a cinque anni di pari o maggiore offensività rispetto al altri fatti che in quanto puniti con limiti edittali massimi superiori, pur se connotati da scarsa o minima offensività, non potranno fruire dell'art. 131 bis c.p.

Una volta fatto emergere il panorama normativo, il giudice rimettente indirizza subito l'attenzione al caso concreto - un'ipotesi di ricettazione attenuata - in cui la pena, in concreto irrogabile, sarebbe stata il minimo previsto dall'ultimo comma dell'art. 648, ultimo comma, c.p.: ovverosia quindici giorni. E, a suo giudizio, oggettivamente stride che in relazione a fatti così tenui, meritevoli di quindici giorni di reclusione, non si possa dichiarare il fatto non punibile in ragione dello sbarramento normativo posto dall'art. 131 bis c.p. Va da sé, sulla scorta degli elementi richiamati dall'ordinanza di rimessione, che se anche l'inflizione del minimo, ovverosia i quindici giorni di reclusione, si manifesta sproporzionata, ne risulta compromessa l'inviolabilità della libertà personale e, consequenzialmente, la stessa funzione rieducativa della pena.

La risposta della Corte costituzionale

Come già anticipato, la Corte costituzionale ritiene, nel merito, non fondate le censure formulate dal giudice rimettente. In primo luogo, seppur non sollecitata sul punto, sgombra subito il campo da una questione di fondo. La Corte puntualizza, subito, ed esattamente, che la presenza di una ipotesi attenuata contenuta all'interno di una

fattispecie incriminatrice non produce, automaticamente, l'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. Il fatto può essere ricondotto ad un'ipotesi di speciale tenuità prevista dalla norma incriminatrice ma, nello stesso tempo, non fruire dell'art. 131 bis in quanto, ad esempio, la storia personale del soggetto o, più drasticamente, la sua abitualità ne impediscono l'applicazione(18). Ipotesi attenuate di un fatto e istituto della particolare tenuità operano, quindi, ed esattamente, su due piani distinti che possono non sovrapporsi(19).

La formulazione dell'ultimo comma dell'art. 131 bis c.p. si limita a disporre che l'esistenza di una ipotesi attenuata, in cui si può dare rilievo, come si ricava dalla esistenza di alcune fattispecie, alla particolare tenuità del danno o del pericolo(20), come pure alla particolare tenuità del fatto globalmente considerato(21), di per sé non impedisce, ma neppure automaticamente comporta l'applicazione della causa di non punibilità(22). Per suffragare ulteriormente questa linea interpretativa la Corte costituzionale, facendo riferimento al caso oggetto del giudizio, sottolinea che le stesse espressioni legislative adoperate: "particolare tenuità del fatto" e particolare tenuità del danno o del pericolo, che compaiono, rispettivamente, negli artt. 648, comma 2, c.p. e 131 bis, ultimo comma, c.p., non solo sono lessicalmente diverse, ma lo sono, anche, sostanzialmente facendo riferimento a situazioni normative differenti. E, a suffragio di questa linea interpretativa, richiama l'orientamento della Cassazione secondo il quale: "La natura esigua del danno (o del pericolo) concorre a rendere non punibile un fatto che è comunque offensivo, sicché essa non può essere confusa con le ipotesi di "speciale (o particolare) tenuità" o di "lieve entità" del fatto che attenuano il reato, senza escluderne l'offensività"(23).

Netta la conclusione che trae la Corte costituzionale: tra l'attenuante del fatto di particolare tenuità, prevista per il reato di ricettazione, e la causa di non punibilità dell'art. 131 bis c.p. non può stabilirsi alcun collegamento automatico. Chiarito questo punto fondamentale, ecco che la Corte costituzionale si addentra nella questione sottoposta a suo giudizio, valutando la censura formulata dal giudice rimettente relativa al limite di cinque anni di pena detentiva previsto per l'operatività dell'art. 131 bis, comma 1. Tale limite determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento, con conseguente violazione dell'art. 3 Cost., perché "comporta, nell'applicazione pratica della nuova causa di non punibilità, un inevitabile, ingiustificato, diverso trattamento di ipotesi astrattamente configurabili come di particolare tenuità, che non appare sorretto da valori rispondenti a un principio di ragionevolezza legislativa". Rientrerebbero, difatti, nell'ambito operativo della causa di non punibilità reati che, pur essendo sanzionati con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, sarebbero "di sicuro maggiore allarme sociale rispetto alla ipotesi attenuata della ricettazione ex art. 648, comma 2, c.p.".

La risposta della Corte costituzionale a tali rilievi è agevole: nega, infatti, che le fattispecie incriminatrici richiamate dal giudice rimettente siano idonee a svolgere il ruolo di tertium comparationis, non costituendo un valido termine di riferimento per valutare la violazione del principio di eguaglianza nella declinazione della ragionevolezza. Più specificatamente, la Corte rileva che "la sostanziale eterogeneità delle situazioni poste a confronto determina l'inidoneità dei tertia comparationis a fungere da termine di riferimento onde verificare la pretesa lesione del principio di uguaglianza (ordinanza n. 109 del 2004)", precisando, ulteriormente, che le fattispecie richiamate sono incomparabili con la fattispecie attenuata della ricettazione, sia in relazione alla loro struttura, sia per la diversità dei beni tutelati. La Corte, in ultima analisi, rileva l'inidoneità del (presunto) modello comparativo cui fare riferimento per individuare una soluzione costituzionalmente obbligata(24). Questa risposta della Corte costituzionale non appare pienamente persuasiva e, soprattutto, rispondente al quesito posto dal giudice a quo. Non mi sembra, infatti, che il giudice rimettente abbia voluto additare all'attenzione della Corte costituzionale effettivamente dei tertia comparationis. Il giudice ha richiamato le fattispecie contenute nel codice penale che, in astratto, possono fruire dell'art. 131 bis c.p. Ed è inevitabile che questa ricognizione, attraversando tutti i titoli del codice penale, metta in luce fattispecie incriminatrici che fanno riferimento a situazioni eterogenee, non comparabili tra di loro.

Il richiamo alle fattispecie contenute nel codice penale, verosimilmente, ha solo uno scopo: quello di evidenziare le incongruenze che possono derivare quando ci si affidi a un criterio automatico, quale quello scelto dal legislatore, del limite massimo di cinque anni previsto dalle singole disposizioni incriminatrici. Così operando, si affasciano mettendole sullo stesso piano, fattispecie molto diverse tra loro, di differente disvalore.

La non censurabilità del limite dei cinque anni

Prevedibile, a tal punto, ma non del tutto scontata, la risposta della Corte costituzionale che ritiene non fondata la censura in relazione alla previsione del limite massimo di cinque anni di reclusione fissato dall'art. 131 bis c.p., reputato né irragionevole, né arbitrario. A giudizio della Corte costituzionale "...rientra nella logica del sistema penale che, nell'adottare soluzioni diversificate, vengano presi in considerazione determinati limiti edittali, indicativi dell'astratta gravità dei reati; e l'individuazione di tali limiti (così come, nel caso in esame, l'indicazione del limite relativo alla causa di non punibilità) è frutto di un apprezzamento che spetta al legislatore".

È certamente condivisibile quanto, sulla scorta di un consolidato orientamento, afferma la Corte che non è censurabile il limite massimo di cinque anni posto dal legislatore all'operatività dell'istituto come, ad esempio, non lo potrebbe essere il

limite di quattro anni fissato per la fruibilità della sospensione del processo ex art. 168 bis c.p. La posizione di simili sbarramenti rientra nella discrezionalità del legislatore e non sono irragionevoli a condizione, peraltro, che non producano conseguenze irragionevoli.

Ci si può chiedere, allora: se, come rileva la Corte, rientra nella logica del sistema penale che, nell'adottare soluzioni diversificate, vengano presi in considerazione determinati limiti edittali, e la loro individuazione è frutto di un apprezzamento che spetta al legislatore, questi limiti, anche se produttivi nella realtà concreta di risultati non in linea con i principi fondamentali del sistema penale, a quali condizioni potranno essere censurati? Il giudice rimettente, d'altro lato, non poteva far altro che riferirsi all'ipotesi di particolare tenuità che aveva davanti: quella della ricettazione, ipotesi che - si badi - è punita con una pena che si spinge fino a sei anni, ma il cui limite edittale minimo, non essendo specificato, è pari a quindici giorni. Allora, ci si può nuovamente chiedere: una siffatta ipotesi che, in concreto, può essere punita con quindici giorni di reclusione è ragionevole che non possa fruire dell'art. 131 bis in forza del fatto che il legislatore ha ancorato al limite edittale massimo di cinque anni di reclusione contemplato dalle singole disposizioni incriminatrici l'operatività dell'istituto, limite che, per la ricettazione attenuata, è superiore a cinque anni? È ragionevole che non venga inclusa e che, ad esempio, forse(25), venga inclusa la violenza sessuale attenuata solo perché il legislatore ha diversamente formulato l'attenuazione della pena disponendo che nei casi di minore gravità la pena è diminuita in maniera non eccedente i due terzi?

Indicazioni per il legislatore

Ma la Corte costituzionale, condizionata dai suoi stessi precedenti, è come costretta a non accogliere l'eccezione di incostituzionalità, trincerandosi dietro lo schermo della incensurabilità delle scelte effettuate dal legislatore. Non se la sente di percorrere la strada, inaugurata dalla sent. n. 236 del 2016(26), dove, prescindendo da un tertium comparationis, ha ritenuto, in sé, irragionevole il trattamento sanzionatorio previsto per il delitto di alterazione di stato (art. 567, comma 2). Manifesta, tuttavia, quasi disagio nel respingere la questione e, nella parte finale della sentenza, formula suggerimenti, indica correttivi che potrebbero rendere l'istituto della particolare tenuità più in linea con i principi costituzionali.

Ma, prima di fornire indicazioni, la Corte costituzionale si sofferma pure, dato assai significativo, sulle cornici edittali previste per la ricettazione semplice e per quella attenuata mettendo in luce una sovrapponibilità davvero troppo spinta, che differenzia poco, sul piano della risposta punitiva, l'ipotesi base da quella attenuata. Difatti, la pena prevista per la ricettazione si estende da due a otto anni di reclusione, mentre quella per la ricettazione attenuata si estende fino a sei anni di reclusione. Questo

significa, in primo luogo, che la discriminazione tra ipotesi base e attenuata non è icasticamente espressa dalle rispettive cornici edittali che, in larga misura, si sovrappongono, risultando appartenere ad entrambe l'area da due a sei anni di reclusione. Ma c'è di più. Rileva in proposito la Corte costituzionale: "...mentre il massimo di sei anni, rispetto agli otto anni della fattispecie non attenuata, costituisce una diminuzione particolarmente contenuta (meno di un terzo), al contrario il minimo di quindici giorni, rispetto ai due anni della fattispecie non attenuata costituisce una diminuzione enorme". È, come la chiama la Corte costituzionale, un'anomalia che viene colta ed evidenziata, senz'altro aggiungere: a futura memoria. Messa in luce questa discrasia, i suggerimenti della Corte investono, direttamente, l'istituto della particolare tenuità del fatto che, se accolti dal legislatore, potrebbero attenuare le censure di incostituzionalità.

Inopinatamente, infatti, nella parte conclusiva della sentenza, la Corte costituzionale apre uno spiraglio; anzi, se non interpreto male, un possibile varco. Già il punto di partenza, pur nella sua stringata sinteticità, è assai eloquente e denota condivisione dei rilievi mossi dal giudice a quo. La Corte mette a raffronto il minimo edittale di quindici giorni previsto per la ricettazione attenuata con il minimo di sei mesi previsto, ad esempio per il furto e la truffa e, senza dirlo espressamente, vi scorge un'intrinseca irrazionalità: la ricettazione attenuata è esclusa dalla fruibilità dell'art. 131 bis pur presentando un minimo edittale: quindici giorni di gran lunga inferiore al minimo edittale di sei mesi previsti per il furto e la truffa, "... pena che, secondo la valutazione del legislatore, dovrebbe essere indicativa di fatti di ben maggiore offensività e che possono fruire dell'art. 131-bis c.p.".

A questo punto, quale potrebbe essere la soluzione per porre rimedio a tale situazione?

Riportiamo esattamente quanto affermato dalla Corte costituzionale: "Per ovviare a una situazione di questo tipo, oltre al limite di pena massima edittale, al di sopra del quale la causa di non punibilità non può operare, si potrebbe prevedere anche un limite di pena minima edittale, al di sotto della quale i fatti possano comunque essere considerati di particolare tenuità". Ecco l'indicazione offerta dalla Corte costituzionale al legislatore: la previsione per l'operatività dell'art. 131 bis anche di un limite minimo di pena o, meglio, di una cornice edittale comprensiva di un minimo e di un massimo. Si potrebbe, in adesione a quanto suggerito dalla Corte costituzionale, riformulare il primo comma dell'art. 131 bis nei seguenti termini: Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a sei mesi o nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo,

valutate ai sensi dell'art. 133, comma 1, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.

Certo, quello prospettato dalla Corte è semplicemente un correttivo che può, comunque, sanare qualche falla, estendendo l'ambito di operatività dell'istituto della particolare tenuità del fatto a quei reati che, presentando un limite edittale di pena superiore a cinque anni, resterebbero esclusi dall'operatività dell'art. 131 bis. Sempre che il legislatore lo voglia recepire.

Una notazione conclusiva: a partire dal 2015, anno in cui è stato introdotto nel nostro sistema l'istituto della particolare tenuità del fatto concepito per rendere non punibili fatti che presentano nella loro realizzazione concreta un così esiguo disvalore da rendere anche l'inflizione del minimo della pena non proporzionata, immagino e auspico che il controllo della Corte costituzionale, che subordina i suoi interventi al riscontro di sproporzione e, quindi, di irragionevolezza tra qualità e quantità della pena e gravità dell'offesa, possa estendersi alla valutazione di congruenza non soltanto del quanto punire, ma se punire. E il limite di pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni posto dal legislatore alla fruibilità dell'istituto potrebbe cadere in quanto produttivo di esclusioni irragionevoli.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (double blind).

(1) Pulitanò, Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale, in questa Rivista, 2008, 1077, rileva come riforme settoriali, succedutesi nel tempo, e spinte, anche, dall'intento di rassicurare la collettività, abbiano completamente alterato il principio di proporzione come perno attorno cui ruota un razionale sistema penale.

(2) Ad esempio, da ultimo, la L. 23 giugno 2017, n. 123, ha recato un notevole e criticabile inasprimento delle cornici edittali previste per alcuni delitti contro il patrimonio quali, il furto in abitazione, il furto aggravato, la rapina semplice, la rapina aggravata, nonché l'estorsione aggravata.

(3) Tra i numerosi contributi dottrinali aventi ad oggetto la nuova causa di non punibilità cfr. Caprioli, Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto, in Dir. pen. cont., 2015, fasc. 2, 82 s.; Grosso, La non punibilità per particolare tenuità del fatto, in questa Rivista, 2015, 517; Bartoli, L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, in questa Rivista, 2015, 659; Alberti, Non punibilità per particolare tenuità del fatto, in Dir. pen. cont., 16 dicembre 2015; Marinucci - Dolcini, Manuale di Diritto penale, Parte generale, V ed., Milano, 2015, 410 s.; Borsari, La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità, in www.lalegislazionepenale.eu, 15 marzo 2016; Larizza, La particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali, in Studi in onore di Mauro Ronco, a cura di Enrico

Mario Ambrosetti, Torino, 2017, 397 s.; Astorina Marino, sub art. 131-bis, in Forti - Seminara - Zuccalà, Commentario breve al codice penale, Padova, 20176, 567 s.

(4) A commento di questa sentenza si vedano Santini, Mancata estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto alla ricettazione di particolare tenuità: infondata (ma non troppo) la relativa questione di legittimità, in Dir. pen. cont., 2017, 9, 142 s.; Nisco, Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, in Dir. pen. cont., 22 dicembre 2017.

(5) Cfr. art. 131 bis, comma 4.

(6) Secondo Bartoli, L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, cit., 665, il riferimento al limite edittale massimo è in funzione di prevenzione generale.

(7) G. De Francesco, Punibilità, Torino, 2016, 72 s., avanza una chiave di lettura dell'istituto alla luce delle funzioni della pena, sottolineando che anche da un punto di vista generalpreventivo un fatto solo lievemente offensivo è accettato dalla collettività.

(8) L'art. 131 bis fa riferimento a fatti tipici, costitutivi di reato, ma non punibili in ragione dei principi di ragionevolezza, proporzione ed economia processuale.

(9) Critica l'ancoraggio al massimo della pena edittale Padovani, Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang, in Guida dir., 2015, n. 15, 20; anche secondo G. De Francesco, Punibilità, cit., 89, il riferimento dell'istituto al massimo e non al minimo edittale si rivela intimamente contraddittorio; nel medesimo ordine di idee cfr. Larizza, La particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali, cit., 405-406. Secondo Pulitanò, La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali, in Dir. pen. cont., 2017, 2, 55, "un riferimento al minimo edittale sarebbe meno selettivo e più ragionevole: un minimo edittale basso fa apparire meno remota l'ipotesi della particolare tenuità del fatto...".

(10) In merito cfr. Astorina Marino, sub art. 131 bis, cit., 572.

(11) L'istituto della particolare tenuità soddisfa esigenze di ragionevolezza e di ultima ratio dell'intervento sanzionatorio non disgiunte dal perseguimento di esigenze processuali di deflazione del carico giudiziario: in questo senso cfr. Grosso, La non punibilità per particolare tenuità del fatto, cit., 520; Bartoli, L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, cit., 661.

(12) Scopo espressamente richiamato dalla Relazione allo Schema di decreto legislativo n. 130, recante Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014,

n. 67, in www.senato.it., dove si afferma: "... sotto il profilo processuale, l'istituto dell'irrilevanza contribuisce a realizzare l'esigenza di alleggerimento giudiziario nella misura in cui la definizione del procedimento tenda a collocarsi nelle sue prime fasi". La tensione dell'istituto sia verso un adeguamento ai principi di proporzionalità, ragionevolezza, sia verso il soddisfacimento di esigenze deflattive del carico giudiziario viene, unanimemente, riconosciuto dalla dottrina.

(13) Esistono fattispecie incriminatrici che contemplano, al proprio interno, ipotesi di particolare tenuità punite con cornici edittali drasticamente ridotte rispetto all'ipotesi base. Tali fattispecie testimoniano la consapevolezza del legislatore che i fatti in esse repressi possano anche esprimersi nella realtà secondo connotati di particolare tenuità. A titolo meramente esemplificativo si possono richiamare l'art. 323 bis, comma 1, c.p. ovvero l'art. 609 bis, ultimo comma, c.p., l'art. 648, comma 2, c.p., o, ancora, l'art. 311 c.p., l'art. 625-bis c.p., il recente art. 603 bis.1 c.p., l'art. 2621 bis c.c. che prevedono, nei casi di particolare tenuità, significative riduzioni di pena. Sulla compatibilità di queste ipotesi con la causa di non punibilità prevista dall'art. 131 bis c.p. cfr. Alberti, Non punibilità per particolare tenuità del fatto, cit., 5 e, per una rassegna degli orientamenti giurisprudenziali in merito, cfr. Alberti, Non punibilità per particolare tenuità del fatto, in questa Rivista, 2017, 5, 406.

(14) Secondo Cass., Sez. II, 12 maggio 2017 (20 aprile 2017), n. 23419, sent., Ramzi, in CED, 270393, "la non punibilità per tenuità nei limiti di pena indicati, si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o pericolo come circostanza attenuante, non costituisce alcuna eccezione generale al limite di pena ma si limita a prevedere che nei casi di fatti circostanziati lievi, ove la pena sia inferiore ad anni cinque, di tale elemento può tenersi conto due volte".

(15) Trib. Nola, 14 gennaio 2016, n. 88, ord., in G.U. 4 maggio 2016, n. 18. A commento si veda Santini, L'articolo 131-bis c.p. al vaglio della Corte costituzionale: irragionevole la sua mancata estensione alla ricettazione di particolare tenuità ex art. 648, comma 2 c.p.?, in Dir. pen. cont., 22 dicembre 2016.

(16) Anche la Cassazione esclude, in maniera decisa, che i casi di ricettazione attenuata possano fruire di questa causa di non punibilità, ostandovi il superamento del limite di pena massimo di pena stabilita dal legislatore: Cass., Sez. II, 12 maggio 2017 (20 aprile 2017), n. 23419, sent., Ramzi, cit.: "L'istituto della particolare tenuità del fatto non è applicabile al reato di ricettazione attenuata di cui al secondo comma dell'art. 648 cod. pen., in quanto il limite di pena per esso previsto, pari a sei anni di reclusione, è superiore a quello richiesto per l'applicazione di detta causa di non punibilità".

(17) Astorina Marino, sub art. 131-bis, cit., 571, rileva che "trattandosi di una norma che investe l'intero diritto penale ne riceve "in cambio", per così dire, tutte le innumerevoli incongruenze e asimmetrie che lo caratterizzano".

(18) Cass., Sez. III, 29 agosto 2016 (11 maggio 2016), n. 35591, in CED, n. 267647.

(19) Cass., Sez. III, 27 aprile 2016 (14 ottobre 2015), n. 17184, sent. Coppo e altro, in CED, n. 266754; la Corte precisa che si tratta "di concetti non sovrapponibili che collocano la non punibilità per particolare tenuità del fatto nella angusta area schiacciata tra la totale inoffensività della condotta e il reato attenuato dalla speciale o particolare tenuità del fatto o dalla sua lieve entità", precisando, ancora, "che la natura esigua del danno, o del pericolo, concorre, ai sensi dell'art. 131-bis cod. pen., a rendere non punibile un fatto, sicché non può essere confusa con le ipotesi di "speciale" o "particolare" o "lieve" entità del fatto che attenuano il reato, senza escluderne l'offensività".

(20) Cfr. art. 311 c.p.

(21) Cfr. art. 323 bis, comma 1 c.p.; art. 648, comma 2, c.p.

(22) Secondo Cass., Sez. VI, 3 novembre 2016 (18 ottobre 2016), n. 46255, sent., Zhou, in CED, n. 268481, la causa di non punibilità ex art. 131 bis si fonda su un giudizio complessivo di minima offensività per il cui riscontro concorrono diversi elementi.

(23) Cass., Sez. III, 27 aprile 2016 (14 ottobre 2015), n. 17184, sent. Coppo e altro, cit.

(24) Concorda con questa linea interpretativa della Corte costituzionale, Nisco, Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, cit., 8.

(25) La Cassazione nega con decisione che i casi di minore gravità di violenza sessuale possano fruire dell'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. in base all'argomento, che non sembra sorretto da un riscontro normativo e in patente violazione del principio di legalità della pena "che la pena massima edittale, una volta applicata la riduzione minima di un giorno di reclusione per la diminuente prevista dall'ultimo comma dell'art. 609 bis cod. pen., è ampiamente superiore al limite di cinque anni di reclusione previsto per l'applicazione della speciale causa di non punibilità dall'art. 131 bis, stesso codice": Cass., Sez. III, n. 35591, 29 agosto 2016 (11 maggio 2016) sent., F, in CED, n. 267647.

(26) Nella sentenza del 2016 (Corte cost. 10 novembre 2016, n. 236, sent.) la Corte costituzionale ha affermato che in taluni casi si possa prescindere dal tertium comparationis, risultando, di per sé, quanto previsto dal legislatore irragionevole, sproporzionato. Sulla rilevanza di questa pronuncia si vedano le osservazioni di

Dolcini, Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato, in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, 1956; Viganò, Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena, in Dir. pen. cont., 2017, 2, 61; Pulitanò, La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali, cit., 51 s.

CONDOTTE RIPARATORIE ED ESTINZIONE DEL REATO EX ART. 162 TER C.P.: DEFLAZIONE SENZA RESTORATIVE JUSTICE

di Chiara Perini(*)

c.p. art. 162-ter

D.Lgs. 28-08-2000, n. 274, Art. 35.

L'estinzione del reato per condotte riparatorie, prevista dal nuovo art. 162 ter c.p. e modellata sull'art. 35, D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, conferma il crescente apprezzamento politico-criminale per la condotta riparativa, senza tuttavia poter rifluire nell'alveo della giustizia riparativa correttamente intesa. Soprattutto nella variante "secondaria" della "fattispecie riparatoria" delineata dalla norma, nella quale il risarcimento del danno può avvenire nelle forme dell'offerta reale non accettata dalla persona offesa ma ritenuta congrua dal giudice, l'istituto marginalizza la vittima, mentre la Restorative Justice è orientata alle esigenze proprio di quest'ultima. Nel settore della criminalità perseguibile a querela soggetta a remissione, l'art. 162 ter c.p. pare rispondere principalmente a finalità deflative.

Sommario: La genesi politico-criminale dell'art. 162 ter c.p. - Campo di applicazione e collocazione sistematica dell'art. 162 ter c.p. - La "fattispecie riparatoria" dell'art. 162 ter c.p. - Coordinamento normativo e disciplina transitoria - Conclusioni: deflazione senza Restorative Justice

La genesi politico-criminale dell'art. 162 ter c.p.

La prima formulazione dell'istituto introdotto con l'art. 162 ter c.p. si rinviene nel progetto di articolato presentato dal Gruppo di Studio incaricato di "elaborare una proposta di revisione del sistema penale attraverso l'introduzione di norme di depenalizzazione", presieduto dal Prof. Antonio Fiorella (D.M. 14 dicembre 2012). In tale cornice, la cifra qualificante della prospettata riforma poteva cogliersi globalmente nella "necessità di contrarre l'intervento del diritto penale a causa della progressiva dilatazione del ricorso alla sanzione penale, con pregiudizio per la sua natura di extrema ratio che determina una riduzione della funzione general-preventiva, propria della pena, ed una incapacità del sistema giudiziario, nel suo complesso, di accertare e reprimere i reati"(1). Il dichiarato intento deflativo si esprimeva in tale sede attraverso una pluralità di strumenti: non solo la

depenalizzazione e l'abrogazione di alcune fattispecie di reato, ma anche l'estensione della perseguibilità a querela, l'"esclusione della procedibilità per la particolare tenuità del fatto"(2), l'ampliamento del campo di applicazione dell'oblazione ai delitti e, appunto, l'introduzione di una nuova "ipotesi generale di estinzione del reato in presenza di condotte riparatorie"(3).

La struttura e lo spazio applicativo dell'istituto previsto dall'art. 162 ter c.p. - ultima novità, in ordine di tempo, dell'attuale stagione politico-criminale(4) - risentono dell'accostamento con le altre novelle, in particolare per quanto riguarda gli interventi via via progettati sul fronte della perseguibilità a querela e della disciplina dell'oblazione, con un'interessante dialettica tra l'impostazione seguita dalla Commissione Fiorella e il quadro delineato dalla L. 27 giugno 2017, n. 103 (c.d. "riforma Orlando"). Nell'articolato proposto dalla Commissione Fiorella, infatti, l'introduzione dell'art. 162 ter c.p., che veniva riservato ai "delitti procedibili a querela"(5), si affiancava, da un lato, all'estensione della perseguibilità a querela (eccezionalmente anche alla contravvenzione di Molestia o disturbo alle persone di cui all'art. 660 c.p.)(6); querela della quale si sottolineava la capacità di coniugare gli effetti applicativi del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale con l'esigenza di "far emergere e valorizzare l'interesse privato alla punizione del colpevole", non senza sfruttare in un'ottica deflativa "le ipotesi conciliative che spesso riescono a perfezionarsi proprio nelle fasi preliminari del giudizio"(7). Dall'altro lato, sempre prevedendo "apprezzabili effetti di deflazione processuale"(8), si ipotizzava di estendere anche ai delitti tanto l'oblazione obbligatoria ex art. 162 c.p., quanto l'oblazione facoltativa ex art. 162 bis c.p., che - come noto - richiede tra l'altro l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ossia condotte lato sensu riparatorie.

Viceversa, la L. n. 103 del 2017 non interviene sul versante dell'oblazione, che dunque resta limitata alle sole contravvenzioni, e conferisce al Governo una delega tesa ad ampliare - in termini parzialmente diversi rispetto alla proposta precedente - la perseguibilità a querela, riservando il nuovo art. 162 ter c.p. ai "casi di procedibilità a querela soggetta a remissione". Dall'esame del dibattito politico-criminale che ha condotto all'approvazione della "riforma Orlando" appare tuttavia confermata la ratio deflativa che ispira l'istituto appena introdotto(9) ed è forse frutto di un equivoco(10) l'accostamento dell'art. 162 ter c.p. alla giustizia riparativa, la quale opera, come si chiarirà, con modalità differenti rispetto a quanto delineato nella norma in questione. Sin dalla prima formulazione, infine, l'art. 162 ter c.p. è stato accostato all'art. 35, D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che - come noto - consente nel campo di competenza del giudice di pace di dichiarare l'estinzione del reato conseguente a condotte

riparatorie(11). Con la novella in commento si è, in un certo senso, replicata una "circolazione di modelli"(12) dal sotto-sistema penale del giudice di pace al sistema penale tout court non dissimile da quella operata con l'introduzione dell'art. 131 bis c.p., modellato sulla falsariga dell'art. 34, D.Lgs. n. 274 del 2000. Ma la non perfetta sovrapponibilità delle discipline pone analogamente, come si vedrà, alcuni problemi di coordinamento.

Campo di applicazione e collocazione sistematica dell'art. 162 ter c.p.

Con scelta lessicale non priva di ambiguità, l'art. 162 ter c.p. circoscrive il proprio campo di applicazione ai "casi di procedibilità a querela soggetta a remissione". La diversità rispetto alla proposta della Commissione Fiorella non sta solo nel riferimento ai "casi" anziché ai "delitti procedibili a querela" (opzione terminologia criticabile in quanto suscettibile di fraintendimento, quasi a mettere in discussione la "coordinata generale del sistema" per la quale "le contravvenzioni sono sempre procedibili d'ufficio")(13), ma anche nella scelta di riservare l'istituto ai soli reati per i quali - a prescindere dalla relativa cornice edittale - l'eventuale querela della persona offesa sia suscettibile di remissione ai sensi degli artt. 152 ss. c.p. Dall'estinzione per condotte riparatorie sono, pertanto, esclusi non solo i reati perseguibili d'ufficio(14), ma anche i reati perseguibili a querela che, per ragioni politico-criminali, il legislatore abbia ritenuto di sottrarre alla possibilità di remissione della querela stessa. Attualmente ciò accade, in base all'art. 609 septies, comma 3, c.p., per i delitti di Violenza sessuale (art. 609 bis c.p.), semplice e aggravato ex art. 609 ter c.p., e di Atti sessuali con minorenne (art. 609 quater c.p.), nonché per il delitto di Atti persecutori "commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo 612, secondo comma" (art. 612 bis, comma 4, c.p.).

Il nuovo istituto, dunque, insiste - per definizione - sulla medesima fascia di criminalità per la quale opera la causa di estinzione del reato rappresentata, appunto, dalla remissione della querela; la peculiarità dell'art. 162 ter c.p., come si dirà, è che l'effetto estintivo del reato non è nella disponibilità della persona offesa ed anzi si produce, in taluni casi, nonostante la contrarietà di quest'ultima: alla base vi è l'"idea che il giudice possa 'scavalcare' l'eventuale persistenza della volontà punitiva del querelante, in presenza di condotte idonee a reintegrare l'offesa recata agli interessi lesi dal reato"(15). In tal modo, si raggiunge "il limitato ma apprezzabile risultato di sottrarre l'effetto estintivo della remissione al mercanteggiamento tra le parti private per affidarlo interamente al giudice, neutralizzando così eventuali caparbietà della persona offesa"(16). Si noti tuttavia, da un lato, che "non sembra che la remissione sia in via generale esposta a rischi di mercanteggiamenti - economici o di altra natura - più gravi di quelli certamente possibili già per la stessa proposizione o meno della querela"(17); e che, dall'altro lato, in base alla nuova norma il giudice è comunque

tenuto a sentire tutte le parti del processo e la persona offesa, sicché l'accertamento dei presupposti richiesti dall'art. 162 ter c.p. si fonderà sull'acquisizione di elementi che travalicano la mera dialettica imputato-vittima.

Anche in ragione della finalità deflativa dichiaratamente assegnata dal legislatore al nuovo istituto, non è affatto secondaria l'effettiva consistenza del campo di applicazione dell'art. 162 ter c.p., sulla quale incidono, per un verso, la devoluzione al giudice di pace di una quota significativa della criminalità perseguibile a querela soggetta a remissione(18) e, per altro verso, la defalcazione dell'art. 649 bis c.p. dal testo della riforma definitivamente approvato: disposizione con la quale si prevedeva di estendere l'estinzione per condotte riparatorie ad una selezione di reati contro il patrimonio procedibili d'ufficio. La capacità deflativa dell'art. 162 ter c.p. sarebbe stata senz'altro maggiore, se fosse stata approvata la formulazione dell'art. 649 bis c.p. proposta dalla Commissione Fiorella, in base alla quale l'art. 162 ter c.p. si sarebbe applicato a tutti i delitti codicistici contro il patrimonio procedibili d'ufficio (ad eccezione degli "articoli 628, 629, 630, 644, 648 bis, 648 ter, nonché [di] ogni altro delitto contro il patrimonio commesso con violenza alle persone")(19). Nella versione recepita dal d.d.l. A.C. n. 2798 del 2014 (poi caducata), invece, l'art. 649 bis c.p. conteneva il riferimento ad una rosa più ristretta di delitti contro il patrimonio previsti dal Codice penale e perseguibili d'ufficio, tra i quali spiccavano alcune delle ipotesi di furto aggravato(20).

Sul piano sistematico, l'introduzione dell'art. 162 ter c.p. rappresenta una conferma del crescente apprezzamento politico-criminale per la condotta riparativa (nozione connessa, ma distinta rispetto a quella di giustizia riparativa)(21), alla cui incentivazione la nuova causa di estinzione del reato all'evidenza concorre (non diversamente dagli istituti confinanti, come l'oblazione facoltativa stante l'art. 162 bis, comma 3, c.p., la sospensione condizionale della pena in base agli artt. 163, comma 4, e 165, comma 1, c.p. e la sospensione del procedimento con messa alla prova ex art. 168 bis, comma 2, c.p.).

Nel contesto dell'ordinamento penale complessivamente inteso, la valorizzazione della condotta riparativa si snoda, come è stato chiarito(22), secondo tre direttrici: l'una orientata in senso generalpreventivo, che raccoglie le ipotesi di condotta riparativa incentrate su "una reintegrazione in forma specifica dell'offesa", avente "carattere temporaneo e non irreparabile", capaci di produrre "un completo ristabilimento dello status quo" e dotate di "efficacia esimente totale"(23); l'altra orientata in senso specialpreventivo, ove la condotta riparativa è "sintomo di diminuita antisocialità dell'autore del reato"(24) e depone in senso favorevole ai fini della concessione di benefici (ad es., le misure alternative alla detenzione o la

sospensione condizionale della pena)(25); l'altra ancora orientata in senso deflativo, sulla quale convergono "meccanismi di semplificazione processuale (...) sul presupposto che la vittima sia stata reintegrata o che non permangano conseguenze dannose o pericolose eliminabili dal colpevole"(26). Proprio a tale ultima dimensione vengono ricondotti alcuni istituti centrali nell'attuale stagione politico-criminale: l'oblazione facoltativa ex art. 162 bis c.p.(27), la procedibilità a querela e l'art. 35, D.Lgs. n. 274 del 2000, che "testimonia il ruolo equitativo svolto dal giudice penale affinché lo strumento della riparazione non degeneri nella prevaricazione del reo da parte della sua vittima"(28).

Anche la sistematizzazione appena riportata pare dunque confermare l'indirizzo deflativo dell'art. 162 ter c.p., per la cui configurazione il legislatore si è esplicitamente ispirato - come s'è visto - all'art. 35, D.Lgs. n. 274 del 2000. E, in considerazione dei poli (deflazione vs. giustizia riparativa) attorno ai quali si sono incentrati i primi commenti dell'art. 162 ter c.p.(29), vale la pena ricordare che, nel sistema penale del giudice di pace, "l'unico vero meccanismo appartenente alla giustizia riparativa è la riconciliazione delle parti in vista della remissione della querela, previsto dall'art. 29", mentre l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie ex art. 35, D.Lgs. n. 274 del 2000, "gravita ancora nell'orbita 'sanzionatoria', sia pure nelle vesti di un diritto penale 'mite'"(30). Essendo basato sul mero criterio della perseguibilità a querela soggetta a remissione senza esclusioni oggettive, il campo di applicazione dell'art. 162 ter c.p. si presta a ricomprendere reati lesivi di beni non solo patrimoniali(31). Il che, in considerazione di alcune caratteristiche della "fattispecie riparatoria"(32) sulle quali si tornerà tra poco, consente di riferire anche all'istituto in commento un'avvertenza che la dottrina ha formulato in relazione all'analogo art. 35, D.Lgs. n. 274 del 2000, per la quale "va scongiurato l'abuso di tale potere di estinzione contro la volontà della vittima quando l'offesa non riguarda beni patrimoniali, bensì beni personali"(33).

La "fattispecie riparatoria" dell'art. 162 ter c.p.

Il riferimento ai reati procedibili a querela soggetta a remissione individua un campo di criminalità tradizionalmente aperto alla possibilità di un "confronto in senso lato conciliativo"(34) tra autore e vittima del reato, agevolata dall'ordinamento penale attraverso una serie di disposizioni che investono l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria del compito di ricercare una composizione del conflitto scaturito dal reato(35). Rispetto a tale ambito l'art. 162 ter c.p. disciplina una "fattispecie riparatoria" articolata in due varianti, che si diversificano in base alla progressiva marginalizzazione della persona offesa.

È opportuno infatti sottolineare che, nel passaggio dalla proposta della Commissione Fiorella al testo definitivamente approvato, nell'art. 162 ter c.p. è stata inserita la possibilità che il risarcimento del danno avvenga nelle forme della "offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo". Simile opzione, che può essere considerata secondaria sul piano strutturale, risulta viceversa centrale per individuare il baricentro del nuovo istituto, soprattutto nella distanza dalla Restorative Justice.

Procedendo con ordine, la variante, per così dire, principale della nuova causa di estinzione del reato è quella che prevede che l'imputato abbia "riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e [abbia] eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato". E, per inciso, si può notare che, nel testo definitivamente approvato, non compare più un riferimento espresso al decreto penale di condanna, come invece nella proposta della Commissione Fiorella, sollevando dunque un problema di coordinamento(36). Ricalcando una formulazione già sperimentata in altre sedi ma con accenti non del tutto coincidenti, il legislatore richiede dunque nell'art. 162 ter c.p. l'avverarsi congiunto della riparazione integrale del danno cagionato dal reato, attraverso le restituzioni o il risarcimento, e dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Rispetto ad istituti già presenti nel sistema penale, che pure valorizzano i medesimi indici, oltre alla già evidenziata previsione congiunta (e non alternativa, come invece ad es. nella circostanza attenuante comune di cui all'art. 62, n. 6, c.p.) degli stessi, l'art. 162 ter c.p. richiede l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato tout court, senza cioè attribuire esplicitamente rilievo all'ipotesi in cui esse non vengano eliminate ma solo attenuate, come nel già citato art. 62, n. 6, c.p., negli artt. 12 e 17, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, sulla responsabilità ex crimine delle persone giuridiche(37) o nella sospensione condizionale "breve" ex art. 163, comma 4, c.p.

In base al tenore letterale dell'art. 162 ter c.p. il coinvolgimento della vittima emerge riduttivamente nell'obbligo per il giudice di "sentire" "le parti e la persona offesa" prima di procedere alla dichiarazione di estinzione del reato. Le esigenze espresse dalla vittima saranno dunque acquisite dall'organo giudicante nell'ambito della valutazione circa la sussistenza degli "elementi costitutivi della 'fattispecie riparatoria'"(38), senza però risultare vincolanti nel merito: il che "non sembra certo destinato a introdurre momenti di giustizia riparativa intesa quale dialogo costruttivo tra autore e vittima, quanto piuttosto a garantire il necessario contraddittorio nell'accertamento dei presupposti riparatori dell'estinzione"(39).

In effetti, non è difficile rilevare la distanza che separa l'art. 162 ter c.p. dal modus operandi della giustizia riparativa, se si richiamano - anche alla luce della definizione contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. d), Dir. 2012/29/UE(40) e delle altre fonti sovranazionali rilevanti(41) - le "caratteristiche qualitative da considerare indefettibili" negli strumenti operativi della Restorative Justice, e cioè "la partecipazione attiva delle parti (…) la finalità orientata alle esigenze della vittima (…) la riparazione dell'offesa nella sua dimensione globale (…) l'autoresponsabilizzazione del reo (…) la volontarietà (…) la confidenzialità"(42). La discontinuità con l'art. 162 ter c.p. è davvero complessiva, basti notare, per tutti, che l'inciso sopra ricordato ("sentite le parti e la persona offesa") non è in grado di evocare una parentesi endo-procedimentale, nella quale autore e vittima del reato abbiano l'occasione di incontrarsi e instaurare un dialogo(43); che l'apprezzamento dell'offesa da parte dell'art. 162 ter c.p. non pare "globale", ma sbilanciata sul versante oggettivo e materiale(44); che l'istituto non sembra indirizzarsi in modo specifico alle esigenze della vittima. Le ultime due considerazioni sono suffragate in particolare dall'esame della variante "secondaria" della "fattispecie riparatoria" disciplinata dall'art. 162 ter c.p., che prevede che "il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo". Ad una interpretazione letterale, la disposizione delinea un'ipotesi speciale per le modalità del risarcimento del danno, ferma la ricorrenza degli altri elementi della "fattispecie riparatoria", e cioè le restituzioni, se pertinenti, e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

Tale variante pare illuminare il fulcro del concetto di riparazione accolto dall'art. 162 ter c.p.: un concetto fortemente orientato, appunto, alla monetizzazione e alla "riparazione per equivalente"(45) dell'offesa cagionata dal reato. Quanto al ruolo della vittima, si osservi che la disposizione consente di dichiarare l'estinzione del reato al ricorrere, tra gli altri, dei seguenti elementi: da un lato, la mancata accettazione dell'offerta di risarcimento da parte della persona offesa; dall'altro lato, il riconoscimento da parte del giudice della "congruità della somma offerta" dall'autore del reato, il che implicitamente presuppone una valutazione giudiziale di irragionevolezza circa la determinazione assunta dalla persona offesa. Ora, se può essere apprezzabile prevedere strumenti che sottraggano il reo a pretese ritenute ingiustificatamente pervicaci, come è stato detto, della persona offesa, l'art. 162 ter c.p. in quanto tale - ossia svincolato da un percorso di incontro e dialogo tra autore e vittima, nel quale maturi l'impegno del primo anche ad una riparazione materiale dell'offesa(46) - sembra funzionale esclusivamente a istanze deflative.

Con una nota in un certo senso paradossale sul piano politico-criminale, posto che l'istituto è riservato, come s'è detto, alla criminalità procedibile a querela soggetta a remissione, rispetto alla quale dunque è lo stesso legislatore penale sin dalla criminalizzazione primaria del fatto a rimettere alla vittima la disponibilità della risposta penale(47). Il reato diviene così, nella sostanza, "officioso", posto che - una volta presentata la querela da parte della persona offesa - la decisione circa la continuazione o meno del processo è rimessa interamente al giudice. In questo modo, la querela è stravolta nella funzione (sottesa da ragioni vittimologiche) di governo dell'azione penale e rileva solo come filtro processuale, contando il legislatore sui difetti di propensione alla denuncia delle vittime "quiescenti" che neppure farebbero iniziare la procedura(48). Il rinvio dell'art. 162 ter c.p. agli "articoli 1208 e seguenti del codice civile" sull'offerta reale, così come l'enucleazione del parametro della congruità della somma offerta come criterio di valutazione per il giudicante riecheggiano un orientamento giurisprudenziale formatosi sia con riguardo all'art. 62, n. 6, c.p., sia in rapporto all'art. 35, D.Lgs. n. 274 del 2000. In base al primo indirizzo, in caso di rifiuto dell'offerta di denaro da parte della persona offesa, l'autore del reato può comunque ottenere la concessione della circostanza attenuante del risarcimento del danno mettendo a disposizione la somma nelle modalità dell'offerta reale, così da consentire al giudice di valutare l'effettività, la serietà e, appunto, la congruità dell'offerta(49). Sul versante dell'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie nel procedimento davanti al giudice di pace, del pari, l'offerta reale è stata riconosciuta come modalità per mettere a disposizione la somma in presenza di un rifiuto della persona offesa e rendere comunque possibile l'apprezzamento di tale elemento ai fini della concessione del beneficio(50).

Si è osservato che, nella variante principale di estinzione per condotte riparatorie configurata dall'art. 162 ter c.p., "il giudice non sembra (…) dotato di un margine di discrezionalità nel disporre l'effetto estintivo"(51). Tra l'altro, a differenza dell'art. 35, D.Lgs. n. 274 del 2000, che subordina l'estinzione del reato alla circostanza che le "attività risarcitorie e riparatorie [siano ritenute] idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione" (comma 2), il nuovo istituto codicistico non vincola la valenza estintiva delle condotte riparatorie a parametri esterni(52).

Nell'art. 162 ter c.p. non mancano tuttavia elementi di delicata valutazione, tant'è che proprio per gli adempimenti connessi il dichiarato effetto deflativo sulla macchina processuale potrebbe non essere così significativo (soprattutto a paragone della "celerità" dell'alternativa rappresentata dall'estinzione per remissione di querela): si pensi, da un lato, al giudizio sulla "congruità della somma" oggetto di offerta reale, sostanzialmente rimesso all'autonomo apprezzamento del giudicante; o, dall'altro lato, al vaglio circa l'"esito positivo delle condotte riparatorie" (comma 3) nel contesto di quella che può essere considerata una terza variante dell'istituto in esame (comma 2),

in quanto incardinata sulla sospensione del processo e basata sul presupposto - anch'esso oggetto di apposita disamina giudiziale - che l'imputato non abbia "potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine" della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado ad alcune delle condotte riparatorie.

Tale ultima ipotesi ricalca evidentemente l'analoga possibilità contemplata dall'art. 35, comma 3, D.Lgs. n. 274 del 2000 per i reati di competenza del giudice di pace, ma con alcune differenze. In primo luogo, l'art. 162 ter c.p. appare più restrittivo nel prevedere che il mancato adempimento entro il termine debba essere scaturito da un fatto "non addebitabile" all'imputato; in secondo luogo, la concessione dell'ulteriore intervallo temporale (non superiore a sei mesi nell'art. 162 ter c.p., mentre l'art. 35 citato prevede al massimo tre mesi) è esplicitamente riferito solo al pagamento del dovuto a titolo di risarcimento del danno e non anche alle restituzioni e all'eliminazione delle conseguenze del reato, mentre davanti al giudice di pace il periodo di sospensione del processo può essere sfruttato per provvedere complessivamente agli "adempimenti" risarcitori e riparatori previsti dal primo comma del richiamato art. 35.

Un elemento, che valorizza la discrezionalità giudiziale e che è condiviso sia dall'art. 162 ter, comma 2, c.p. sia dall'art. 35, comma 3, D.Lgs. n. 274 del 2000, è costituito rispettivamente dall'obbligo e dal potere-facoltà del giudice di imporre, in tale ipotesi, "specifiche prescrizioni".

Se nella relazione della Commissione Fiorella si precisava che simili prescrizioni fossero "finalizzate, ove possibile, all'eliminazione delle conseguenze del reato"(53), nel vigente art. 162 ter c.p. manca qualsiasi indicazione circa il contenuto delle stesse(54). Ciò crea qualche incertezza, soprattutto in ragione del fatto che la "possibilità di proroga per l'adempimento riparatorio"(55) è, come s'è detto, limitata al risarcimento del danno; il che potrebbe implicitamente escludere, sul presupposto che si sia già provveduto, che tali prescrizioni possano essere riferite appunto all'eliminazione delle conseguenze del reato. I doveri indirizzati dal giudice all'imputato sotto tale veste potranno dunque riferirsi solo alle modalità per "provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento", oppure anche al comportamento da tenere durante il termine concesso? La prima lettura appare più rassicurante, ma riduttiva; la seconda, invece, conferirebbe al dato normativo una pregnanza maggiore, ma ingenererebbe anche forti perplessità(56), poiché rischierebbe di trasformare l'istituto in questione quasi in una forma surrettizia di sospensione del procedimento con messa alla prova senza tuttavia contorni normativamente delineati.

Un profilo connesso riguarda poi l'eventuale inosservanza delle prescrizioni in questione. Se l'inadempimento integrale parrebbe inficiare la possibilità di ottenere la

dichiarazione di estinzione del reato, si pone il problema di come valutare un adempimento parziale (dovuto ad es. ad una interruzione nell'esecuzione del piano di pagamento rateale), inidoneo ai fini della concessione del beneficio. Esclusa l'estinzione del reato ex art. 162 ter c.p. in questo caso, l'elemento potrebbe essere valorizzato nel contesto della commisurazione della pena con riferimento al criterio fattuale della "condotta susseguente al reato" (art. 133, comma 2, n. 3 c.p.)(57).

Coordinamento normativo e disciplina transitoria

In ragione del campo di applicazione dell'art. 162 ter c.p. che intercetta un settore di criminalità di competenza del giudice di pace penale, sembra potersi porre un problema di coordinamento con l'art. 35, D.Lgs. n. 274 del 2000, sul quale - come s'è detto - la norma codicistica è stata espressamente modellata(58).

Un interrogativo analogo è sorto, come noto, con riguardo al rapporto tra l'art. 131 bis c.p. e l'art. 34, D.Lgs. n. 274 del 2000(59), registrando il formarsi di due orientamenti giurisprudenziali contrapposti la cui composizione è ora rimessa all'attenzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: un indirizzo maggioritario, che esclude la possibilità di applicare l'art. 131 bis c.p. in relazione ai reati di competenza del giudice di pace, stante il carattere speciale dell'art. 34, D.Lgs. n. 274 del 2000, le difformità strutturali intercorrenti tra i due istituti e la mancanza di indicazioni normative favorevoli all'estensione; un indirizzo minoritario, che ritiene irragionevole escludere l'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. nel procedimento davanti al giudice di pace soprattutto in ragione del fatto, che quest'ultima norma delinea una "disciplina sostanzialmente di maggior favore" rispetto all'art. 34 citato e che proprio la criminalità assegnata al giudice di pace è "ritenut[a] dal legislatore di minore gravità"(60).

Ebbene, anche tra l'art. 162 ter c.p. e l'art. 35, D.Lgs. n. 274 del 2000, intercorre una diversità strutturale e nel complesso la disciplina delineata dall'istituto codicistico appare meno stringente (si pensi, ad es., all'ampiezza della proroga che può essere concessa per porre in atto le condotte riparatorie dopo il termine ordinariamente previsto; oppure alla menzione solo da parte dell'art. 35 citato delle "esigenze di riprovazione del reato e (...) di prevenzione", alle quali la riparazione deve essere commisurata)(61).

Merita infine un breve cenno la disciplina transitoria prevista dall'art. 1, commi 2-4, L. n. 103 del 2017. In quanto norma penale di favore incidente sul trattamento sanzionatorio, alla causa di estinzione del reato prevista dal nuovo art. 162 ter c.p. si applica il principio della retroattività limitata dal giudicato di cui all'art. 2, comma 4, c.p.(62). In particolare, condivisibilmente(63), il legislatore della riforma ha previsto

che nei "processi in corso alla data di entrata in vigore della [L. n. 103 del 2017] (…) il giudice dichiara l'estinzione anche quando le condotte riparatorie siano state compiute oltre il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado" (art. 1, comma 2, L. n. 103 del 2017), ossia oltre il termine normalmente previsto dall'art. 162 ter, comma 1, c.p.

Si pone però il problema della possibilità o meno di applicare la nuova causa di estinzione anche ai processi in corso che si trovino in fase di legittimità al momento dell'entrata in vigore della riforma. In base ai commi 3 e 4 dell'art. 1, L. n. 103 del 2017, è espressamente circoscritta agli imputati dei giudizi pendenti in fase di merito la possibilità di chiedere un termine per provvedere alle condotte riparatorie non ancora tenute (termine non superiore a sessanta giorni, prorogabile - limitatamente al pagamento di quanto dovuto a titolo di risarcimento - per ulteriori sei mesi sulla falsariga dell'art. 162 ter, comma 2, c.p.). La delicatezza della questione discende dal fatto che i commi 3 e 4 testé citati possono essere considerati "di dettaglio"(64) rispetto al precedente comma 2 oppure alla stregua di disposizioni autonome.

Nella prima ipotesi, apparirebbe preclusa altresì la possibilità di valorizzare in sede di giudizio di legittimità ai fini della dichiarazione di estinzione del reato l'integrazione della "fattispecie riparatoria" eventualmente già avvenuta, anche se in epoca successiva alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, e la disciplina transitoria delineata dalla riforma introdurrebbe una deroga al principio generale codificato nell'art. 2, comma 4, c.p., sulla cui ragionevolezza - nelle forme di un "vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole" (Corte cost. 23 ottobre 2006, n. 393) - si sarebbe chiamati ad interrogarsi(65).

Nella seconda ipotesi, invece, la lettera del secondo comma dell'art. 1, L. n. 103 del 2017, che non eccettua esplicitamente il giudizio di legittimità dal novero dei "processi in corso" a cui estende l'art. 162 ter c.p. e si riferisce a condotte riparatorie già compiute (benché posteriori alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado), potrebbe consentire di rilevare l'estinzione del reato per condotte riparatorie anche in sede di legittimità. Osta però - ontologicamente, per così dire - la natura del giudizio davanti alla Corte di cassazione, che non ha "poteri e cognizioni di merito per valutare l'adeguatezza delle condotte riparatorie"(66) e di fronte alla quale "il presupposto processuale della norma in argomento, l'intervento personale degli interessati, non è attuabile"(67).

Conclusioni: deflazione senza Restorative Justice

La nuova causa di estinzione del reato prevista dall'art. 162 ter c.p. persegue, nelle intenzioni del legislatore, effetti deflativi a beneficio dell'operatività del sistema penale: per registrarli occorrerà soppesare, alla prova dei fatti, tanto la consistenza della fascia di criminalità intercettata dall'istituto, quanto l'aggravio processuale connesso all'accertamento della fattispecie riparatoria da parte del giudice. In ogni caso, alcuni elementi strutturali dell'istituto e, in particolare, la marginalizzazione della vittima non consentono - come detto - di ricondurre tale ipotesi di estinzione del reato per condotte riparatorie all'alveo della Restorative Justice correttamente intesa. Nell'alternativa tra "gli istituti fondati sul comportamento successivo di neutralizzazione dell'offesa (...) concepiti in una logica puramente utilitaristica oppure nella più vasta cornice di un itinerario di conciliazione tra reo e vittima"(68), l'art. 162 ter c.p. pare accostabile alla prima più che alla seconda opzione.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Relazione Commissione Fiorella, in Servizio studi del Senato, Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 110, agosto 2013, n. 48, 25.

(2) Relazione Commissione Fiorella, op. cit., 38, e art. 14 della Proposta di articolato.

(3) Relazione Commissione Fiorella, op. cit., 41.

(4) Com'è noto, una riduzione del penalmente rilevante per abrogazione e depenalizzazione è stata operata - in attuazione delle deleghe contenute nella L. 28 aprile 2014, n. 67 - dal D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, e dal D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, e la particolare tenuità del fatto è stata prevista come causa di esclusione della punibilità nel nuovo art. 131 bis c.p., introdotto dal D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, anch'esso attuativo della delega prevista dalla l. n. 67 del 2014. Sull'impianto complessivo della L. n. 67 del 2014, cfr. G. Mannozzi, Il "legno storto" del sistema sanzionatorio, in questa Rivista, 2014, 781 ss.; F. Palazzo, Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014), in Riv. it. dir. e proc. pen., 2014, 1693 ss.

(5) Art. 16 Proposta di articolato della Commissione Fiorella.

(6) Sulla "regola secondo la quale l'istituto della querela è proprio dei soli delitti, mentre per le contravvenzioni si procede sempre d'ufficio", regola da annoverare tra le "coordinate generali del sistema" penale (così Corte cost. 28 novembre 2008, n. 392, con riferimento proprio all'art. 660 c.p.), cfr. M. Romano - G. Grasso - T. Padovani, Commentario sistematico del codice penale, sub Art. 152 c.p., III, II ed., Milano, 2011, 43.

(7) Relazione Commissione Fiorella, op. cit., 34 s.

(8) Relazione Commissione Fiorella, op. cit., 40.

(9) Cfr. Relazione di accompagnamento al d.d.l. A.C. n. 2798 del 23 dicembre 2014, poi confluito nel d.d.l. A.C. n. 4368 del 15 marzo 2017, definitivamente approvato.

(10) Probabilmente originato da un passaggio della Relazione della Commissione Fiorella (passaggio, peraltro, maggiormente condivisibile rispetto alla formulazione dell'istituto in allora proposta, che non comprendeva la "variante secondaria" incentrata sull'offerta reale, piuttosto che in rapporto alla fisionomia assunta da ultimo dall'istituto). Cfr. Relazione Commissione Fiorella, op. cit., 41.

(11) Cfr. Relazione Commissione Fiorella, loc. cit.

(12) Per la nota espressione, cfr. E. Grande, Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli, Torino, 2000.

(13) M. Romano - G. Grasso, Commentario sistematico del codice penale, sub Pre-art. 120 c.p., II, III ed., Milano, 2005, 264. V. anche nt. 6.

(14) Come si dirà, nella proposta della Commissione Fiorella e nel d.d.l. A.C. n. 2798 citato era invece prevista - tramite l'introduzione dell'art. 649 bis c.p., poi non riproposto nella L. n. 103 del 2017 - la possibilità di applicare l'estinzione del reato per condotte riparatorie anche ad una selezione (più e meno ampia, rispettivamente) di delitti contro il patrimonio procedibili d'ufficio.

(15) Cfr. Relazione Commissione Fiorella, loc. cit.

(16) F. Palazzo, La Riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi, in Dir. pen. cont. - Riv. trim., n. 1, 2016, 54.

(17) M. Romano - G. Grasso - T. Padovani, op. cit., 41.

(18) Sul coordinamento tra art. 162 ter c.p. e art. 35, D.Lgs. n. 274 del 2000, v. infra.

(19) Art. 16, comma 2, Proposta di articolato della Commissione Fiorella.

(20) Si trattava, nello specifico, del delitto di furto aggravato ai sensi dell'art. 625, comma 1, nn. 2), 4), 6) e 8 bis), nonché dei delitti previsti dagli artt. 636 (Introduzione o abbandono di animali nel fondo altrui e pascolo abusivo) e 638 (Uccisione o danneggiamento di animali altrui) c.p.

(21) Cfr. F. Giunta, Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale, in Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo Millennio, Atti del Convegno di Studi (Como, 13-14 maggio 2005), Varese, 2007, 62 s.; O. Murro, Riparazione del danno ed estinzione del reato, Padova, 2016, 3 ss., che richiama la distinzione tra "riparazione afflittiva e coercibile",

aggiuntiva rispetto alla pena, e "riparazione premiale e incoercibile", in grado di attenuare o escludere la pena (per la citazione, v. ivi, 6); C. Piergallini, Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva, in E. Dolcini - C. E. Paliero (a cura di), Scritti in onore di Giorgio Marinucci, II, Milano, 2006, 1659 ss.

(22) Cfr. F. Giunta, op. cit., 63 ss.

(23) F. Giunta, op. cit., 64, che esemplifica, tra gli altri, con riferimento all'estinzione del delitto di insolvenza fraudolenta (art. 641, comma 2, c.p. - sul quale cfr. altresì D. Fondaroli, Illecito penale e riparazione del danno, Milano, 1999, 502 ss.) e di alcuni reati societari e sottolinea come le scelte legislative più recenti siano nel senso del "progressivo superamento della direttrice politico-criminale, secondo cui la condotta riparativa successiva alla consumazione del reato può assumere una funzione solamente attenuante della risposta sanzionatoria" (ivi, 65), come tradizionalmente determinato dall'art. 62, n. 6, c.p. Sui margini di riconducibilità di tale ultima disposizione alla giustizia riparativa, cfr. G. Mannozzi, Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarietà?, in Pena, riparazione e riconciliazione, op. cit., 23 ss.

(24) F. Giunta, op. cit., 63.

(25) Cfr. F. Giunta, op. cit., 65 ss.

(26) F. Giunta, op. cit., 63.

(27) Modello al quale possono essere affiancati, come noto, alcuni meccanismi estintivi specifici di determinati settori di parte speciale, sempre incentrati su una condotta riparatoria, come quello delineato dagli artt. 19 ss., D.Lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, per le contravvenzioni in materia di sicurezza e di igiene del lavoro (in merito, cfr. T. Padovani, Il nuovo volto del diritto penale del lavoro, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1996, 1157 ss.; A. di Martino, La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena, Milano, 1998, 272 ss.) o quello disciplinato dagli artt. 318 bis ss., D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, per le contravvenzioni in materia di tutela dell'ambiente. Cfr. M. Donini, Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio, in G. Mannozzi - G. A. Lodigiani (a cura di), Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone, Bologna, 2015, 142, che registra "una vera decodificazione del modello codicistico del recesso attivo" e segnala "la valenza mutante del post-fatto riparatorio, perché esso incide sulla soluzione del conflitto che la pena classica non risolve".

(28) F. Giunta, op. cit., 68.

(29) Cfr. D.N. Cascini, Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?, in Arch. pen., n. 2, 2017, ed.

on-line, 13 luglio 2017; R. G. Maruotti, La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter cp tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito, in Quest. giust., ed. on-line, 20 giugno 2017.

(30) G. Mannozzi, Giustizia riparativa e diritto penale, op. cit., 19. In merito, cfr. anche C. Sotis, La mediazione nel sistema penale del giudice di pace, in G. Mannozzi (a cura di), Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima, Milano, 2004, 57 ss.

(31) Anche se il settore dei reati contro il patrimonio è stato individuato come campo elettivo per l'applicazione dell'art. 162 ter c.p. Cfr. Relazione Commissione Fiorella, loc. cit. In merito alla problematica applicazione della norma ai reati offensivi di interessi personali, cfr. D. Ferranti, Giustizia riparativa e stalking: qualche riflessione a margine delle recenti polemiche, in Dir. pen. cont., 4 luglio 2017, 3 s.

(32) F. Palazzo, La Riforma penale, loc. cit.

(33) F. Giunta, op. cit., 68.

(34) F. Ruggieri, Giudizio penale e "Restorative Justice": antinomia o sinergia?, in G. Mannozzi - G. A. Lodigiani (a cura di), op. cit., 91.

(35) Per l'analisi degli istituti corrispondenti - dall'art. 1 T.u.l.p.s. all'art. 555, comma 3, c.p.p., riferito al procedimento davanti al giudice penale monocratico, sino ai sotto-sistemi minorile e del giudice di pace penale - cfr. G. Mannozzi, La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme, in G. Mannozzi (a cura di), op. cit., 20 ss.; F. Ruggieri, op. cit., 90 ss.

(36) Come anche rispetto al giudizio immediato, cfr. O. Murro, op. cit., 182.

(37) Cfr. G. Mannozzi, Giustizia riparativa e diritto penale, op. cit., 23 ss.; Ead., La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano, op. cit., 31 ss.

(38) F. Palazzo, La Riforma penale, loc. cit.

(39) F. Palazzo, La Riforma penale, loc. cit. Sul punto cfr. altresì M. Pelissero, La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato, in Dir. pen. cont. - Riv. trim., n. 1, 2016, 62 s.

(40) Norma per la quale, come noto, è "giustizia riparativa" "qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale".

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(41) Cfr. G. Mannozzi - G. A. Lodigiani, La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi, Torino, 2017, 99 ss.

(42) G. Mannozzi - G. A. Lodigiani, op. cit., 354 s. Sul punto cfr. altresì L. Eusebi, Profili della finalità conciliativa nel diritto penale, in E. Dolcini - C. E. Paliero (a cura di), op. cit., 1116 ss.; Id., La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria, in G. Mannozzi - G. A. Lodigiani (a cura di), op. cit., 97 ss.; C. Mazzucato, Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia, ivi, 128 ss.

(43) Cfr. O. Murro, op. cit., 180 s.

(44) In merito alla valutazione dell'offesa connessa al reato nella prospettiva della giustizia riparativa, cfr. G. Mannozzi, La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale, Milano, 2003, 51 ss.

(45) F. Giunta, op. cit., 72.

(46) Sui "limiti intrinseci della riparazione pecuniaria, se sganciata da un percorso di riparazione", cfr. G. Mannozzi - G. A. Lodigiani, op. cit., 225 ss. (per la citazione v. ivi, 228).

(47) In merito al significato politico-criminale del ricorso alla querela, nella distinzione tra "querela-garanzia" e "querela-opportunità", cfr. F. Giunta, Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela, Milano, 1993, 37 ss.

(48) Cfr. C. E. Paliero, "Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, Padova, 1985, 253 ss.

(49) Cfr. Cass., Sez. I, 13 dicembre 1995, n. 2837, Musazza, in Giust. pen., 1996, II, 719; Cass., Sez. I, 28 aprile 2006, n. 18440, Friscia, in Riv. pen., 2007, 211.

(50) Cfr. Cass., Sez. V, 9 maggio 2008, n. 36448, P.m. in c. Ciccarelli, in Guida dir., 2008, n. 44, 86.

(51) F. Palazzo, La Riforma penale, loc. cit.

(52) In senso critico su tale aspetto dell'art. 35, D.Lgs. n. 274 del 2000, cfr. G. Mannozzi, La giustizia senza spada, op. cit., 317 ss.; Ead., Giustizia riparativa e diritto penale, op. cit., 17 ss.

(53) Relazione Commissione Fiorella, loc. cit.

(54) Sulla indeterminatezza delle prescrizioni condivisa anche dall'art. 35, comma 3, D.Lgs. n. 274 del 2000, cfr. P. Grillo, Gli spazi operativi della mediazione penale nel

procedimento penale davanti al giudice di pace ed al tribunale in composizione monocratica, in Giur. mer., 2013, 10.

(55) F. Palazzo, loc. cit.

(56) Cfr. O. Murro, op. cit., 182.

(57) Per una rivalutazione, nella prospettiva della giustizia riparativa, di tale criterio, cfr. G. Mannozzi, Giustizia riparativa e diritto penale, op. cit., 28 ss.

(58) Cfr. O. Murro, op. cit., 185 s.

(59) In merito, cfr. C. M. Celotto, Art. 131-bis c.p. e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto: un rapporto di necessaria compatibilità, in Dir. pen. cont., 16 maggio 2017.

(60) C. M. Celotto, op. cit., 2.

(61) Cfr. Cass., Sez. V, 9 luglio 2009, n. 38597, C.A. in proc. c. F.E.C., in Guida dir., 2010, Dossier n. 2, 75.

(62) Cfr. per tutti G. Marinucci - E. Dolcini, Manuale di diritto penale. Parte generale, V ed. agg. da E. Dolcini - G. L. Gatta, Milano, 2015, 111.

(63) Cfr. S. Zirulia, Riforma Orlando: la "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale, in Dir. pen. cont., 20 giugno 2017, par. 3.

(64) S. Zirulia, loc. cit.

(65) Cfr. per tutti G. Marinucci - E. Dolcini, op. cit., 112 s.

(66) Cfr. R. G. Maruotti, op. cit.

(67) Cass., Sez. V, 23 maggio 2002, n. 25063, Rufolo e altri, in Riv. pen., 2003, 267, in fattispecie relativa all'applicabilità in via transitoria dell'art. 35, D.Lgs. n. 274 del 2000, del tutto analogo per l'aspetto considerato all'art. 162 ter c.p.

(68) F. Palazzo, Giustizia riparativa e giustizia punitiva, in G. Mannozzi - G. A. Lodigiani (a cura di), op. cit., 7

RAPINA ED ESTORSIONE

GIURISPRUDENZA

Cass. pen. Sez. VI Sent., 05/04/2018, n. 26619 (rv. 273557)
ESTORSIONE RAPINA SEQUESTRO DI PERSONA

REATI CONTRO IL PATRIMONIO - Delitti - Fatti commessi a danno di congiunti - Non punibilità - Estorsione - Reatocommesso con minaccia alle persone -

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Applicabilità della causa di non punibilità prevista dall'art.649 cod.proc.pen. - Esclusione - Ragioni

I reati consumati di rapina, estorsione e sequestro di persona a scopo di estorsione sono esclusi dall'area di applicabilità della previsione dell'art. 649 cod. pen., pur se posti in essere senza violenza alle persone, bensì con la sola minaccia. (In motivazione, la Corte ha precisato che la causa di non punibilità per "ogni altro diritto contro il patrimonio" commesso con minaccia alle persone si applica solo alle ipotesi diverse da quelle nominativamente previste, rispetto alle quali non è richiamata la distinzione tra minaccia e violenza). (Annulla con rinvio, App. Salerno, 28/10/2016)

FONTI

CED Cassazione, 2018

orte d'Appello Roma Sez. II, 20/07/2017

ESTORSIONE RAPINA

Incorre nell'imputazione per i reati p. e p. dagli artt. 629 e 628 c.p. l'imputato che dopo essersi impossessato con violenza degli effetti personali della p.o., costringeva la stessa a consegnargli una somma di denaro al fine di restituirle i suoi beni. In merito alle fattispecie ascritte la prova della colpevolezza dell'imputato si ricava dalle dichiarazioni della persona offesa i cui verbali siano stati acquisiti agli atti ai sensi dell'art. 512 c.p.p..

FONTI

Massima redazionale, 2017

Corte europea diritti dell'uomo Grande Sez., 15/12/2015, n. 9154/10

COMUNITA' EUROPEA Diritti politici e civili ESTORSIONE RAPINA

Pronunciandosi su un caso "tedesco" riguardante il ricorso di un uomo condannato per rapina aggravata ed estorsione, il quale aveva sostenuto che il suo processo era stato ingiusto, in quanto né lui né il suo avvocato avevano avuto la possibilità, nel corso del procedimento penale, di ottenere l'ammissione di alcuni testimoni in relazione ad uno dei reati da lui presumibilmente commessi, la Grande Camera della Corte di Strasburgo, sebbene a maggioranza, capovolgendo la decisione assunta dalla Sezione semplice il 17 aprile 2014, ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'art. 6 Par. 1 e 3 (d) della Convenzione europea per i diritti umani (diritto ad un processo equo e diritto di una persona accusata di un reato di esaminare o controesaminare i testimoni). La Corte ha rilevato che, in considerazione dell'importanza delle dichiarazioni dei testimoni oculari di uno solo dei reati in relazione ai quali lo Schatschaschwili era stato condannato, le misure di "controbilanciamento" adottate dal giudice di merito erano state insufficienti a garantire una valutazione equa e corretta dell'affidabilità delle prove. In particolare, anche se secondo il diritto tedesco gli organi inquirenti devono nominare un avvocato all'indagato durante la fase delle indagini preliminari, con il diritto dell'avvocato di essere presente all'udienza in cui i testi vengono escussi davanti al giudice istruttore, tali garanzie non erano state assicurate.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

FONTI
Quotidiano Giuridico, 2015 nota di SCARCELLA
Corte d'Appello Napoli Sez. V, 14/07/2013
Gr.Gh.

ESTORSIONE RAPINA
Incorre nell'imputazione per il reato di estorsione, in relazione a quello di rapina, il prevenuto che, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso ed in tempi diversi, al fine di trarne un ingiusto profitto, mediante minaccia consistita nel rappresentare alla p.o., di poter rientrare in possesso del trattore che gli era stato sottratto tempo prima, avrebbe dovuto consegnargli una certa somma di denaro, compiendo in tal modo atti idonei diretti in modo non equivoco a costringere la stessa a pagare l'anzidetta somma.
FONTI
Massima redazionale, 2013
Cass. pen. Sez. VI Sent., 18/12/2007, n. 19299 (rv. 240500)
C.G.

CAUSE DI NON PUNIBILITA' Cause di non punibilità in genere ESTORSIONE

REATI CONTRO IL PATRIMONIO - DELITTI - FATTI COMMESSI A DANNO DI CONGIUNTI - IN GENERE - Non punibilità - Delitti di rapina, estorsione e sequestro di persona a scopo d'estorsione - Forma tentata - Esclusione

L'esclusione della causa di non punibilità di cui all'art. 649 cod. pen. in riferimento alle fattispecie criminose di rapina, estorsione e sequestro di persona a scopo d'estorsione è normativamente estesa anche alle corrispondenti fattispecie di tentativo, che strutturalmente comportano l'uso della violenza alla persona, pur solo preordinata e non realizzata. (La Corte ha precisato che nella nozione di "violenza alle persone", di cui all'ultima parte dell'art. 649, comma terzo, cod. pen., rientra anche la violenza morale, e ciò perché tutte le fattispecie criminose a cui si riferisce la causa di non punibilità si connotano per l'equiparazione della violenza alla minaccia). (Rigetta, Trib. lib. Milano, 26 Giugno 2007)
FONTI
CED Cassazione, 2008
Corte cost. Ord., 19/12/2013, n. 321
MISURE CAUTELARI PERSONALI Questioni di legittimità costituzionale
SEQUESTRO DI PERSONA

PROCESSO PENALE - Misure cautelari personali - Delitto di sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione - Obbligatorietà della custodia cautelare in carcere quando sussistono gravi indizi di colpevolezza - Possibilità di applicare misure cautelari diverse e meno afflittive della custodia in carcere - Mancata previsione -

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Sopravvenuta dichiarazione di illegittimità della norma censurata - Questione divenuta priva di oggetto - Manifesta inammissibilità

E' manifestamente inammissibile, per sopravvenuta mancanza di oggetto, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. (come modificato dall'art. 2 del D.L. n. 11 del 2009), impugnato, in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, Cost. nella parte in cui non consente di applicare misure cautelari meno afflittive della custodia in carcere nei confronti della persona raggiunta da gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 cod. pen.). Infatti, successivamente all'ordinanza di rimessione, la sentenza n. 213 del 2013 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma impugnata (rimuovendola dall'ordinamento con efficacia ex tunc) nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 630 cod. pen., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. - Per la declaratoria di incostituzionalità in parte qua della norma censurata v. la citata sentenza n. 213/2013. - Sulla manifesta inammissibilità di questioni, per sopravvenuta mancanza di oggetto v., ex plurimis, le citate ordinanze nn. 177/2013, 315/2012 e 182/2012, nonché per questioni aventi ad oggetto l'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., le citate ordinanze nn. 269/2011 e 225/2011.

FONTI

ass. pen. Sez. II Sent., 13/10/2016, n. 47905 (rv. 268173)

RAPINA REATO IN GENERE

REATI CONTRO IL PATRIMONIO - Delitti - Rapina - In genere - Sottrazione di cosa mobile immediatamente dopo un tentativo di estorsione e percosse - Mancanza di violenza o minaccia contestuali all'impossessamento - Configurabilità - Ragioni

In tema di delitto di rapina, nell'ipotesi in cui venga sottratta una cosa mobile alla presenza del possessore subito dopo che questi abbia subito un tentativo di estorsione e percosse, l'estremo della minaccia, come modalità dell'azione della sottrazione è "in re ipsa", senza che vi sia bisogno di un'ulteriore attività minacciosa da parte dell'agente, direttamente collegata all'azione di apprensione del bene. (La S.C., in motivazione, ha precisato che, in tal caso, deve aversi riguardo alla complessiva attività del colpevole, globalmente volta alla sopraffazione del soggetto passivo, il quale non può non risentire della precedente costrizione nell'assistere impotente all'apprensione della cosa di sua proprietà da parte dell'agente). (Rigetta, Trib. lib. Palermo, 29/06/2016)

FONTI

CED Cassazione, 2016

ANCHE LA VIOLENZA MORALE ESCLUDE LA NON PUNIBILITA' DEI CONGIUNTI EX ART. 649 C.P.

Giliberti Serena

Cass. pen. Sez. II, 15 giugno 2010, n. 28141

c.p. art. 628

c.p. art. 629

c.p. art. 630

c.p. art. 649

Sommario: Il caso - Famiglia e "non punibilità" - I legami familiari rilevanti ex art. 649 c.p. - Natura giuridica dell'art. 649 c.p. - Le problematiche connesse all'operatività dell'art. 649 c.p.

Il caso

La questione rimessa alle Seconda Sezione della Cassazione dal Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Ancona riguarda la corretta interpretazione del disposto normativo di cui comma 3 *dell'art. 649 c.p.*

Lo spunto per affrontare la *vexata quaestio* è offerto alla Suprema Corte da una vicenda oggetto di giudizio del Tribunale di Macerata. In particolare, trattasi del fatto di M.S., imputato del reato di cui *all'art. 629 comma 2 c.p.* , per aver costretto la madre A.B., brandendo un coltello da cucina e proferendo le parole "mi sa che oggi va a finire male", a corrispondergli una somma di denaro.

Il giudice di prime cure, con sentenza del 1° luglio 2008, pur ritenendo perfezionato il reato di estorsione, giudicava l'imputato non punibile *ex art. 649 c.p.* u.c. per esser la condotta di quest'ultimo qualificabile come minacciosa, ma nonviolenta.

Il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Ancona, ritenuta erronea l'interpretazione data dal Tribunale del disposto normativo di cui comma 3 *dell'art. 649 c.p.* , ricorreva alla Suprema Corte deducendo la violazione di legge.

In accoglimento delle doglianze, la Sezione Seconda annullava la sentenza di primo grado, rinviando il processo alla Corte d'Appello competente.

Famiglia e "non punibilità"

La pronuncia in esame, pur non presentando tratti di originalità rispetto ad altre precedenti, offre l'occasione per fare il punto circa le problematiche applicative che *l'art. 649 c.p.* , definito, a ragione, "croce di ogni sistematica del reato" [1] , presenta. Da un lato, infatti, la collocazione della norma all'interno della struttura dell'illecito non è univocamente condivisa dalla dottrina; dall'altro, l'applicazione concreta della stessa ha dato origine al contrasto giurisprudenzial-dottrinale all'interno del quale va ricondotta la sentenza in commento.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

L'art. 649 c.p. prevede che non sia punito chi abbia commesso uno dei fatti di cui al Titolo XIII del Codice penale, ossia uno dei delitti contro il patrimonio, in danno 1) del coniuge non legalmente separato; 2) di un ascendente o di un discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato; 3) di un fratello o di una sorella che con lui convivano.

Per espressa disposizione del comma 3 del medesimo articolo, poi, tale esclusione della punibilità non opera con riferimento ai delitti di rapina (*art. 628 c.p.*), estorsione (*art. 629 c.p.*), sequestro di persona a scopo di estorsione (*art. 630 c.p.*) e qualora ogni altro delitto contro il patrimonio sia commesso con violenza alle persone.

Quella prevista *dall'art. 649 c.p.* , invero, non costituisce l'unica ipotesi in cui l'ordinamento rinuncia a punire l'autore del reato in considerazione dell'esistenza di un legame familiare.

Ciò accade, ad esempio, qualora il reo sia mosso a delinquere dalla volontà di salvaguardare detto rapporto personale.

Così, non è punibile chi commette il fatto di reato in favore di un prossimo congiunto sia *ex art. 307, comma 3, c.p.* , per quanto riguarda l'assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata, sia, *ex* art. 418, comma 3, per quanto concerne l'assistenza agli associati a delinquere.

Ma, ancora, si può ricordare la previsione di cui all'art. 384, comma 1, secondo cui non è punibile chi abbia commesso alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia, tassativamente indicati, "per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore".

Nella formulazione originaria del Codice Rocco era, inoltre, prevista la non punibilità della moglie adultera, nei casi in cui il marito l'avesse indotta o eccitata alla prostituzione, ovvero avesse tratto vantaggio dalla prostituzione di lei. Del pari, sempre dall'abrogato *art. 561 c.p.* [2] , non era considerato punibile l'adulterio e il concubinato commesso dal coniuge legalmente separato per colpa dell'altro coniuge, ovvero da questo ingiustamente abbandonato. Nell'ambito dei delitti a causa d'onore, poi, non era ritenuto punibile chi si macchiava del delitto di percosse (*art. 578 c.p.* , u.c. [3]).

L'origine del trattamento di favore deve essere ricercata nel diritto romano.

In tale ordinamento i rapporti tra i coniugi, in costanza di matrimonio, nonché quelli tra i genitori e i figli erano concepiti e considerati secondo la prospettiva dell'unità patrimoniale, a capo della quale si poneva il *pater familiae.*

Tele concezione legittimava una valutazione diversa degli atti posti in essere a danno dei congiunti [4] .

Nelle epoche passate, la famiglia era, infatti, ancor prima che centro di coesione e di affetti, soggetto di produzione di ricchezza. La funzione economica che il gruppo familiare esercitava all'interno della società era basato sul binomio tra struttura

gerarchica e unicità del patrimonio. Quest'ultimo, va ben inteso, rimaneva nella piena ed esclusiva disponibilità del *pater*.

Il fondamento dell'istituto familiare, come autorevole dottrina insegna [5], è da ricercarsi proprio nel mancato riconoscimento ai singoli componenti della famiglia di ogni qualsivoglia potere sul patrimonio, pur ammettendosi la proprietà di quota parte del bene. Tale precisazione è rilevante perché, in caso contrario, non potrebbero configurarsi tutti i reati patrimoniali che richiedono quale elemento costitutivo della fattispecie il requisito dell'altruità della cosa.

Pur essendo venuta meno, col passare del tempo, la funzione economica della famiglia, essa ha, comunque, mantenuto un ruolo di centrale importanza all'interno della società. Proprio tale centralità, riflesso di una tradizione giuridica secolare, è il terreno ove vanno ricercati i motivi che giustificano il regime più favorevole accordato a talune ipotesi delittuose qualora tra soggetto attivo e passivo intercorrano rapporti familiari.

Tali motivi hanno indotto il Legislatore del 1930, in linea di continuità rispetto a quanto già precedentemente disposto nel Codice del 1889, a escludere, nei termini di cui si è detto, la punibilità dei delitti contro il patrimonio a danno dei congiunti, nonché a disporre la perseguibilità a querela degli stessi qualora i fatti siano stati commessi a danno del coniuge legalmente separato, ovvero del fratello o della sorella che non convivono con l'autore del fatto, ovvero dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi (*ex art. 649, comma 2 c.p.).*

La dottrina concorda nel riassumere la *ratio* del trattamento di favore esposto, con motivazioni di ordine etico-politico e patrimoniale: da un lato, la comunanza di interessi economici, dall'altro, il grave turbamento alle relazioni familiari che deriverebbe dalla punibilità o perseguibilità d'ufficio dei predetti reati [6] .

I legami familiari rilevanti ex art. 649 c.p.

I parametri utilizzati dal legislatore per identificare il novero dei soggetti della famiglia, cui la norma penale di favore è rivolta, sono due. Il primo coincide, appunto, con l'esistenza di determinati rapporti familiari; il secondo consiste nella sussistenza di un rapporto di convivenza.

La rubrica *dell'art. 649 c.p.* parla di fatti commessi a danno dei "congiunti", evitando il riferimento ai "prossimi congiunti" di cui*all'art. 307 c.p.* Il mancato richiamo non è, di certo, attribuibile ad una dimenticanza del legislatore; la disposizione di cui al Titolo XIII, Libro II c.p., pertanto, si rivolge ad un più ampio gruppo di soggetti, rispetto a quello definito *ex art. 307 c.p.*Quest'ultima norma, invero, non tiene conto del legame d'adozione, mentre, anche all'adottante e all'adottato si deve intendere esteso il regime di favore di cui *all'art. 649 c.p.* Non vi è unità di vedute in dottrina, tuttavia, circa la possibilità d'applicare il regime in parola sia all'adozione ordinaria che a quella speciale, possibilità che il silenzio della norma, lascia all'interprete [7] .

L'espresso riferimento al "coniuge non legalmente separato", poi, fa sì che il regime di non punibilità venga meno solo nel caso in cui la separazione non sia soltanto una

separazione di fatto [8] ; tale scelta del legislatore è stata oggetto di severe critiche comportando una disparità di trattamento. Quest'ultima non trova ragion d'essere se non in una considerazione meramente formale, senza che vengano tenuti in considerazione, come sarebbe preferibile ai fini della tutela penale, gli effettivi rapporti tra i coniugi [9] .
Quanto al richiamo ad ascendenti e discendenti di cui al n. 1 del comma 1 *dell'art. 649 c.p.* , si applicano le regole generali di cui*all'art. 540 c.p.* sull'equiparazione della filiazione naturale a quella legittima; il rapporto di parentela, infatti, viene qui preso in considerazione in quanto causa di esclusione della punibilità, come espressamente richiesto dalla lettera della norma. Il regime di favore, quindi, va esteso tanto ai figli riconosciuti che a quelli non riconosciuti o non riconoscibili [10] .
Ai sensi *dell'art. 649 c.p.* rileva, inoltre, il rapporto di affinità; la cui disciplina, tuttavia, è diversa a seconda ci si riferisca alla non punibilità ovvero alla procedibilità a querela. Il n. 2 del comma 1 *dell'art. 649 c.p.* , infatti, dispone che la perseguibilità sia esclusa per gli affini in linea retta, mentre il comma 2 dello stesso articolo vincola la procedibilità dei reati commessi dall'affine di secondo grado alla presentazione della querela dell'offeso con convivente. Quanto alla possibilità di richiamare qui l'ultimo comma *dell'art. 307 c.p.* , la dottrina, alla luce del mancato rinvio codicistico [11] , propende per la soluzione negativa.
Ne consegue che si deve ritenere applicabile la disciplina civilistica: rientrano, così, nella previsione *dell'art. 649 c.p.* gli affini, anche quando sia morto il coniuge senza prole [12] .
Accanto ai rapporti familiari il criterio che concorre ad identificare i destinatari della norma di favore è quello della convivenza, che nella previsione *dell'art. 649 c.p.* diviene parametro indispensabile per identificare il regime di punibilità quanto più si attenua la relazione di parentela in linea retta.
L'esistenza di una relazione di convivenza, infatti, è determinante, a norma del n. 3 del comma 1 *dell'art. 649 c.p.* , al fine di stabilire l'impunità o la perseguibilità a querela dei delitti commessi in danno di un fratello o di una sorella, così come risulta determinante per stabilire il regime di procedibilità a querela, a norma del comma 2 dello stesso articolo, per fatti perpetrati a danno di zio o nipote o di un affine di secondo grado.
Quanto alla definizione di "rapporto di convivenza", recente dottrina efficacemente la descrive come una comunanza di interessi e di abitudini di vita, in virtù della quale i soggetti partecipano della stessa vita domestica; in tale prospettiva, la coabitazione non è ritenuta elemento essenziale ed irrinunciabile di un rapporto di convivenza, anche se, fuor d'ogni dubbio, ne costituisce il principale sintomo [13] .
L'art. 649 c.p. propone, quindi, un regime di favore che potremmo definire "differenziato" in quanto, al comma 1, sancisce un regime di non punibilità, mentre, al comma 2, introduce un diverso regime di procedibilità facendo sì che la punibilità sia condizionata alla proposizione della querela da parte dei congiunti offesi dal reato. L'intento del legislatore del 1930 era, evidentemente, far sì che fossero

considerati non punibili i fatti di cui al comma 1 *dell'art. 649 c.p.* , al fine di proteggere il bene dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio e sui vincoli di sangue [14] , lasciando, invece, ai singoli, anziché all'ordinamento, la possibilità si scegliere se procedere a querela per i fatti di cui al comma 2, andando così a tutelare più blandamente la comunanza di vita, rispetto alla "famiglia" tradizionalmente intesa.
Gli effetti dell'esistenza di un "doppio binario" creato all'interno del regime di favore di cui *all'art. 649 c.p.* si manifestano con evidenza qualora vi sia cessazione del legame familiare successivamente alla commissione del fatto. Per ciò che concerne, invero, i soggetti richiamati dal comma 1 della norma in esame, detta cessazione del vincolo si rivela ininfluente sul regime della non punibilità, dovendosi fare riferimento esclusivamente al momento della commissione del fatto.

Nei casi elencati al comma 2 *dell'art. 649 c.p.* , per i quali la perseguibilità è subordinata alla proposizione della querela, invece, la perdita successiva della qualità di congiunto non sottrae gli autori del reato al rigore della sanzione penale fino a che non intervenga una causa estintiva del reato [15] .

Natura giuridica dell'art. 649 c.p.

Se la giurisprudenza sembra non interessarsi alla natura giuridica *dell'art. 649 c.p.* , definendolo genericamente quale "causa di non punibilità" [16] , la dottrina approfondisce il tema assestandosi su divergenti posizioni.
Alcuni autori [17] ritengono trattarsi di una vera e propria esimente, in considerazione del fatto che la responsabilità penale viene esclusa in base a rapporti estranei sia all'elemento soggettivo che a quello oggettivo del reato, nonché all'antigiuridicità del fatto che rimane inalterata.
Altra parte della dottrina [18] riconduce quella ci cui *all'art. 649 c.p.* alle causa di esclusione della pena.
Di opinione diametralmente opposta sono coloro i quali [19] ritengono che, nell'ipotesi si possa applicare *l'art. 649 c.p.* , il fatto cessi di costituire reato. Per questi autori, infatti, quella prevista dalla norma *de qua* altro non è che una causa di giustificazione.
Autorevole dottrina [20] smentisce la correttezza di un tale assunto, evidenziando come il trattamento di favore previsto per i congiunti non si estenda ai compartecipi del reato contro il patrimonio. Ciò esclude che la questione possa essere risolta sul piano dell'esclusione dell'antigiuridicità e, tanto meno, con riferimento alla categoria degli elementi negativi del fatto.
Tra le ipotesi suddette, la dottrina prevalente sembra essere orientata nel senso di ravvisare nel comma 1 *dell'art. 649 c.p.* una causa di esclusione della pena. Ciò deriva dalla considerazione che, come si è già osservato, la non punibilità di alcuni delitti contro il patrimonio va ricollegata ad un giudizio di opportunità che mira ad evitare il maggior danno che potrebbe derivare alla famiglia dal c.d. *strepitum fori*, piuttosto che alla mancanza di disvalore etico-sociale del fatto [21] . Questa posizione, d'altro canto, è avvalorata anche dalla Suprema Corte [22] .

Le problematiche connesse all'operatività dell'art. 649 c.p.

Il terzo comma *dell'art. 649 c.p.* individua due categorie di delitti per le quali va esclusa l'operatività dei principi generali sanciti nei commi precedenti ovvero: i delitti preveduti dagli *artt. 628, 629 e 630 c.p.* e "ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone".

Queste ipotesi delittuose restano, pertanto, comunque punibili.

L'apparente chiarezza della norma è smentita dall'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in merito a ben due questioni relative ai delitti individuati come meritevoli di sanzione penale pur in presenza di "legami familiari".

La prima riguarda l'opportunità di includere nel novero degli "esclusi" dal trattamento di favore di cui ai commi 1 e 2 della disposizione non solo le forme consumate di rapina, estorsione e sequestro di persona a scopo di estorsione, ma anche le rispettive ipotesi tentate.

La seconda, invece, concerne gli "altri delitti contro il patrimonio commessi con violenza alle persone" in quanto non vi è accordo in merito al contenuto di quest'ultima locuzione. In particolare ci si chiede se ad essa possa essere ricondotta anche la cd. "violenza morale".

Il caso concreto all'esame del tribunale marchigiano, invero, consistendo in un'ipotesi di estorsione consumata di un figlio nei confronti della propria madre, non avrebbe dovuto far sorgere dubbi né in merito all'una, né all'altra dibattuta questione. Il giudice di prime cure, tuttavia, qualificando dapprima il comportamento violento come meramente minaccioso e richiamandosi, poi, erroneamente alla giurisprudenza precedente, ha assolto l'imputato ritenendolo non punibile a norma dell'ultimo comma*dell'art. 649 c.p.*

L'errore del Tribunale è grossolano essendo indubbio che l'inciso "ogni altro delitto…" di cui all'u.c. *dell'art. 649 c.p.* vada riferito ad ogni delitto contro il patrimonio diverso ed ulteriore rispetto ai menzionati rapina, estorsione e sequestro di persona a scopo di estorsione.

Pur tuttavia l'equivoco consente alla Suprema Corte di chiarire la propria posizione in merito ai summenzionati dubbi interpretativi.

Quanto all'opportunità di annoverare nell'insieme dei delitti la cui punibilità non è esclusa in presenza di un legame familiare anche le ipotesi tentate dei delitti di cui agli *artt. 628, 629, 630 c.p.* , la giurisprudenza maggioritaria ritiene che la stessa vada esclusa [23] . Tale orientamento argomenta il proprio assunto essenzialmente riconducendolo a tre considerazioni.

Una prima di ordine letterale: *l'art. 649 c.p.* indica tassativamente i delitti contro il patrimonio che l'ordinamento, considerato l'intrinseco uso della violenza connesso agli stessi, non rinuncia a punire nemmeno in presenza di un legame familiare. Tra essi non compaiono le forme tentate. Un'estensione analogica dell'esclusione di un trattamento di favore è da escludersi, in applicazione dei principi generali, concretandosi, inevitabilmente, in un'analogia in *malam partem*.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Una seconda motivazione è di ordine sistematico: il tentativo non è un "qualcosa di meno" rispetto al reato consumato, ma un'indipendente fattispecie che dà luogo ad un del pari autonomo titolo di reato.

La terza ed ultima considerazione riguarda la *ratio* della disposizione.

Le ipotesi "tentate" dei delitti comportano una lesione solo "potenziale" del bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici che operano in combinato disposto con *l'art. 56 c.p.* ; per tale ragione, le forme di tentativo meritano un trattamento meno severo rispetto alle rispettive fattispecie consumate. Pertanto è coerente con la sistematica del Codice Penale sostenere che, contrariamente al quanto dispone l'ultimo comma *dell'art. 649 c.p.* per i delitti di cui agli *artt. 628, 629 e 630 c.p.* , per le forme tentate di questi reati operi la causa di non punibilità prevista per i congiunti.

Parte minoritaria della giurisprudenza, invece, ritenendo che le ipotesi tentate di rapina, estorsione e sequestro di persona a scopo di estorsione comportino strutturalmente l'uso della violenza alla persona, pur solo preordinata e nonrealizzata, reputa che l'esclusione della causa di non punibilità di cui *all'art. 649 c.p.* vada ad esse normativamente estesa (24) . Le pronunce di questo segno considerano la violenza alle persone di cui all'ultimo comma *dell'art. 649 c.p.*nell'ampia accezione comprensiva della violenza morale, ritenendo che tutte le fattispecie criminose di riferimento si connotino per l'equiparazione della violenza alla minaccia.

Questa interpretazione della locuzione "violenza alle persone" non è, per altro, unanimemente condivisa ed origina il secondo contrasto interpretativo relativo alla norma in parola.

Se la pronuncia in commento ribadisce l'indiscusso principio di diritto secondo cui "nelle ipotesi in cui i reati di cui agli artt. 628 - 629 - 630 c.p. siano stati consumati in danno dei prossimi congiunti indicati *nell'art. 649 c.p.* , comma 1, la causa di nonpunibilità resta sempre e esclusa essendo irrilevante che i suddetti delitti siano stati perpetrati con violenza o minaccia", è del pari vero che non altrettanto può sostenersi con riguardo agli "altri delitti contro il patrimonio commessi con violenza alle persone". Rispetto a questi ultimi la modalità di manifestazione della violenza - morale o fisica - assume una centrale importanza esistendo un contrasto giurisprudenziale relativo alla connessa applicabilità/inapplicabilità

della causa di non punibilità in parola.

L'indirizzo giurisprudenziale maggioritario ritiene che la disposizione *dell'art. 649, ultimo comma, c.p.* , si riferisca alla sola violenza fisica e non anche a quella psichica, estrinsecantesi nella minaccia (25) . I delitti contro il patrimonio commessi avvalendosi soltanto di quest'ultima modalità di sopraffazione rimangono, pertanto, impuniti qualora vengano commessi nell'ambito del nucleo familiare.

La giurisprudenza più recente, cui va ricondotta anche la sentenza in commento, tuttavia, ha aperto uno spiraglio interpretativo in senso evolutivo del termine "violenza alle persone" di cui all'ultimo comma *dell'art. 649 c.p.* , ritenendolo idoneo a ricomprendere la violenza morale ovvero la condotta che si estrinseca in

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

un'intimidazione del soggetto passivo in grado di eliminare o ridurre la sua capacità di determinarsi [26] . Dal che deriva che "gli altri delitti contro il patrimonio" commessi in danno dei congiunti sono puniti sia se compiuti con violenza fisica, sia se commessi ricorrendo alla cd. "violenza impropria".

Questa recente apertura della giurisprudenza va accolta con favore, pur essendo necessario un netto distinguo.

La locuzione "violenza alla persona" non limita di per sé il richiamo alla sola "violenza propria" ovvero al mero utilizzo di energia fisica rivolta verso un soggetto, ben potendo ricomprendere ogni altro comportamento che determini uno stato di incapacità di intendere e volere nella vittima o, più in generale, che incida sulla capacità di autodeterminazione di quest'ultima. Infatti, *l'art. 613 c.p.* , indicando alcune modalità attraverso le quali può essere posta in essere la "violenza impropria", viene ad accordarle rilevanza penale.

Non vi è ragione, allora, per restringere la "violenza alle persone" di cui all'ultimo comma *dell'art. 649 c.p.* alla sola violenza fisica ed, in questo, la più recente giurisprudenza coglie nel segno.

Resta, tuttavia, da definire il confine della "violenza alle persone" così come ripensata in un'ottica conforme all'art. 2 della Carta Costituzionale.

Quest'ultima norma impone di riconsiderare le norme del Codice Penale tenendo presente, quale principio ispiratore, quello personalistico. È l'individuo, assieme ai suoi diritti fondamentali, ad assumere un ruolo centrale nell'ordinamento giuridico.

In quest'ottica, allora, appare riduttivo accordare rilevanza solamente alle lesioni del bene "integrità fisica", escludendo la tutela di beni quali la libertà di autodeterminazione, che parimenti concorrono ad assicurare la dignità della persona.

In altre parole, il significato della locuzione "violenza alla persona" di cui *all'art. 649 c.p.* non può essere limitato, stando ad una lettura costituzionalmente orientata della norma, alla mera violenza fisica.

Pur accogliendo questa impostazione, le recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità non si soffermano nel connotare con puntualità cosa debba intendersi per "violenza morale" e/o in quali ipotesi la stessa possa essere ravvisata. Il rischio è che tale sottesa indeterminatezza si traduca in violazione del principio di tassatività.

In particolare sorge un dubbio circa l'opportunità di ricomprendere la "minaccia" all'interno della categoria *de qua*.

Il Codice Penale, per come strutturato, non autorizza, tuttavia, a far rientrare *tout court* la minaccia all'interno della locuzione in parola in quanto, ogniqualvolta il legislatore ha inteso dare rilevanza alla stessa quale elemento costitutivo del reato, l'ha fatto *expressis verbis*: basti pensare a reati come la "violenza sessuale", la "violenza privata" od alla "violenza o minaccia ad un pubblico ufficiale".

Più corretto, allora, è sostenere che qualora la prospettazione del male futuro dipendente dalla volontà di chi rivolge l'espressione minacciosa si traduca in

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

un'effettiva diminuzione della capacità di autodeterminazione della volontà del soggetto passivo, la minaccia trasmoda in una "violenza alla persona".

Solo in questa ipotesi, da vagliare necessariamente mediante un giudizio "in concreto", potrà escludersi l'applicabilità della causa di non punibilità prevista *dall'art. 649 c.p.* per coloro i quali abbiano commesso delitti contro il patrimonio, diversi da quelli di cui agli *artt. 628, 629 e 630 c.p.* , mediante violenza alla persona concretatasi in una minaccia, senza rischio di violare il principio di tassatività.

La difficoltà di provare l'effettiva coartazione della volontà del soggetto passivo in queste ipotesi, per altro, suggerisce l'opportunità di un intervento legislativo che permetta di punire gli autori di delitti contro il patrimonio in tutti i casi in cui la loro condotta leda beni giuridici ulteriori e diversi da quest'ultimo.

---

(1) L'espressione è di Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 1528.

(2) Tale articolo è stato abrogato a seguito della sentenza *Corte Cost., 3 dicembre 1969, n. 147* , in *Giur. cost.*, 1968, 2237 ss.

(3) Il testo *dell'art. 578 c.p.* è stato modificato a seguito dell'entrata in vigore della *l. 5 agosto 1981, n. 442* .

(4) Così Fierro Cenderelli, voce *Famiglia (rapporti di famiglia nel diritto penale)*, in *Digesto disc. pen.*, V, Torino, 1991, 1293.

(5) Il riferimento è a Carrara, *Programma di corso di diritto criminale*. Parte speciale, IV, Lucca, 1869, 382.

(6) In tal senso Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. II, 14ª ed. a cura di Conti, Milano, 2003, 455; De Francesco, sub *art. 649*, in Crespi-Stella-Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, 1012; Fiandaca-Musco,*Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, tomo II, *Delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2002, 39; Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2002, 55; Militello, voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Digesto disc. Pen*, Torino, 1995, 301; Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, 342. Parte minoritaria della dottrina riporta le motivazioni del regime di favore ad una ragione essenzialmente personalistica attinente all'autore e alla sua ridotta o assente pericolosità, ovvero ad una valutazione di non rimproverabilità od offensività del fatto, per tutti, si veda, Sgubbi, *Delitti contro il patrimonio*, in Canestrari-Gamberini-Insolera-Mazzacuva-Sgubbi-Stortoni Tagliarini, *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2004, 431; Sgubbi, voce *Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 331 ss.

La giurisprudenza della Cassazione è orientata nel senso di individuare il fondamento della norma nelle ragioni di ordine morale e sociale che connotano i rapporti tra certe categorie di familiari e i beni materiali ed in vista delle quali si è esclusa, o condizionata a querela, la punibilità di alcuni reati. Così, ad esempio, Cass. pen, sez. II, 9 giugno 1988, Bruni, in *Riv. pen.*, 1989, 249 ss. La ragione della detta causa di non punibilità va individuata nella comunanza degli interessi economici

nell'ambito della famiglia e nel fatto che la punibilità o la perseguibilità d'ufficio potrebbero recare grave turbamento alle relazioni parentali o nuocere all'onore della famiglia, determinando un maggiore pregiudizio sociale. Così, Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 1967, Corsi, in *Giur. it.*, 1967, II, 168; in *Giust. pen.* 1968, II, 22, con nota di Codagnone, in *Riv. pen.* 1967, II, 628, e *ivi* 1968, II, 1045, con nota di Romeres.

(7) Nel senso dell'applicabilità *dell'art. 649 c.p.* ad entrambi gli istituti relativi all'adozione, vedasi Giunti, *Non punibilitàe querela nei delitti contro il patrimonio commessi a danno dei congiunti*, in Riondato (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, IV, Milano, 2002, 883; *contra*, ossia nel senso di una applicabilità *dell'art. 649 c.p.* al solo istituto dell'adozione ordinaria, si veda Marini, *Delitti contro il patrimonio*, ed. II, Torino, 1999, 42.

(8) La giurisprudenza è rigorosa a riguardo tanto da ritenere che il provvedimento con il quale ai sensi *dell'art. 708 c.p.c.* , il presidente del tribunale ordina la temporanea separazione personale dei coniugi, stante il suo carattere provvisorio e nondefinitivo, non basta a costituire quello stato giuridico necessario per escludere la causa di non punibilitàprevista *dall'art. 649 c.p.* , n. 1, neppure se sia successivamente pronunciata con sentenza irrevocabile la separazione giudiziale o sia omologata quella consensuale (non è riconosciuto, quindi, alcun effetto retroattivo). Così, Cass. pen, sez II, 10 novembre 1969, Fossati, in *Giust. pen.*, 1970, II, 700.

(9) Così Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, cit., 362.

(10) Pacifica anche in giurisprudenza l'applicabilità *dell'art. 649 c.p.* per la parentela naturale, si veda ad esempio Cass. pen., sez. II, 27 gennaio 1964, Ciavattone, in *Giust. pen.*, 1964, II, 869. Per quanto concerne il rapporto di filiazione adulterina, accertato nei modi consentiti dalla legge civile, la giurisprudenza concorda sull'esclusione della punibilità. Si veda, in tal senso, Cass. pen., sez, III, 27 giugno 1960, De Martino, in *Giust., pen.*, 1961, II, 487.

(11) In tal senso, per tutti Marini, *Delitti contro il patrimonio*, cit., 42

(12) La giurisprudenza, per quanto concerne il rapporto di affinità, ritiene che quando sia venuto a mancare il coniuge da cui l'affinità deriva e non vi sia prole, il reato patrimoniale commesso a danno di un cognato, sia sempre perseguibile d'ufficio e in nessun caso a querela. In tal senso, vedasi Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 1967, Corsi, cit.

(13) La definizione è di De Francesco, sub *art. 649*, in Crespi-Stella-Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., 1912.

(14) La Corte Costituzionale ha di recente ribadito la legittimità *dell'art. 649, comma 1, n. 1, c.p.* , nella parte in cui nonprevede la non punibilità del convivente *more uxorio*: Corte Cost., 12 luglio 2000, n. 352, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1185.

(15) Così Giunti, *Non punibilità e querela nei delitti contro il patrimonio commessi a danno dei congiunti*, in Riondato (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, cit., 887.

(16) Si veda, ad esempio, Cass. pen., sez. II, 5 aprile 2002, n. 20110; Cass. pen., sez. II, 15 marzo 2005, n. 13694.

(17) Per tutti si veda Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1986, 308 ss.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(18) Si veda Candian, *Riflessioni sui rapporti di famiglia nel diritto penale*, cit., 137 ss.
(19) Di tale opinione Alimena, *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938, 27; De Marsico, *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1940, 325 ss.
(20) In tal senso Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, cit., 347. Più recente, ma dello stesso segno l'opinione di Giunti, *Non punibilità e querela nei delitti contro il patrimonio commessi a danno dei congiunti*, in Riondato (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, cit., 889 ss.
(21) Così Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, Parte speciale, cit., 43; in senso conforme Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 348; Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, III, *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003, 27 ss; *Romano*, *Cause di giustificazione, scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, n. 64.
(22) Così, infatti, recentemente, si è espressa la Suprema Corte "La finalità di proteggere l'unità familiare prevale sull'esigenza di punire un fatto che altrimenti costituirebbe reato": Cass. pen., 18 dicembre 2007, n. 19299.
(23) In senso conforme: Cass. pen., sez. II, 27 febbraio 2009, n. 1243; Cass. pen., sez. II, 15 marzo 2005, n. 13694; Cass. pen., sez. II, 5 aprile 2002, n. 20110; Cass. pen., sez. II, 8 maggio 2001, n. 22628; Cass. pen., sez. II, 18 maggio 1995, n. 8470.
(24) In senso conforme: Cass. pen., sez. VI, 18 dicembre 2007, n. 19299.
(25) Cass. pen., sez. II, 17 marzo 2005, n. 16023; Cass. pen., sez. II, 15 marzo 2005, n. 13694; Cass. pen., sez. II, 5 aprile 2002, n. 20110; Cass. pen., sez. II, 5 aprile 1991, n. 3718.
(26) Cass. pen., sez. II, 29 marzo 2007, n. 1965.

REATI CONTRO IL PATRIMONIO: ANACRONISTICA LA PREVISIONE DI NON PUNIBILITÀ PER FATTI COMMESSI A DANNO DEI CONGIUNTI

di Paolo Pittaro

Corte cost., 05 novembre 2015, n. 223

cost. art. 3

cost. art. 24

cost. art. 29

c.p. art. 649

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 223 del 2015, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p., che prevede la non punibilità ovvero la punibilità a querela, a seconda dei casi, dei delitti contro il patrimonio commessi a danno dei congiunti, ha esplicitamente ammesso l'anacronismo della disposizione penale, sollecitando con forza un intervento legislativo di riforma e di aggiornamento. L'A. delinea la *ratio*, oramai superata, della disposizione, mettendola a confronto con altre norme penali che disciplinano istituti

similari, sia pur nell'ambito dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, alla luce delle decisioni della Consulta, ma di diverso segno.

Sommario: Premessa: l'art. 649 c.p. - Il caso concreto e l'eccezione di legittimità costituzionale - Le due inammissibilità *de plano*- Gli effetti *in malam partem* di una pronuncia di incostituzionalità - L'anacronismo della disposizione penale - L'inammissibilità della questione ed il richiamo al legislatore - La precedenti pronunce - Riflessioni conclusive

Premessa: l'art. 649 c.p.

Quale disposizione di chiusura delle disposizioni relative ai delitti contro il patrimonio, l'art. 649 c.p. dispone che non è punibile chi ha commesso uno dei fatti previsti in tale Titolo in danno del coniuge non legalmente separato, di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato. I fatti sono, invece, punibili a querela della persona offesa, se commessi a danno del coniuge legalmente separato, ovvero del fratello o della sorella non conviventi con l'autore del fatto, ovvero dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi. Fanno eccezione a tale disposto i delitti di rapina (art. 628 c.p.), di estorsione (art. 629 c.p.), di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) ed ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone[1].

Il caso concreto e l'eccezione di legittimità costituzionale

Il Tribunale era chiamato a decidere su fatti commessi dall'imputato in danno della moglie, allorché, approfittando della sua qualità di funzionario di banca, aveva compiuto una serie di operazioni non concordate, anche illecite, su conti correnti cointestati, dirottando fondi verso altri conti da lui controllati, ottenendo mutui garantiti da ipoteca sulla casa coniugale, iscritta in base ad una falsa procura notarile, emettendo assegni con la falsa sottoscrizione della consorte, richiedendo prestiti in appoggio su conti correnti comuni, aperti mediante documenti con sottoscrizioni apocrife. Ed il tutto sempre esibendo alla moglie falsi estratti di conto corrente, in definitiva appropriandosi di una somma complessivamente ingente con un danno ancora superiore a causa dell'indebitamento provocato. Inoltre, appena emersi i fatti, aveva abbandonato la casa coniugale, disinteressandosi del mantenimento dei figli e lasciando tutti i congiunti in condizioni economiche molto disagiate.

Si procede, così, nel giudizio per i vari reati iscrittigli[2], fra i quali spicca pure il delitto di truffa aggravata (art. 640, comma 2, in relazione all'art. 61, n. 5, c.p.)[3], in ordine al quale, trattandosi di un delitto contro il patrimonio, dovrebbe applicarsi l'art. 649, comma 1, c.p. con la conseguente non punibilità della persona offesa, in quanto coniuge all'epoca convivente e nonlegalmente separato.

Il Tribunale solleva, pertanto, questione di legittimità costituzionale in riferimento ad alcune disposizioni della Carta fondamentale. Innanzi tutto, per violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost., in quanto, a parità di reato commesso, la punibilità verrebbe ammessa od esclusa in base alla appartenenza del reo al nucleo famigliare ovvero ad esso estraneo. In secondo luogo, per violazione del dovere di solidarietà espresso dall'art. 3, comma 2, Cost., in quanto la moglie deve

considerarsi quale "soggetto debole" all'interno del nucleo famigliare e, pertanto, degna di protezione e non con esenzione della punibilità del marito per il reato commesso a suo danno. Infine, per violazione dell'art. 24 Cost., in quanto in tal modo si vedrebbe compresso il diritto della persona offesa ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti, con conseguente violazione del diritto di difesa.

Le due inammissibilità *de plano*

La Corte costituzionale, con l'annotata sent. 5 novembre 2015, n. 223[4], liquida subito, e con particolare scioltezza argomentativa, le eccezioni sollevate in ordine agli ultimi due profili[5].

Inammissibile quella relativa all'art. 3, comma 2, Cost., per il carattere generico ed apodittico della prospettazione del rimettente, che non consente proprio di comprendere in che senso i familiari vittime del reato siano necessariamente da considerarsi come "soggetti deboli".

Inammissibile quella relativa all'art. 24 Cost., poiché da quanto espresso dal giudice *a quo* non si capisce perché mai la compressione della tutela penale debba tradursi nella generalizzata eliminazione, in capo alle persone offese, di qualunque altra possibilità di usufruire della tutela giurisdizionale, quale quella civile[6], esercitando il relativo diritto di difesa[7].

Gli effetti *in malam partem* di una pronuncia di incostituzionalità

Rimane la questione relativa all'art. 3, comma 1, Cost.

Invero, l'Avvocatura dello Stato aveva preliminarmente rilevato che un'eventuale pronuncia di incostituzionalità, in tal senso, dell'art. 649, comma 1, c.p., avrebbe portato all'annullamento della disposizione che sancisce la non punibilità dei reati contro il patrimonio commessi in ambito intrafamiliare, con la conseguenza che ora questi verrebbero puniti secondo le relative norme incriminatrici: una soluzione *in malam partem* che sarebbe inibita alla Corte costituzionale, la quale, pertanto, avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità della eccezione sollevata.

La Corte è stata, tuttavia, di diverso avviso, rammentando, anche alla luce della sua giurisprudenza, come non esitano "zone franche" sottratte al suo vaglio[8]. Ben vero che la riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. le impedisce di configurare nuove previsioni punitive, ma, nell'ipotesi della declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme penali "di favore", quale quella del caso in oggetto, non viene ad introdurre nuove norme penali ovvero a manipolare quelle esistenti: la (ri)espansione nelle norme penali comuni, a seguito della sua pronuncia, avviene automaticamente e rientra, pertanto, nella disciplina delle leggi penali nel tempo, quale disposta dall'art. 2 c.p. Donde la decisione di procedere all'esame nel merito della questione, che, tuttavia, si concluderà comunque, ma per altri motivi, con una pronuncia di inammissibilità.

L'anacronismo della disposizione penale

La Consulta rileva l'anacronismo della disposizione penale in esame, posto che i rapporti economici all'interno della famiglia sono ben mutati dalla entrata in vigore del codice penale (1930). Invero, già in precedenza il codice Zanardelli del 1889[9] era

improntato nel riconoscimento della "confusione delle sostanze", dovuta alla comunanza di interessi sul piano dei rapporti patrimoniali nell'ambito famigliare, in una concezione ottocentesca che lo stesso Guardasigilli Rocco, pur riconoscendola inopportuna, ha ritenuto di conservare per non allontanarsi "da una tradizione legislativa universalmente accolta"(10).

Attualmente, invece, tramontato il ruolo dominante del marito e del padre, in un contesto che vede la reciproca autonomia economica dei singoli componenti, viene posta in discussione la assoluta protezione stabilita al nucleo familiare, a prezzo dell'impunità per fatti lesivi dell'altrui patrimonio, non più rispondente all'esigenza di garantire i diritti individuali e gli stessi doveri di rispetto e di solidarietà, che proprio all'interno della famiglia dovrebbero trovare il migliore compimento.

Peraltro, possiamo osservare che il quadro stesso dell'istituzione familiare è mutato giuridicamente e sociologicamente. Il matrimonio, che vedeva nel marito l'amministratore dei beni comuni, cui la moglie contribuiva apportando la dote, non è più indissolubile ed è scomparsa quella famiglia patriarcale caratterizzata da un ventaglio di componenti, riscontrabile nella fattispecie dell'art. 649 c.p., ove viene posto l'accento, oltre al coniuge, e con diversa normazione, su ascendente, discendente, affine in linea retta, affine in secondo grado, adottante, adottato, fratello e sorella non conviventi, zio e nipote conviventi.

In relazione al richiamato *vulnus* dell'art. 3, comma 1, Cost., la Corte osserva che il fondamento di ogni deroga al principio fondamentale di uguaglianza deve essere misurato in termini di razionalità (dunque in termini di congruenza dei suoi presupposti logici e dei suoi concreti effetti), con riguardo alle condizioni di fatto e di diritto nelle quali la deroga stessa è chiamata ad operare. In ogni caso, essendo tali condizioni per definizione soggette ad una costante evoluzione, la ragionevolezza della soluzione derogatoria adottata dal legislatore può essere posta in discussione anche secondo un criterio di anacronismo(11).

Pertanto, la Corte viene a concludere che il suo intervento "si legittima in casi, come quello in esame, nei quali l'inopportuno trascinamento nel tempo di discipline maturate in un determinato contesto trasmodi, alla luce della nuova realtà sociale, in una regolazione non proporzionata e manifestamente irragionevole degli interessi coinvolti".

L'inammissibilità della questione ed il richiamo al legislatore

Tuttavia, tale "constatazione di effetti manifestamente non ragionevoli sul piano dell'uguaglianza tra cittadini innanzi alla legge penale", non conduce la Corte ad una decisione di accoglimento.

Complesso, a questo punto, il ragionamento della Consulta.

Posto che il giudice remittente aveva sollevato questione di legittimità del solo comma 1 dell'art. 649 c.p., e non anche del comma 2, l'eventuale decisione di illegittimità costituzionale della norma denunciata condurrebbe alla eliminazione della causa di non punibilità per il reato contro il patrimonio commesso in danno dei parenti più stretti, quali, per l'appunto, il coniuge non legalmente separato, un

ascendente o discendente, un affine in linea retta, nonché l'adottante e l'adottato. Rimarrebbe, invece, punibile a querela della persona offesa il medesimo reato commesso in danno dei perenti meno stretti, quali il coniuge legalmente separato, il fratello e la sorella non conviventi con l'autore del fatto, nonché lo zio, il nipote o l'affine in secondo grado con lui conviventi: irrazionale conseguenza, adunque, anche se la Corte la rileva quasi "per inciso", ove i congiunti meno legati al soggetto agente sarebbero trattati più favorevolmente del coniuge non separato o dei parenti con più intenso legame.

L'ulteriore considerazione è più pregnante e decisiva.

Nei confronti della norma impugnata sono, infatti, prospettabili diverse alternative, distinte dalla semplice dichiarazione di illegittimità, e tutte costituzionalmente compatibili. La prima, anche adombrata in uno scarno passaggio della stessa ordinanza di rimessione, consisterebbe non nella caducazione del comma 1 dell'art. 649, ma nella previsione della fattispecie penale sottoposta alla procedibilità a querela della persona offesa, così come avviene nelle ipotesi di cui al comma 2 della medesima disposizione.

Ogni soluzione, tuttavia, va ricollegata alla discrezionalità del legislatore, che in base alle sue scelte di politica criminale, deve vagliare e procedere al bilanciamento degli interessi contrapposti in gioco. Alternativa, oltre tutto, ancora più ampia, in quanto il legislatore potrebbe anche, ed *in primis*, prendere i considerazione i delitti contro il patrimonio ed effettuare una scelta in ordine a quali di essi, e non alla loro totalità, siffatta tutela, di qualunque specie venga adottata, possa ancora avanzarsi, nonché effettuare un vaglio altrettanto puntuale in relazione alle singole figure parentali, forse non più da accomunare *in toto* nella fattispecie in esame. Come dire: l'anacronismo può superarsi solo mediante precise valutazioni attuali che possano tramutarsi in normativa cogente.

In definitiva, poiché il complesso di tali opzioni va ben oltre alla "rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale"(12), la Corte sollecita la "forte opportunità di un intervento legislativo di riforma" e dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649, comma 1, c.p., sollevata in riferimento anche al comma 1 dell'art. 3, e non solo al suo comma 2 e dell'art. 24 Cost.

La precedenti pronunce

Invero, non è la prima volta che la Consulta è chiamata a pronunciarsi sull'art. 649 c.p., in quanto già in precedenza era stata sollevata questione di legittimità costituzionale nei confronti della medesima disposizione, ma per un motivo esattamente opposto, ossia non per l'esenzione della punibilità dei più stretti parenti nei delitti contro il patrimonio, ma nella parte in cui in tale previsione non era contemplata la figura del convivente *more uxorio*, da considerarsi e trattarsi alla pari del coniuge.

Con la sent. n. 352 del 2000(13), la Corte aveva dichiarato non fondata tale questione, in quanto non può ritenersi irragionevole ed arbitrario che - particolarmente nella disciplina di cause di non punibilità, basate sul "bilanciamento" tra contrapposti

interessi (quello alla repressione degli illeciti penali e quello del valore dell'unità della famiglia, che potrebbe essere pregiudicato dalla repressione) - il legislatore adotti soluzioni diversificate per la famiglia fondata sul matrimonio, contemplata nell'art. 29 Cost., e per la convivenza *more uxorio*: venendo in rilievo, con riferimento alla prima, a differenza rispetto alla seconda, non soltanto esigenze di tutela delle relazioni affettive individuali, ma anche quella della protezione dell'"istituzione familiare", basata sulla stabilità dei rapporti, di fronte alla quale soltanto si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente, ravvisata nell'art. 649 c.p. Di qui l'impossibilità di qualificare come illogica e "discriminatoria" la mancata estensione del medesimo regime ad una situazione di fatto quale la convivenza *more uxorio*(14).

Una non dissimile questione era stata sollevata nei confronti dell'art. 384 c.p., il quale prevede la non punibilità di chi ha commesso i fatti previsti da alcune fattispecie delittuose contro l'amministrazione della giustizia(15) per salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore, nella parte in cui esclude dal riferimento dei prossimi congiunti il convivente *more uxorio*.

La Corte ha ripetutamente affermato che la convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale (nella Costituzione il secondo è oggetto della specifica previsione di cui all'art. 29 Cost., mentre la prima ha rilevanza nell'ambito della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo *ex* art. 2 Cost.) e tale diversità giustifica che la legge possa riservare trattamenti giuridici non omogenei.

Infatti, se è vero che, in relazione ad ipotesi particolari, si possono riscontrare tra i due istituti caratteristiche tanto comuni da rendere necessaria un'identità di disciplina, che la Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza, nella fattispecie richiamata, invece, l'estensione di cause di non punibilità comporta un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti che appartiene primariamente al legislatore.

Si tratterebbe, insomma, di mettere a confronto l'esigenza della repressione di delitti contro l'amministrazione della giustizia, da un lato, e la tutela di beni afferenti la vita familiare, dall'altro, ma non è detto che i beni di quest'ultima natura debbano avere necessariamente lo stesso peso, a seconda che si tratti della famiglia di fatto o della famiglia legittima, per la quale sola esiste un'esigenza di tutela non solo delle relazioni affettive, ma anche dell'istituzione familiare come tale, di cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità. Ciò legittima nel settore dell'ordinamento penale soluzioni legislative differenziate. Inoltre, una dichiarazione di incostituzionalità che assumesse la pretesa identità della posizione spirituale del coniuge e del convivente, oltre a rappresentare la premessa di quella totale equiparazione che non corrisponde alla visione fatta propria dalla Costituzione, determinerebbe ricadute normative consequenziali di portata generale che trascendono l'ambito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale(16).

Da notarsi, in ogni caso, che, viceversa, l'art. 199 c.p.p.(17) parifica il convivente al coniuge riguardo alla facoltà di astensione dalla testimonianza(18), anche se la Consulta

ritiene non possa farsi discendere dalla predetta norma un principio di assimilazione dotato di una *vis* espansiva tale da dilatare la portata dell'art. 384 c.p.
Ed invero, la giurisprudenza di legittimità si è sempre adeguata a tale impostazione della Corte costituzionale, anche dichiarando la manifesta infondatezza della questione ove sollevata(19), con una sola decisione di contrario segno(20). Di recente, tuttavia, un'articolata pronuncia della Cassazione si è posta in aperto contrasto con la posizione espressa dalla Consulta e con la giurisprudenza dominante estendendo anche ai conviventi *more uxorio* la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p.(21).

Riflessioni conclusive

Le diverse previsioni normative che reggono la punibilità o meno dei reati, se commessi in ambito intrafamiliare, a seconda del bene tutelato (*id est*: l'oggetto giuridico del reato) emergono ben distinte.

Ove il bene tutelato sia il patrimonio la *ratio* è di origine antica, e si identifica non nella indifferenza, da parte dello Stato, riguardo ai rapporti fra i familiari, bensì in una vera e propria "tutela del patrimonio familiare", nel senso che esso deve conservare la propria integrità e non deve venir disperso. Donde la mancata punibilità se il patrimonio rimane nell'ambito della famiglia, dati gli stretti vincoli che legano il soggetto attivo e quello passivo del reato, ovvero una tutela minore, rappresentata dalla punibilità a querela di parte, se si rimane nel contesto familiare, ma i relativi vincoli sono meno stretti. Infine, una assenza di tutela, se il reato è caratterizzato da forme di violenza, che ovviamente prevalgono sull'esigenza della conservazione del patrimonio nel seno della famiglia.

Lo schema è esattamente l'inverso di quello vigente per i delitti contro la persona (la quale costituisce in questo caso il bene tutelato), specie quelli a matrice sessuale: ivi quanto più il vincolo familiare è stretto, tanto più grave è il reato, proprio perché il rapporto affettivo o di fiducia che intercorre(va) fra reo e vittima aveva facilitato la commissione del delitto stesso ed abbassato le difese del soggetto passivo; ed ove esso si allenta, il delitto diviene perseguibile a querela di parte(22).
Nei delitti contro l'amministrazione della giustizia, invece, la prevista causa di non punibilità discende da una considerazione di inesigibilità, non potendo pretendersi l'*affectio*, che conduce alla necessità di salvare il prossimo congiunto da quel grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore, come non prevalente rispetto alla collaborazione con l'ordinamento.

Ed in tale complesso contesto viene anche a porsi la *vexata quaestio* della famiglia di fatto, ove il convivente, specie quello *more uxorio*, viene con frequenza preso in considerazione nei reati contro la persona, specie quelli sessuali, ma decisamente rifiutato nei delitti contro il patrimonio(23).
La sentenza in commento, nell'appurarne la matrice decisamente anacronistica, viene a contestare la citata *ratio* storica della non punibilità dei delitti contro il patrimonio commessi in ambito familiare, e la decisa sollecitazione espressa al legislatore di prendere in esame tali fattispecie e di delinearne una diversa formulazione esercitando la sua discrezionalità in tal senso, si può auspicabilmente intendere anche come

un'opportunità per sottoporre al vaglio di una attuale politica criminale la (sia pur diversa) rilevanza dei rapporti familiari (ed affettivi) nell'ambito dell'intero *corpus* del diritto penale.

Un'opportunità che dubitiamo il legislatore saprà cogliere.

---

(1) Su tale disposizione, nel più ampio contesto dei delitti contro il patrimonio, cfr. G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, II, II, *Delitti contro il patrimonio*, VII ed., Bologna, 2015, 38 ss.; S. Fiore, *I reati contro il patrimonio e note introduttive*, in S. Fiore (a cura di), *I reati contro il patrimonio*, Torino, 2010, 18 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale*, II, *Delitti contro il patrimonio*, III ed., Padova, 2009, 61 ss.; E. Mezzetti, *Reati contro il patrimonio*, v. XV del *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2013, 24 ss.; cui *adde*, specificamente, A. Lamberti, *L'esimente dei rapporti di famiglia nei delitti contro il patrimonio*, Salerno, 1982; G. Leo, *Sulla non punibilità dei delitti contro il patrimonio tentati in danno dei congiunti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1516; G.D. Pisapia, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in Idem, *Studi di diritto penale*, Padova, 1956, 180 ss.; M.T. Vasciaveo - A. Della Bella, sub *art. 649*, in G. Marinucci - E. Dolcini (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Milano, 2011, 6605 ss. Sulla prevista causa di non punibilità cfr., per tutti, G. Marinucci - E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, V ed., Milano, 2015, 403 ss. e spec. 406.; nonché la classica voce di G. Vassalli, *Condizioni di punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 521 ss.

(2) Quali il falso pluriaggravato in scrittura privata (art. 485 in relazione all'art. 61, nn. 2, 5, 7 e 11, c.p.), falso in atto pubblico (art. 479 c.p.).

(3) Ai sensi dell'art. 61, n. 5, c.p., il reato è aggravato per "l'avere profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa".

(4) Per un commento a prima lettura v. G. Leo, *Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore per i reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 novembre 2015.

(5) Sulle carenze delle ordinanze di rimessione e conseguente inammissibilità delle questioni, v., *ex plurimis*, proprio le sentenze citate dalla Corte: n. 178 del 2015, n. 126 del 2015, n. 120 del 2015, n. 113 del 2015, n. 100 del 2015, n. 70 del 2015, n. 52 del 2015 e n. 326 del 2008.

(6) Il riferimento è al comma 1 dell'art. 24 Cost.

(7) Il riferimento è al comma 2 dell'art. 24 Cost.

(8) Si tratta della fondamentale sentenza 23 novembre 2006, n. 394, in tema di reati elettorali, in *Giur. cost.*, 2006, 4160, con note di G. Marinucci, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"* e di G. Di Martino, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*;

in *Cass. pen.*, 2007, 467, con nota di M. Gambardella, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*; in *Ind. pen.*, 2007, 141, con nota di M. Grassi, *La Corte costituzionale e il sindacato di legittimità* in malam partem; in *Dir. pen. proc.*, 2007, 333, con nota di M. La Rosa, *La condivisibile "ragionevolezza" sulle norme penali di favore*. La Corte cita anche le successive pronunce n. 46 del 2014, n. 5 del 2014, n. 273 del 2010, n. 28 del 2010, n. 57 del 2009 e n. 325 del 2008. Sull'argomento, in generale, cfr., di recente, A. Carmona, *La legislazione penale* ad personam. *I rimedi* in malam partem *della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2012, 717.

(9) Trattasi dell'art. 433 c.p. 1889, posto in chiusura dei Titolo dedicato ai "delitti contro la proprietà", e con un contenuto affatto simile a quello del vigente art. 649 del c.p. 1930.

(10) Nella sua Relazione il Guardasigilli, infatti, afferma che: "fu proposto di sopprimere ogni ipotesi di non punibilità[...]. L'osservazione confonde i confini della morale con quelli del diritto: moralmente sono senza dubbio biasimevoli i fatti contro la proprietà commessi anche nell'intimità della famiglia. Ma giuridicamente, sotto il profilo della politica criminale, quei fatti, per l'allarme che suscitano e per la pericolosità di chi li commette, non presentano caratteri tali, da giustificarne l'incriminazione, allontanandosi da una tradizione legislativa universalmente accolta". Leggila in R. Mangini - F.P. Gabrieli - U. Cosentino, *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, III ed., Roma, 1930, 528.

(11) Sul punto cfr. M. D'Ambrosio, *L'anacronismo legislativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. Femia (a cura di), *L'interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, 309 ss. Per una diversa soluzione (in riferimento a Corte cost. 21 marzo 2014, n. 51) cfr. A. Turturro, *Su di un anacronismo legislativo accertato ma non dichiarato (e superato tramite una interpretazione conforme* contra litteram legis), in *Giur. cost.*, 2014, 1215 ss.

(12) La Corte si richiama, sul punto, alla propria sent. 2 marzo 2007, n. 22, (in *Giur. cost.*, 2007, 181 ss., con nota di D. Brunelli, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa*), ove ebbe ad affermare che non le è consentito trasporre sanzioni penali da una fattispecie ad un'altra in esito ad un'inammissibile scelta fra quelle che potrebbero presentare una qualche affinità e che il suo sindacato può investire le pene scelte dal legislatore solo in caso di palese violazione del canone della ragionevolezza, laddove un intervento di riequilibrio del giudice delle leggi non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge senza sostituire la propria valutazione a quella del legislatore. Il che non esime, peraltro, la Corte dal rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri e le disarmonie del quadro normativo in materia (la fattispecie impugnata riguardava la punibilità dello straniero che, senza giustificato motivo, si trattenga nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento del questore, deducendo una disparità di trattamento rispetto a fattispecie analoghe).

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(13) Corte cost. 25 luglio 2000, n. 352, in *Cass. pen.*, 2001, 28. In adesione a tale impostazione della Corte, ritenendo che le cause di esclusione della punibilità siano eccezionali e, quindi, insuscettibili di estensione analogica sia pure *in bonam partem* (art. 14 disp. prel. c.c.), cfr., autorevolmente, G. Marinucci - E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., 77.

(14) In precedenza la medesima questione era stata dichiarata parimenti infondata da Corte cost. 7 aprile 1988, n. 423, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1944, con nota di G. Marini, *"Famiglia di fatto" e disciplina dettata con l'art. 649 c.p.*

(15) Trattasi degli artt. 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 *bis*, 371 *ter*, 372, 372, 373, 374 e 378 c.p., ossia i delitti di omessa denuncia (nelle varie tipologie), omissione di referto, rifiuto di uffici legalmente dovuti, autocalunnia, false informazioni al pubblico ministero e al difensore, falsa testimonianza, perizia o interpretazione, frode processuale e favoreggiamento personale.

(16) Corte cost. 8 maggio 2009, n. 140, in *Giur. cost.*, 2009, 1525, con nota di A. Pastorelli, *La convivenza more uxorio nonesclude la punibilità del favoreggiamento personale.* In precedenza la questione era stata dichiarata inammissibile da Corte cost. 20 aprile 2004, n. 121, in questa *Rivista*, 2004, 330, con nota di P. Pittaro, *Il convivente* more uxorio *non può considerarsi prossimo congiunto ai fini della non punibilità del favoreggiamento personale*, e da Corte cost. 18 gennaio 1996, n. 8, in *Giur. cost.*, 1996, 90, con nota di A. Manna, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della Corte costituzionale.*

(17) Su tale disposizione cfr., per tutti, N. Triggiani, sub *art. 199*, in A. Giarda - G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., I, Milano, 2010, 2021 ss., e l'ampia bibliografia ivi riportata.

(18) L'art. 199 c.p.p. dispone che: I prossimi congiunti dell'imputato non sono obbligati a deporre. Devono tuttavia deporre quando hanno presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o un loro prossimo congiunto sono offesi dal reato.

Il giudice, a pena di nullità, avvisa le persone predette della facoltà di astenersi chiedendo loro se intendono avvalersene.

Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche a chi è legato all'imputato da vincolo di adozione. Si applicano inoltre, limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza coniugale:

a) a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso;

b) al coniuge separato dell'imputato;

c) alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato.

(19) Cass. Pen., Sez. V, 22 ottobre 2010, in *Cass. pen.*, 2012, 574; Cass. Pen., Sez. II, 17 febbraio 2009, n. 20827, in *Cass. pen.*, 2010, 3128; Cass. Pen., Sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 35967, in questa *Rivista*, 2007, 3, 275, con nota di P. Pittaro, *Il convivente* more uxorio, *a differenza del coniuge, rimane punibile per il reato di favoreggiamento personale*;

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Cass. Pen., Sez. VI, 18 gennaio 1991, in *Giust. pen.*, 1991, II, 660; Cass. Pen., Sez. I, 5 maggio 1989, in *Cass. pen.*, 1990, II, 237; Cass. Pen., Sez. VI, 20 febbraio 1988, in *Giust. pen.*, 1989, II, 93.

(20) Cass. Pen., Sez. VI, 22 gennaio 2004, in *Cass. pen.*, 2005, 2231, secondo la quale anche la stabile convivenza *more uxorio*può dar luogo per analogia al riconoscimento della scriminante di cui all'art. 384 c.p.

(21) Cass. Pen., Sez. II, 4 agosto 2015, n. 34147, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 novembre 2015, con commento di L. Prudenzano, *Riflessioni a margine di una recente estensione della causa di non punibilità prevista dall'art. 383, co. 1 c.p. ai conviventi* more uxorio.

(22) Sul punto ci permettiamo rinviare a P. Pittaro, *La tutela penale della persona nelle relazioni affettive ed il concetto di famiglia nel diritto penale*, in *AIAF Rivista*, 2012, 2, 4 ss. Sui reati sessuali v., di recente, Id., *Ratificata la Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale: le modifiche al codice penale*, in questa *Rivista*, 2013, 4, 404 ss.

(23) Sull'argomento in generale v., per tutti, R. Bartoli, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1599 ss.; M. Bertolino, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, *ivi*, 2008, 581 ss.; S. Riondato, *Introduzione a "famiglia" nel diritto penale italiano*, in S. Riondato (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, II ed., Milano, 2011, 3 ss. Per un quadro della giurisprudenza sul tema cfr., volendo, P. Pittaro, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in questa *Rivista*, 2010, 10, 933 ss.

FURTO NEI SUPERMERCATI E SOTTRAZIONE "SORVEGLIATA": LA PAROLA (CHIARA) DELLE SEZIONI UNITE

di Edoardo Mazzantini(*)

Cass. pen. Sez. Unite Sentenza, 17 aprile 2014, n. 52117

c.p.p. art. 569

c.p.p. art. 606

La questione della rilevanza della "sorveglianza" rispetto alla consumazione del furto nei locali di vendita a self service offre alle Sezioni unite l'opportunità di tornare ad esprimersi su struttura e contenuto offensivo tipico di questo reato: e invero, la risposta al quesito sollevato è condizionata dal modello di tutela di cui si ritenga espressione l'incriminazione. Qualora, infatti, si identifichi il furto con la sottrazione, come recentemente prospettato dalle stesse Sezioni unite nella sentenza Sciuscio, la "sorveglianza" rimane esterna al disvalore del reato, non influendo in alcun modo sul suo perfezionamento; una lettura del furto imperniata invece sull'impossessamento, nei termini esattamente delineati dalla pronuncia che si commenta, attribuisce alla "sorveglianza" medesima un'incidenza diretta sull'individuazione del disvalore incriminato, comportando quindi l'esclusione della consumazione.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Sommario: La sentenza - Il significato dell'impossessamento ed il contenuto offensivo tipico del furto - "Sorveglianza" e modelli di tutela prospettabili per il furto - Tre considerazioni conclusive sulla giurisprudenza recente

La sentenza

Il quesito formulato dalla sezione rimettente(1) - «se la condotta di sottrazione di merce all'interno di un supermercato, avvenuta sotto il costante controllo del personale di vigilanza, sia qualificabile come furto consumato o tentato allorché l'autore sia fermato dopo il superamento della barriera delle casse con la merce sottratta» - sottopone al giudizio delle Sezioni unite una vicenda dai connotati affatto comuni ed emblematici nella giurisprudenza sul furto nei locali di vendita a self service: ne sono infatti elementi ricorrenti la sorveglianza, il passaggio dalle casse e l'intervento in continenti subito dopo le stesse(2).

Superata in senso favorevole la questione preliminare sull'esperibilità del ricorso immediato per Cassazione e, conseguentemente, sulla propria competenza a conoscere dell'impugnazione, la Corte recupera la ricostruzione del contrasto operato dalla sezione quarta, offrendone più ricca articolazione.

Con riferimento al filone giurisprudenziale favorevole alla consumazione, le Sezioni unite distinguono due orientamenti. Secondo un primo indirizzo, il reato sarebbe già perfezionato allorché l'agente, prelevata la merce dal banco, «l'abbia nascosta sulla propria persona oppure in una borsa o, comunque, l'abbia occultata»(3): e invero, sostiene questa giurisprudenza, la condotta in parola «oltre alla amotio [...] determina l'impossessamento della res»(4). In forza di una diversa lettura, invece, la soglia della consumazione dovrebbe necessariamente individuarsi nel momento del passaggio dalle casse: solo a questo punto, infatti, l'agente conseguirebbe la detenzione esclusiva e illecita della refurtiva(5). Nondimeno, per quanto maggiormente ci interessa in questa sede, le menzionate interpretazioni sono concordi nel ritenere che il concomitante controllo da parte degli addetti alla sorveglianza sullo sviluppo dell'azione delittuosa sia del tutto ininfluente sulla qualificazione della condotta e che il recupero della refurtiva ad opera dei primi si collochi nella fase post delictum; a meno che vigilanza ed intervento non siano realizzati prima del passaggio dalle casse, ipotesi nella quale finirebbe per ridursi l'ambito applicativo del delitto tentato(6).

Sul fronte opposto, si trova l'orientamento che ritiene il furto soltanto tentato là dove al passaggio dalle casse si accompagni la sorveglianza continuativa dell'azione oppure l'impiego di apparati elettronici di rilevazione automatica del movimento della merce, unitamente alla possibilità attuale d'intervento sulla condotta delittuosa. In questo caso l'agente non conseguirebbe l'autonoma ed effettiva disponibilità della refurtiva, rimasta all'interno della sfera di controllo del soggetto passivo, la cui signoria sulla cosa non sarebbe ancora eliminata. Allo stesso tempo, però, l'intervento

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

eventualmente dispiegato dal terzo estraneo(7) non dovrebbe considerarsi impeditivo della consumazione: e ciò per il semplice fatto che il recupero della res ad opera di quest'ultimo presuppone, stavolta, la intervenuta perdita della signoria su di essa da parte del derubato(8).

Entrando nel vivo della questione, fin da subito le Sezioni unite mettono l'impossessamento al centro della loro argomentazione, adducendo a giustificazione due fondamentali ragioni. Anzitutto, tanto nel passaggio dal codice Zanardelli al codice Rocco, quanto nel più generale dibattito teorico sui criteri della contrectatio, amotio, ablatio e illatio(9), si è sempre conservato all'instaurazione del nuovo possesso in luogo di quello legittimo il significato di risultato ultimo della condotta, pienamente espressivo del disvalore di fattispecie(10). In secondo luogo, non avendo la dottrina(11) sviluppato, nella vigenza dell'attuale codice, una lettura condivisa della distinzione tra sottrazione e impossessamento, l'unica considerazione incontrovertibile rimane che, per dirsi perfezionato, il delitto richiede l'istituzione del nuovo possesso.

Osserva, peraltro, la Corte che nel caso in esame le difficoltà d'inquadramento dogmatico sono acuite, tanto dalla sovrapposizione dei piani, affatto diversi, della qualificazione della condotta e della prova del reato, quanto dalla relazione di tipo prenegoziale che lega l'agente al soggetto passivo e che abilita l'agente medesimo al prelievo dai banchi di esposizione. E invero, sotto il primo profilo, il fatto che il passaggio dalle casse renda difficilmente contestabile l'intento furtivo lascia impregiudicata la questione se tale passaggio comporti di per sé la consumazione del reato, quando l'azione delittuosa sia stata rilevata nel suo divenire dalla persona offesa o dagli addetti alla vigilanza. Quanto alla dimensione prenegoziale, la circostanza che l'avventore possa prelevare autonomamente dagli scaffali i prodotti in vendita impone all'interprete di prestare una particolare attenzione, sul versante dei requisiti della condotta tipica, ai rapporti tra contegno consentito e sottrazione rilevante ai fini del furto.

Ebbene, atteso che «in difetto del perfezionamento del possesso della refurtiva in capo all'agente è, comunque, certamente da escludere che il reato possa ritenersi consumato» (punto 5.4), le Sezioni unite chiariscono, con significato decisivo sul piano del contenuto offensivo tipico, come «l'impossessamento del soggetto attivo del delitto postuli il conseguimento della signoria del bene sottratto, intesa come piena, autonoma ed effettiva disponibilità della refurtiva da parte dell'agente» (ancora, 5.4). E poiché lo stesso impossessamento, nei termini appena precisati, deve considerarsi «escluso dalla concomitante vigilanza, attuale e immanente, della persona offesa e dall'intervento esercitato in continenti a difesa della detenzione del bene materialmente appreso, ma ancora non uscito dalla sfera di controllo del soggetto passivo», deve riconoscersi che la sorveglianza costante dell'azione furtiva osta alla consumazione del reato, circoscrivendo la condotta delittuosa nell'ambito del tentativo.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

La statuizione, si sottolinea, riceve conforto dalla considerazione dell'oggetto giuridico del reato alla luce del principio di offensività(12). In quest'ottica, infatti, il fondamento della distinzione tra il delitto tentato e quello consumato si rinviene nella compromissione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice: di tal che, una volta individuato tale interesse nella piena, autonoma ed effettiva disponibilità esercitata dal detentore sul bene, del tutto coerente risulta l'aggancio della consumazione del furto alla sua completa rescissione. Mentre, qualora lo sviluppo dell'azione delittuosa non abbia comportato la fuoriuscita del bene dalla sfera di controllo e disponibilità dell'offeso, risulta appropriata la qualificazione della condotta nei termini del tentativo.

In questa prospettiva, inoltre, le obiezioni espresse nelle sentenze uniformatesi al contrario orientamento finiscono per rivelarsi petizioni di principio che non vanno al cuore del problema.

Tali sono, anzitutto, i frequenti riferimenti giurisprudenziali alla teoria della amotio: in forza della quale, in buona sostanza, il furto si consuma per effetto e nel momento dello spostamento della cosa dal luogo in cui si trova. E invero, oltre a risultare anacronistici sul versante del diritto positivo, questi rilievi non tengono conto di come il sistema di vendita a self service abiliti l'avventore allo spostamento della cosa dal banco o dallo scaffale su cui è esposta.

Priva di pregio risulta, poi, l'asserzione che la sorveglianza dell'offeso non possa valere ad escludere la violazione della norma penale: evidentemente, non è questa la portata del quesito formulato dalla sezione rimettente, trattandosi piuttosto di appurare quale sia l'influenza della sorveglianza sulla corretta definizione giuridica di una condotta senza dubbio penalmente rilevante.

Parimenti, non coglie nel segno la considerazione che sorveglianza e intervento in continenti costituiscano circostanze del tutto estranee all'operato dell'agente: come rettamente evidenziato dalla Corte, infatti, il delitto tentato si connota per la mancata verificazione dell'evento o il mancato compimento dell'azione, proprio, in forza di cause indipendenti dalla volontà del soggetto attivo.

Sono, infine, da respingere le letture che, affrontando la questione in modo aprioristico, ritengono di poter segnare i confini tra tentativo, consumazione e fase post delictum prima di aver risolto il problema del contenuto offensivo tipico espresso dalla fattispecie incriminatrice e, comunque, dando per assodato che il perfezionamento si abbia con la perdita materiale del bene da parte del soggetto passivo.

Tutto quanto premesso consente alle Sezioni unite di formulare il principio di diritto in forza del quale «il monitoraggio nell'attualità della azione furtiva avviata, esercitato sia mediante la diretta osservazione della persona offesa (o dei dipendenti addetti alla sorveglianza o delle forze dell'ordine presenti in loco), sia mediante appositi apparati di rilevazione automatica del movimento della merce, e il conseguente intervento

difensivo in continenti, a tutela della detenzione, impediscono la consumazione del delitto di furto, che resta allo stadio del tentativo, in quanto l'agente non ha conseguito, neppure momentaneamente, l'autonoma ed effettiva disponibilità della refurtiva, non ancora uscita dalla sfera di vigilanza e di controllo diretto del soggetto passivo».

Il significato dell'impossessamento ed il contenuto offensivo tipico del furto

Un primo elemento di grande interesse nell'argomentazione delle Sezioni unite è dato dalla centralità riconosciuta all'azione di impossessamento ai fini del perfezionamento del reato e, pertanto, del suo nucleo di disvalore tipico.

L'opzione si rivela ancor più significativa se posta in raffronto con la lettura dell'incriminazione offerta dalla sentenza Sciuscio(13): nella quale pronuncia, rinvenuto nella modalità sottrattiva il contenuto offensivo del delitto, le Sezioni unite finivano per relegare l'elemento dell'impossessamento ad un ruolo subalterno e, quasi, "di chiusura" della fattispecie(14).

Nella sentenza in commento, al contrario, si privilegia un'analisi in grado di abbracciare il fatto di reato nella sua interezza. La motivazione, in particolare, ha il merito di descrivere i connotati che deve presentare la condotta di impossessamento per potersi dire tipica: essa dev'essere tale da permettere «il conseguimento della signoria del bene sottratto, intesa come piena, autonoma ed effettiva disponibilità della refurtiva da parte dell'agente».

L'interpretazione, oltre a risultare maggiormente coerente con il dettato codicistico, ha l'indubbio pregio di chiarire come solo l'impossessamento, rappresentando il completamento dell'azione delittuosa, sia pienamente espressivo del disvalore proprio del furto. E invero, la signoria che si richiede al soggetto agente di conseguire è anche la posizione tutelata in capo al soggetto passivo: l'oggetto di una tutela che si appunta solo in via immediata sul piano materiale, essendo al fondo funzionale ad un potere di disporre più ampio e complesso.

"Sorveglianza" e modelli di tutela prospettabili per il furto

Il mutamento di impostazione sul piano dell'elemento materiale e del contenuto offensivo del reato risulta decisivo per comprendere il diverso ruolo che finisce per giocare la sorveglianza a seconda di come si costruisca il tipo criminoso del delitto.

Per un verso, in un'ottica tendente all'assimilazione del furto con la sottrazione, la sorveglianza sulla condotta e la correlata possibilità di intervenire per impedire il consolidamento del nuovo possesso non incidono sulla consumazione del reato e sulla realizzazione del disvalore suo proprio: la rescissione del legame lato sensu possessorio si realizza, a ben vedere, anche là dove si rimanga all'interno della sfera di controllo del soggetto passivo, ovverosia anche qualora il soggetto agente non abbia acquisito una disponibilità piena e autonoma.

Di contro, in una prospettiva che allarga l'analisi all'intera fattispecie e ritiene incarnata l'offesa solo con il ricorrere dell'impossessamento, la sorveglianza esprime

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

un significato interno al tipo criminoso: e invero, nella misura in cui l'agente sorvegliato può dirsi vantare una "signoria" soltanto precaria e limitata, la vigilanza impedisce l'instaurazione del nuovo possesso, la consumazione del reato ed il concretarsi del disvalore tipico.

Non è, però, ancora tutto. Una disamina delle pronunce favorevoli alla soluzione del tentativo sollecita l'ulteriore interrogativo se veramente - nella seconda prospettiva, accolta anche dalle Sezioni unite - la sorveglianza assuma rilevanza in sé e per sé oppure se l'esclusione della consumazione non sia più direttamente connessa alla possibilità d'intervento sulla condotta dell'agente. In altre parole, rimane da chiarire se, piuttosto che nella vigilanza, il fulcro del ragionamento delle Sezioni unite non si rinvenga nell'immanente possibilità d'interrompere l'azione furtiva. Le conseguenze sul piano dei modelli di tutela sono, ancora una volta, molto interessanti.

Ebbene, è anzitutto evidente che, là dove si insista sul carattere diretto e continuativo della sorveglianza, rimarcando il fatto che anche la possibilità di intervento deve sussistere ab initio e permanere per tutta la durata della condotta(15), si attribuisce alla vigilanza un significato effettivamente proprio e "compiuto": e invero, non basta per evitare la consumazione che l'offeso si sia estemporaneamente avveduto dell'azione furtiva, richiedendosi per l'appunto un controllo pedissequo della realizzazione criminosa. Al contempo, però, esigere che la vigilanza sia ininterrotta significa considerare il reato bell'e consumato non appena il soggetto passivo perda di vista il bene, anche quando l'azione continui a svolgersi all'interno della sfera di controllo da lui predisposta e l'agente non abbia ancora acquisito «la piena, autonoma ed effettiva disponibilità della refurtiva». Ecco, allora, che in questa prospettiva la sorveglianza non assume alcuna rilevanza in rapporto all'impossessamento, finendo piuttosto per operare come correttivo - atto ad estendere l'ambito applicativo del tentativo - ad una tutela appuntata su una disponibilità pur sempre immediata sul bene(16).

Il discorso cambia qualora si riconosca centralità all'intervento e si ritenga di dover interpretare la vigilanza in funzione del primo(17): in quest'ottica, quando una sorveglianza sia stata allestita, l'intervento in continenti sulla condotta che sia rimasta all'interno della sfera di controllo esclude la consumazione del delitto, anche se non preceduto da un monitoraggio ab initio ed ininterrotto. È questa, a ben vedere, la soluzione che mostrano di condividere Sezioni unite: le quali, pur continuando a valorizzare la continuatività della vigilanza da parte del personale addetto, attribuiscono rilevanza anche a dispositivi che segnalano la necessità d'intervento soltanto al culmine dell'azione furtiva (il passaggio dalle casse). Per tale via, la sorveglianza finisce per smaterializzarsi in una sfera di sorveglianza, l'enfasi viene posta sulla possibilità di intervento della persona offesa ed effettivamente la tutela si rivela funzionale ad una disponibilità più ampia, che per dirsi violata presuppone un impossessamento concepito nei termini dell'acquisizione di una signoria piena ed autonoma sul bene, necessariamente al di fuori della sfera di controllo e disponibilità dell'offeso.

In buona sostanza, la soluzione interpretativa adottata dalla sentenza interviene nel dibattito giurisprudenziale in una auspicata prospettiva di sintesi e chiarificazione. Mentre si esprime sul discrimen tra tentativo e consumazione, la Corte recupera la questione della problematica convivenza di sottrazione ed impossessamento nella fattispecie di furto; e mentre rimarca il connotato di effettività che si richiede ai fini dell'impossessamento, individua la portata ed il significato della sorveglianza e dell'intervento in continenti.

Ma soprattutto, in tutto questo, le Sezioni unite affrontano il problema dell'oggettività giuridica protetta dalla norma e ne ravvivano il dibattito, muovendosi su prospettive assai diverse rispetto a quelle recentemente delineate(18): restituendo centralità all'impossessamento, valorizzano il ruolo della sorveglianza, ne colgono il significato più pregnante in funzione dell'intervento in continenti e aprono ad un furto orientato alla tutela di una disponibilità più ampia e complessa rispetto alla mera relazione di fatto con i beni.

Tre considerazioni conclusive sulla giurisprudenza recente

La sentenza offre spunti anche per svolgere alcune considerazioni di carattere più generale sulla giurisprudenza in tema di furto nei locali di vendita con modalità a self service.

È anzitutto curioso osservare come, a fronte di una diffusa linea interpretativa che individua la barriera delle casse quale soglia espressiva di un significato eminentemente probatorio, si ometta di statuire con chiarezza che, fino a quel momento, la condotta dell'agente avviene in conformità al sistema di vendita ed è quindi consentita. Ciò che, infatti, può dirsi integrato per effetto del passaggio dalle casse è principalmente la compente materiale del reato: e questo per il semplice fatto che, si ritenga o meno di ridurre il furto alla sola sottrazione, fino a quel momento la condotta risulta atipica in quanto tenuta non invito domino(19). In altre parole, solo il passaggio dalle casse consente di ritenere integrata - quanto meno - la sottrazione.

Quanto, poi, alla rilevanza del semplice nascondimento, è significativo come in numerose pronunce si sia proceduto ad equiparare la condotta del ladro che occulta la refurtiva a quelle, di per sé non univoche, delle massaie che ripongono la spesa nel proprio carrellino durante l'acquisto(20) o dei clienti che consumano alcuni prodotti durante il percorso tra i banchi per poi pagarli regolarmente alle casse(21). Ad ogni modo, la questione, ancora una volta di notevole interesse sul versante dei requisiti di tipicità della condotta furtiva, finisce per essere sdrammatizzata dal fatto che gli addetti alla sorveglianza, che pure hanno motivo di attivarsi prima delle casse solo qualora ricorra l'occultamento, normalmente ne attendono il superamento per intervenire in continenti.

Altro elemento di grande interesse è dato dalla circostanza che la pronuncia in commento, pur legittimandosi alla luce di un nutrito orientamento giurisprudenziale, si riveli in realtà piuttosto originale nel porre un accento così marcato sul momento dell'impossessamento.

A ben vedere, si tratta di una lettura che le Sezioni unite adottano nell'ottica di ridimensionare il problema della distinzione concettuale tra sottrazione e impossessamento. La descrizione della condotta furtiva, si chiarisce, è significativa nella misura in cui definisce come deve essere realizzato l'impossessamento medesimo: realizzare un furto - in parole povere, rubare - significa, sì, «impossessarsi della cosa mobile altrui», ma per essere tipico questo nuovo possesso sulla res dev'essere instaurato «sottraendola a chi la detiene». Pertanto, là dove l'impossessamento è il risultato del delitto, la sottrazione ne rappresenta la modalità. E in tal senso, è vero che non sempre si possono distinguere le due fasi dell'azione; ma è altrettanto vero che il problema del furto è principalmente quello di individuare la soglia del perfezionamento del reato. Cosicché, una volta individuata questa soglia, tutto quanto rimane al di sotto della stessa integra - là dove ne ricorrano i requisiti - il delitto tentato.

Una problematica che tende, infine, a rimanere sullo sfondo del ragionamento della Corte, è quella che interessa il rapporto con la giurisprudenza sulla rapina impropria.

Orbene, è vero che anche con riferimento a questa figura criminosa emerge l'esigenza di distinguere tra una condotta che realizza l'impossessamento ed una che si arresta alla sottrazione; ma l'operare disinvolto di molte pronunce, nelle quali si utilizzano gli stessi criteri e le stesse argomentazioni per l'individuazione della soglia perfezionativa del furto e della rapina impropria, mostra di non tenere in minima considerazione il dettato codicistico. Mentre, infatti, il furto si consuma con l'impossessamento(22), la rapina impropria distingue la modalità (la sottrazione) dal risultato (assicurarsi il possesso) e richiede il solo ricorrere della prima sul piano materiale, accontentandosi di fare del secondo l'oggetto di un dolo specifico(23). Con la conseguenza che risultano provare decisamente troppo quelle pronunce(24) che, come la richiamata sentenza Niang(25), vanno perfino oltre la stessa interpretazione della sentenza in commento, esigendo ai fini della sottrazione quanto le Sezioni unite richiedono per l'impossessamento(26).

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Cass., Sez. IV, ordinanza 30 aprile 2014 (dep. 12 maggio 2014), n. 19493 (inedita). A ben vedere, la questione era già stata portata all'attenzione delle Sezioni unite da Cass., Sez. V, ordinanza 22 gennaio 2014 (dep. 27 gennaio 2014), n. 3675, in questa Rivista con il commento di R. Bartoli, Considerazioni sul tentativo di furto nei

supermercati in attesa delle Sezioni Unite, 2014, 292 ss.: la questione, però, non è stata affrontata dalla seguente Cass., Sez. un., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38344, perché risultata non rilevante ai fini della decisione sul ricorso. Si v. anche l'analogo quesito da ultimo rimesso da Cass., Sez. II, ordinanza 9 maggio 2014 (dep. 29 maggio 2014), n. 22175, Ruggiero, in Dir. pen. cont. con il commento di M.C. Ubiali, Di nuovo alle Sezioni Unite la questione del momento consumativo del furto in supermercato (e dei possibili riflessi sul fatto che degeneri in rapina impropria), 26 Giugno 2014, in tema di consumazione della rapina impropria nei locali di vendita a self service.

(2) Dal quesito sparisce, invece, l'occultamento, che pure ricorre nel caso esaminato.

(3) Cass., Sez. II, 24 maggio 1966, n. 938, Delfino.

(4) Cass., Sez. V, 19 gennaio 2011 (dep. 23 febbraio 2011), n. 7086, Marin.

(5) Cass., Sez. V, 15 giugno 2012 (dep. 2 luglio 2012), n. 25555, Magliulo. A ben vedere, la richiamata sentenza Magliulo, nell'individuare la barriera delle casse quale soglia perfezionativa, fa espressamente salvo il caso in cui ricorra l'occultamento: «(…) commettendosi il reato di furto in danno di colui che materialmente "detiene" la cosa, è necessario e sufficiente, perché il detto reato possa dirsi consumato, che la persona offesa sia stata illecitamente privata della detenzione e, per ciò stesso, sia stata posta nella condizione di doversi attivare se vuole recuperarla, nei confronti del soggetto che l'ha acquisita, come appunto si verifica nel caso di furto in danno di supermercati, quando l'agente abbia oltrepassato la barriera delle casse senza pagare la merce, della quale egli viene così ad acquisire, da quel momento, la detenzione esclusiva ed illecita, mentre, in precedenza, salvo il caso dell'occultamento, detta detenzione non poteva dirsi né esclusiva né illecita (…)» (corsivo nostro).

(6) Soluzione che, a dispetto di quanto sostenuto nella sentenza, pare compatibile anche con gli assunti del primo indirizzo: si v. Cass., Sez. IV, 12 novembre 2013 (dep. 20 febbraio 2014), n. 8079, Molinari. Si noti, peraltro, come, anche in questa prospettiva, la conservazione di uno spazio applicativo al delitto tentato passi attraverso la valorizzazione della sorveglianza.

(7) Categoria alla quale non appartiene, però, il dipendente personale di sorveglianza.

(8) Cass., Sez. IV, 3 luglio 2002, n. 31461, Carbone.

(9) Sul punto, con particolare chiarezza, C. Baccaredda Boy-S. Lalomia, I delitti contro il patrimonio mediante violenza, Padova, 2010, 51 s.

(10) Per una lettura incentrata sulla sottrazione, si v. Cass., Sez. un., 18 luglio 2013 (dep. 30 settembre 2013), n. 40354, Sciuscio, in Cass. pen., 2014, 2927 ss., con nota di E. Mazzantini, Configurabilità del mezzo fraudolento e individuazione della persona offesa nel furto in locali di vendita a "self-service".

(11) Per limitarsi alla letteratura fondamentale, si v. V. Manzini, Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930, vol. IX, Torino, 1933; D. Angelotti, Delitti contro il patrimonio, Milano, 1936; Nuvolone, Il possesso nel diritto penale, Milano, 1942; G. Maggiore, Diritto penale, Volume II: parte speciale, delitti e

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO
contravvenzioni, tomo II, Bologna, 1948; De Marsico, Delitti contro il patrimonio, II ed., Napoli, 1951; C. Pedrazzi, Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio, Milano, 1955; G. Marinucci, Considerazioni sul delitto di furto, in Riv. it dir. proc. pen., 1960, 532 ss.; D. Pulitanò, Cose smarrite, cose dimenticate, cose in detenzione, in Riv. it. dir. proc. pen., 1967, 961 ss.; G. Pecorella, voce Furto (dir. pen.), in Enc. dir., vol. XVIII, Milano, 1969, 318 ss.; Lanzi, voce Furto, in Enc. giur. Treccani, vol. XIV, Roma, 1989, 2 ss.; A. Carmona, Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo, Bologna, 1996; A. Pagliaro, Principi di diritto penale, parte speciale, vol. III, Delitti contro il patrimonio, Milano, 2003; F. Antolisei, Manuale di diritto penale, parte speciale, a cura di C.F. Grosso, vol. II, XV ed., Milano, 2008; S. Fiore (a cura di), I reati contro il patrimonio, Torino, 2010; E. Mezzetti, Reati contro il patrimonio, in Trattato di diritto penale, Parte speciale, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Milano, 2013; D. Pulitanò (a cura di), Diritto penale, parte speciale, vol. II, Tutela penale del patrimonio, Torino, 2013; G. Fiandaca-E. Musco, Diritto penale. Parte speciale, vol. II, tomo II, I delitti contro il patrimonio, VI ed., 2014; F. Mantovani, Diritto Penale, parte Speciale, vol. II, Delitti contro il patrimonio, V ed., Padova, 2014.

Per rilievi essenziali di carattere criminologico, si v. A. Ceretti-R. Cornelli, Proprietà e sicurezza. La centralità del furto per la comprensione del sistema penale tardo-moderno, Torino, 2007.

(12) Si v. Cass., Sez. un., 18 luglio 2013 (dep. 30 settembre 2013), n. 40354, Sciuscio.

(13) Cass., Sez. un., 18 luglio 2013 (dep. 30 settembre 2013), n. 40354, Sciuscio.

(14) Cass., Sez. un., 18 Luglio 2013 (dep. 30 settembre 2013), n. 40354, Sciuscio: «Come pure è stato considerato, il furto è un fatto antisociale che si concreta nella sottrazione, ancor prima che nell'inflizione di un danno patrimoniale. Tale essenziale aspetto aggressivo, di indubbia rilevanza pubblicistica, si trova ben espresso nella definizione legale che, come è stato da più parti convincentemente considerato, trova il suo cuore nella descrizione della condotta di sottrazione della cosa mobile altrui a chi la detiene. Diversi sono i tratti significativi del reato: la sottrazione, l'impossessamento, il fine di profitto, l'altruità della cosa, la detenzione da parte della vittima. Ma la spoliazione, sebbene non esprima il momento consumativo, che si compie con l'acquisizione di un autonomo possesso al di fuori della sfera di vigilanza della vittima, tratteggia il momento aggressivo, il culmine della trasgressione e del perturbamento socialmente e giuridicamente rilevante: esprime l'archetipo della condotta di fattispecie» (punto 10 della sentenza).

(15) Si v. Cass., Sez. V, 21 maggio 2014 (dep. 10 luglio 2014), n. 30526; Cass., Sez. V, 6 marzo 2014 (dep. 25 marzo 2014), n. 14078; Cass., Sez. II, 5 aprile 2012 (dep. 28 maggio 2012), n. 20324, Neli; Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2004 (dep. 19 febbraio 2004), n. 7235, Coniglio.

(16) Sul punto, si v. Bartoli, Considerazioni sul tentativo di furto, cit., 294 ss.

(17) Si v. Cass., Sez. V, 16 maggio 2014, n. 25791; Cass., Sez. IV, 22 settembre 2010 (dep. 2 novembre 2010), n. 38534, Bonora. Si v. anche, con riferimento ad un episodio

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

di borseggio all'interno di un supermercato, Cass., Sez. V, 16 maggio 2014 (dep. 16 giugno 2014), n. 25791.

(18) Cass., Sez. un., 18 luglio 2013 (dep. 30 settembre 2013), n. 40354, Sciuscio.

(19) Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. 5-I, Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco, Roma, 1929, 437: «Si è, invece, omesso di indicare la necessità del dissenso, perché questo è implicito nel concetto di sottrazione». Quanto alla dottrina, si v. per tutti Fiandaca-Musco, Diritto penale, cit., 61: «È altresì implicita la necessità del dissenso del derubato: se quest'ultimo consentisse allo spossessamento, la condotta del soggetto attivo perderebbe la connotazione offensiva tipica della sottrazione. Da questo punto di vista, il delitto di furto rientra in pieno nel modello criminoso della usurpazione unilaterale: la lesione deve cioè essere arrecata senza la collaborazione, e anzi contro la volontà del soggetto passivo».

(20) Cass., Sez. II, 10 febbraio 2011, n. 4826: «In un negozio ove la sorveglianza culmina nel passaggio obbligato della cassa il cliente è autorizzato a portar seco l'oggetto prelevato sino a quel punto. (…) Invero il fatto che, prelevando la merce, il cliente non la lasci in vista (si osservi l'abitudine di talune massaie di far uso di una borsa-carrellino) sino alla cassa, non consente per sé la configurazione della condotta criminosa».

(21) Cass., Sez. V, 13 dicembre 2013 (dep. 6 febbraio 2014), n. 5847: «Nel caso di specie peraltro il controllo sul prevenuto ha consentito solo di rilevare un'attività non ancora concretizzatasi nell'impossessamento della merce, perché il suo comportamento non risulta fosse tale da dimostrare di per sé l'intenzione di impossessarsene, ben potendosi risolvere con un passaggio alle casse per pagare anche il prodotto parzialmente consumato. Solo con il passaggio attraverso le casse l'intenzione si è manifestata in modo inequivoco».

(22) Art. 624 c.p.: «Chiunque s'impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri (…)».

(23) Art. 628/2 c.p.: «(…) chi adopera violenza o minaccia immediatamente dopo la sottrazione, per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l'impunità».

(24) Si v. Cass., Sez. II, ordinanza 9 maggio 2014 (dep. 29 maggio 2014), n. 22175. Si v. anche Cass., Sez. II, 16 ottobre 2014 (dep. 11 novembre 2014), n. 46412; Sez. II, 9 ottobre 2014 (dep. 11 novembre 2014), n. 46399; Cass., Sez. II, 13 febbraio 2013 (dep. 6 marzo 2013), n. 10303, Ventura; Cass., Sez. II, 5 aprile 2012 (dep. 28 maggio 2012), n. 20324, Neli. Contra, Cass., Sez. un., 19 aprile 2012 (dep. 12 settembre 2012), n. 34952, Reina.

(25) Cass., Sez. II, 5 febbraio 2013 (dep. 21 febbraio 2013), n. 8445, Niang.

(26) Per queste considerazioni, si v. M. C. Ubiali, Di nuovo alle Sezioni Unite, cit.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

LE SEZIONI UNITE AMMETTONO IL TENTATIVO DI RAPINA IMPROPRIA

Gironi Emilio

Cass. pen. Sez. Unite, 19 aprile 2012, n. 34952

c.p. art. 56

c.p. art. 628

Sommario: Giurisprudenza versus dottrina - Gli argomenti a sostegno della tesi maggioritaria in giurisprudenza - Gli argomenti a sostegno dell'indirizzo rimasto soccombente in giurisprudenza - Gli argomenti della posizione maggioritaria in dottrina - Gli argomenti addotti dalla dottrina minoritaria - Le argomentazioni delle Sezioni Unite - Conclusioni

Giurisprudenza versus dottrina

Con la sentenza in esame le Sezioni Unite compongono un annoso contrasto di giurisprudenza interno alla Corte, che vedeva la seconda sezione, ripetutamente espressasi per l'indirizzo maggioritario, contrapposta alle sezioni quinta e sesta, cui si devono le poche pronunce di segno contrario; né l'esistenza del contrasto poteva essere minimizzato in base al solo dato statistico-quantitativo (1) , a scapito della qualità delle argomentazioni a sostegno dell'una o dell'altra tesi.

Permane, invece, ed anzi si accentua per l'autorevolezza della decisione in commento, il conflitto tra la giurisprudenza di legittimità e la prevalente dottrina (2) , ferma, salvo poche voci dissenzienti, nel negare la configurabilità del tentativo di rapina impropria in caso di incompiuta sottrazione della cosa; generalmente ammessa, per quanto poco realistica e di difficile verificazione nella pratica, è, peraltro, la rapina impropria tentata ove gli estremi del tentativo ricorrano con riguardo alla violenza o minaccia: si pensi al caso in cui l'agente, sorpreso all'opera dal derubando o da terzi, stia per aggredire i sopravvenuti o per estrarre un'arma, venendo anticipato e neutralizzato dagli antagonisti.

Si ritiene opportuno far precedere l'esame della motivazione della sentenza "Reina" da un rapido excursus delle diverse posizioni precedentemente espresse dalla giurisprudenza e dalla dottrina per poi verificare l'eventuale esistenza di nuovi sviluppi argomentativi.

Gli argomenti a sostegno della tesi maggioritaria in giurisprudenza

Una sintetica ricognizione delle sentenze favorevoli all'ammissibilità del tentativo di rapina impropria anche in difetto di sottrazione della cosa (3) rivela motivazioni

spesso meramente descrittive della fattispecie incriminatrice e, talvolta, apodittiche. Minimizzando la rilevanza del dato letterale, che postula il compimento della sottrazione («...immediatamente dopo la sottrazione...»), tali decisioni sottolineano che la violenza o minaccia sono consequenziali al tentativo di sottrazione ed a questo connesse dal fine di assicurarsi l'impunità, ricompreso nell'ambito del dolo specifico alternativo contemplato dalla norma. Si aggiunge che ragioni di politica criminale impongono di riservare identico trattamento sanzionatorio alla rapina propria ed impropria (consumate o tentate) in quanto entrambe integranti attentati al patrimonio mediante violenza o minaccia alla persona, a prescindere dall'ordine in cui si presentino le due fasi della condotta scandite dalle rispettive strutture di reati complessi. Da ultimo si richiama l'efficacia estensiva dell'art. 56 c.p. , in forza del quale la fattispecie autonoma del delitto tentato risulta dalla combinazione della norma incriminatrice principale con la norma secondaria ora menzionata, dovendosi la qualificazione giuridica del fatto effettuare « ex post», ossia al termine della condotta del soggetto; quando l'azione non si compie o l'evento non si verifica deve, pertanto, aversi riguardo, con visione unitaria, al segmento di condotta compiuto sino all'intervento dei fattori interruttivi esterni, senza poter scindere la stessa in due momenti separati, stante l'unitarietà ed organicità del reato complesso (4) .

Deve a questo punto rilevarsi, con riserva di approfondimento in prosieguo, che l'orientamento maggioritario chiaramente sottende, anche quando non lo esplicita (come, invece, fa la sentenza delle sezioni unite), che la sottrazione integra un elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 628, comma 2, c.p. , e non, come l'opposta tesi sostiene, un semplice presupposto della successiva condotta di violenza o minaccia, senza di che non potrebbero concepirsi gli estremi del tentativo in ordine ad una sottrazione non realizzata.

Gli argomenti a sostegno dell'indirizzo rimasto soccombente in giurisprudenza

L'argomento principale a sostegno dell'orientamento opposto si fonda sul tenore letterale della norma incriminatrice, che postulerebbe indefettibilmente l'avvenuta sottrazione, considerata come mero presupposto della condotta violenta o minacciosa successiva; né la conclusione muterebbe per l'integrazione di detta previsione con quella dell'art. 56 c.p. , stante l'ineliminabilità della sottrazione come momento essenziale di una fattispecie a formazione progressiva, antecedente necessario della successiva condotta volta a garantirsi il definitivo possesso della cosa sottratta o l'impunità. Nel caso in cui la sottrazione (notoriamente distinta dall'impossessamento, implicante il conseguimento di una disponibilità autonoma della cosa) non venga realizzata dovrebbero, dunque, ravvisarsi, un tentativo di furto in concorso con i successivi atti di violenza o minaccia.

Gli argomenti della posizione maggioritaria in dottrina

A sostegno dell'opinione che esclude la configurabilità della rapina impropria in mancanza di una sottrazione compiuta e ravvisa, in caso di sottrazione solo tentata, un tentativo di furto congiunto ad un reato di violenza (violenza privata, percosse) o minaccia anche la dottrina prevalente (5) spende, essenzialmente, l'argomento del tenore letterale della norma, che postula - come presupposto fattuale - una sottrazione eseguita e non solo tentata, ed invoca, al riguardo, i principi di legalità e tassatività ed il divieto di analogia in materia penale, che risulterebbero lesi in caso contrario. In senso esattamente antitetico alle ragioni di politica criminale addotte dall'orientamento prevalso in giurisprudenza si rileva, inoltre, l'iniquità ed irragionevolezza del trattamento sanzionatorio che deriverebbe dall'ammissibilità del tentativo di rapina impropria, in difetto di nesso teleologico tra violenza o minaccia ed aggressione del patrimonio, ricorrente solo nella rapina propria. Da ultimo, sul versante dell'elemento psicologico, gli estremi del tentativo (atti diretti in modo non equivoco al raggiungimento del risultato perseguito) sarebbero ravvisabili solo in direzione della consumazione di un furto ma non anche di una condotta violenta o minacciosa, esulante dalle prospettive iniziali dell'agente: non è, infatti, dubbio che chi progetta l'esecuzione di un semplice furto, anziché di una rapina, di norma non intende, né mette inizialmente in conto, di attuare condotte violente o minacciose e che tali eventuali condotte, provocate dall'intervento del derubando o di terzi, sono sorrette da una deliberazione autonoma e successiva rispetto a quella originaria.

Si rammenti, in proposito, che il dolo del tentativo non si differenzia da quello del reato consumato, sostanziandosi, quindi, in un "dolo di consumazione": pertanto esso deve investire tutti gli elementi della fattispecie per cui, nel caso in esame, l'agente dovrebbe contestualmente deliberare di commettere un furto e di usare violenza o minaccia in caso di ostacoli sopravvenuti; ma si è già detto che nella rapina impropria il dolo del soggetto è inizialmente rivolto alla mera esecuzione di un furto e non anche di condotte violente o minacciose, la cui eventuale sopravvenienza è finalizzata solo ad assicurarsi il possesso della cosa o l'impunità. Occorre, altresì, considerare la specificità del paradigma della rapina impropria rispetto alle altre più comuni figure di reato complesso: ad esempio, nella rapina propria, nel furto in abitazione, nel furto con violenza sulle cose o nel sequestro di persona a scopo di estorsione il dolo si configura sin dall'inizio come unitario, rappresentandosi e volendo l'agente contestualmente usare violenza alla persona o minaccia ed impossessarsi della cosa mobile altrui; violare il domicilio e sottrarre la res, impossessandosene; danneggiare una cosa e commettere il furto; privare una persona della libertà personale ed estorcere il prezzo per la sua liberazione. Nel caso della rapina impropria, al contrario, la struttura bifasica della fattispecie implica che il dolo abbia una scansione temporale distinta, ad un dolo iniziale di furto facendo seguito un dolo di violenza alla persona o minaccia. Da tale ricostruzione discende l'impossibilità di concepire un dolo di rapina

impropria tentata che investa unitariamente l'intera fattispecie, ovvero sia la sottrazione della cosa che la reazione violenta o minacciosa, mentre gli estremi del tentativo sono indubbiamente concepibili per le altre ipotesi di reati complessi sopra esemplificate. Neppure la prospettazione di un concomitante dolo eventuale di violenza o minaccia varrebbe, peraltro, a rendere concepibile il tentativo di rapina impropria in caso di sottrazione mancata, stante la nota ed ormai unanimemente ritenuta incompatibilità del dolo eventuale con il reato tentato (6) .

La puntualizzazione della dottrina dominante su cui appare difficile convenire riguarda, invece, la qualificazione della sottrazione come mero presupposto del reato anziché come suo elemento costitutivo. La categoria del presupposto è, invero, generalmente riservata ad elementi estranei alla fattispecie incriminatrice, estrinseci rispetto alla condotta tipica (come tali investibili solo dal momento conoscitivo del dolo e non anche da quello volitivo), oltre che di natura lecita o di valenza neutra (esempi ricorrenti lo stato di gravidanza nel procurato aborto, un precedente matrimonio nella bigamia, il possesso della cosa nell'appropriazione indebita) (7) ; all'opposto, nel paradigma della rapina impropria, la sottrazione rappresenta un elemento penalmente illecito, che l'agente deve consapevolmente e volontariamente perseguire e che non può ritenersi estrinseco alla fattispecie o mero presupposto storico dell'azione tipica, per tal via ridotta alla sola violenza o minaccia per conseguire il possesso del bene sottratto od assicurarsi l'impunità. Occorre, in proposito, rilevare che il comma 2 dell'art. 628 vive in simbiosi con il primo, del quale, pur configurando una fattispecie autonoma e distinta, costituisce il seguito logico; la previsione incriminatrice deve, dunque, leggersi nel modo seguente: «alla stessa pena soggiace chi (per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto) sottrae la cosa mobile altrui ed immediatamente dopo adopera violenza o minaccia per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta o per procurare a sé o ad altri l'impunità», con il che si recupera appieno la valenza di elemento costitutivo della fattispecie complessa che non può non attribuirsi alla sottrazione del bene. Si consideri, inoltre, che la qualificazione della sottrazione come mero presupposto del reato metterebbe in crisi la stessa costruzione della rapina impropria come reato complesso, atteso che la sottrazione non vi entrerebbe a far parte né come elemento costitutivo né come circostanza aggravante ma come semplice antecedente esterno od estrinseco rispetto all'azione tipica oggetto della previsione incriminatrice; la qualificazione della sottrazione (eseguita) come mero presupposto non dà, inoltre, risposta al problema della sua valutazione in termini di risposta sanzionatoria, che mancherebbe del tutto, salvo ipotizzare l'improbabile concorso di un tentativo di furto (alla sottrazione non essendo conseguito l'impossessamento) con la rapina impropria, la cui condotta tipica sarebbe, a questo punto, costituita unicamente dalla violenza o minaccia finalizzate al

conseguimento dell'impunità, con sostanziale vanificazione della struttura composita della fattispecie delineata dal comma 2 dell'art. 628 c.p.

Gli argomenti addotti dalla dottrina minoritaria

Tra le poche voci della più recente dottrina a difesa dell'orientamento giurisprudenziale prevalente spicca, per autorevolezza, quella di G. Vassalli, peraltro incidentalmente inserita, senza specifico approfondimento, nel contesto della ritenuta ammissibilità del tentativo di reato complesso in generale (8) . Per il resto gli Autori in questione (9) evidenziano l'infondatezza dell'argomento che fa leva sulla pretesa iniquità del trattamento punitivo applicabile al tentativo di rapina impropria, in quanto basato su mere valutazioni di opportunità e di dosimetria sanzionatoria, e sottolineano come, in forza dell'effetto combinatorio dell'art. 56 c.p. , il termine "sottrazione" possa estendersi al "tentativo di sottrazione", senza lesione dei principi di tassatività e divieto di analogia " in malam partem". Sul fronte dell'elemento soggettivo la necessità che il dolo sin dall'inizio investa l'intera fattispecie descritta dalla norma viene superata ipotizzando l'ammissibilità, accanto e contestualmente al dolo di furto, di un dolo eventuale di violenza o minaccia (spia della cui esistenza dovrebbe essere la stretta successione cronologica tra l'abbandono del tentativo di sottrazione e l'attuazione della violenza o minaccia), senza, peraltro, minimamente porsi il problema della compatibilità - generalmente negata - del dolo eventuale con la figura del tentativo.

Le argomentazioni delle Sezioni Unite

La sentenza "Reina", aderendo alla tesi giurisprudenziale maggioritaria, inizia col disattendere l'eccezione di violazione del principio di legalità e del divieto di analogia in materia penale sull'assunto della «prevedibilità del risultato interpretativo» della fattispecie astratta come realizzatasi nel "diritto vivente" in forza dell'indirizzo giurisprudenziale largamente prevalente (10) . Il passaggio successivo respinge la critica di svalutazione del dato testuale della norma, rilevando che con la locuzione "immediatamente dopo la sottrazione" il legislatore ha inteso unicamente «stabilire il nesso temporale che deve intercorrere tra i segmenti dell'azione» e fissare «la necessità di un collegamento logico-temporale tra le condotte di aggressione al patrimonio e di aggressione alla persona attraverso una successione di immediatezza», ma non anche «le caratteristiche, consumate o tentate, di tali segmenti», come proverebbe la prevista alternativa tra il fine di assicurarsi il possesso e quello, concepibile anche senza previa sottrazione, di procurarsi l'impunità. La motivazione prosegue confutando la configurazione della sottrazione come mero presupposto del reato anziché come suo elemento costitutivo e critica l'assunto per cui il tentativo, nella struttura del reato complesso, sarebbe concepibile solo relativamente al secondo segmento della condotta in ordine di tempo, dopo la compiuta realizzazione del

segmento cronologicamente precedente (11) ; inoltre, facendo leva sul «dato concreto della realtà criminale», ovvero sull'esperienza pratica dell' id quod plerumque accidit, la sentenza nega che la mancata realizzazione della sottrazione escluda l'inequivoca direzione del successivo atto di violenza alla consumazione di una rapina impropria, mentre il riferimento del comma 2 dell'art. 628 «alla sola sottrazione e non anche all'impossessamento», deporrebbe per la configurabilità della rapina impropria «anche se il reo usa violenza dopo la mera apprensione del bene, senza il conseguimento...della disponibilità autonoma dello stesso».

Da ultimo la motivazione sostiene la ragionevolezza dell'estensione del trattamento sanzionatorio della rapina propria alla rapina impropria (nella specie, evidentemente, con riferimento alla fattispecie tentata) «poiché la mancata consumazione della condotta di aggressione al patrimonio o della condotta di aggressione alla persona non fanno venire meno il legame tra le due forme di aggressione».

Come è agevole rilevare, le cadenze argomentative delle Sezioni Unite ripercorrono, senza sostanziali novità, quelle dei precedenti arresti riconducibili all'indirizzo maggioritario ed appaiono condivisibili, come già anticipato, unicamente quanto alla qualificazione della sottrazione come elemento costitutivo del reato anziché come suo presupposto. L'equivoco in cui le stesse sembrano a tratti incorrere consiste nel confondere la fase della sottrazione, ovvero della materiale apprensione, con quella dell'impossessamento, ossia dell'acquisizione di una signoria autonoma sulla cosa, ancorché non definitiva ma limitata ad un breve, seppur apprezzabile, lasso di tempo (12) , come evidenziato, soprattutto, dal citato passaggio per cui la rapina impropria sarebbe configurabile «anche se il reo usa violenza dopo la mera apprensione del bene, senza il conseguimento della disponibilità autonoma dello stesso», il che è "proprio" (e non anche) ciò che la norma esprime. Leggendo doverosamente il comma 2 dell'art. 628 in stretta connessione con il primo, risulta chiaro come il legislatore abbia ben distinto i due momenti, sia per la rapina propria che per l'impropria, ed il fatto che solo per la prima il testo faccia riferimento sia alla sottrazione, cui sono finalizzate la violenza e la minaccia, che all'impossessamento (come momento consumativo del reato), e la seconda solo al conseguimento del possesso trova congrua spiegazione proprio sul presupposto (qui inteso in senso logico e non giuridico-penale) dell'avvenuta sottrazione (sintomatico il testuale riferimento al fine di «assicurare...il possesso della cosa sottratta»). In altri termini, mentre nella rapina propria l'aggressione alla persona è strumentale rispetto alla sottrazione, nella rapina impropria essa è strumentale rispetto all'impossessamento di ciò che si è già sottratto od al perseguimento dell'impunità (se risulta impossibile consolidare gli effetti della sottrazione) ovvero anche rispetto ad entrambi i risultati: ben può, infatti, in via di ipotesi concepirsi, sempre nell'ambito della rapina impropria, che l'agente usi violenza o minaccia tanto per assicurarsi il possesso della cosa già sottratta che per assicurarsi

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

l'impunità. Distinguendo correttamente i due momenti della sottrazione e dell'impossessamento in cui si articola il furto come componente del reato complesso "rapina", sia propria che impropria, si giustifica, dunque, agevolmente la tesi che esclude la configurabilità del tentativo della seconda ove la sottrazione non sia realizzata.

L'implausibilità dell'ammissione del tentativo di rapina impropria con riferimento alla fase della sottrazione della cosa dovrebbe, infine, emergere dalla seguente osservazione: ove l'agente, fallita la materiale apprensione della res, usi violenza o minaccia per assicurarsene il possesso (come la norma incriminatrice prevede), dovendo il conseguimento del possesso essere necessariamente preceduto dalla sottrazione, inizialmente fallita, si verterebbe a pieno titolo nel paradigma della rapina propria, posto che l'aggressione alla persona sarebbe in primo luogo funzionale alla materiale apprensione del bene.

Conclusioni

L'inconsueta struttura della rapina impropria disegnata dal legislatore, nella prospettiva di un evidente rigore sanzionatorio che finisce per equiparare, quoad poenam, due fattispecie sensibilmente diverse e di non equivalente gravità oggettiva, pongono indubbiamente all'interprete difficoltà di non facile soluzione, che giustificano la disparità degli approdi raggiunti dalla giurisprudenza e dalla dottrina, l'una verosimilmente mirante ad esiti prevalentemente sostanzialistici e di difesa sociale e l'altra maggiormente attenta agli aspetti dogmatici e teorici della materia.

La costruzione di un reato complesso le cui componenti, a differenza di quanto normalmente verificabile in figure analoghe, entrano nel fuoco della volontà dell'agente in tempi diversi ed in cui le condotte esecutive si svolgono senza un nesso finalistico originario, tanto da farvi, anzi, ravvisare una «disomogeneità teleologica» (13) , inducono, tuttavia, a propendere per l'orientamento che nega l'ammissibilità del tentativo di rapina impropria in assenza di una sottrazione realizzata; né le motivazioni svolte dalle Sezioni Unite, prevalentemente ricognitive di quelle già precedentemente note ed insolitamente estese da un membro del Collegio diverso dal relatore, su conclusioni difformi del Procuratore Generale, a dimostrazione di un dissenso riprodottosi anche in seno alla suprema istanza nomofilattica, forniscono decisivi argomenti per convincere del contrario.

---

(1) Come ritenuto da G. Marra, Ancora riflessioni sul tentativo nella rapina impropria, in Cass. pen., 2002, 3777 ss., secondo il quale «non può ritenersi esistente un contrasto di giurisprudenza, in quanto le pronunce che negano la possibilità del tentativo sono del tutto isolate e contraddette da numerosissime massime».

(2) Conflitto definito un caso emblematico di «incomunicabilità assoluta tra dottrina e giurisprudenza» da D. Brunelli, Brevi considerazioni sul tentativo di rapina impropria e fattispecie penali con plurimo comportamento, in Cass. pen., 2003, 3627.

(3) L'indirizzo maggioritario è indubbiamente rappresentato da una lunga e risalente serie di arresti conformi, parte dei quali soltanto richiamati dalla sentenza in esame; serie interrotta nel 1999 da Cass., sez. V, Jovanovic, citata in premessa, cui hanno fatto seguito altre pronunce analoghe della V e VI sezione che, seppure, in numero limitato, non possono, tuttavia, essere definite «del tutto isolate», anche perché emesse sino ad epoca recente e con piena consapevolezza del contrasto interno alla Corte.

(4) Sulla figura del reato complesso v. S. Piacenza, voce Reato complesso, in Novissimo Dig. It., XIV, Torino, 1967, 963 ss.; S. Prosdocimi, voce Reato complesso, in Dig. disc. pen., XI, 1996, 212 ss.; G. Vassalli, voce Reato complesso, in Enc. dir., XXXVIII, 1987, 816 ss.

(5) Cfr., in ordine alfabetico, V. Adami, La configurabilità del tentativo del delitto di rapina impropria, in Giust. pen., 1989, II, 699 ss.; G. Alice, Concorso di persone e concorso di reati in tema di tentato furto e tentata rapina impropria, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1980, 960 ss.; F. Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, I, Milano, 1986, 330; C. Baccaredda Boy-S. Lalomia, I delitti contro il patrimonio mediante violenza, in Trattato di diritto penale, Parte speciale, a cura di G. Marinucci-E. Dolcini, Padova, 2010, 449 ss.; D. Brunelli, voce Rapina, in Dig. disc. pen., XI, Milano, 1996, 1 ss., 16 nonché Brevi considerazioni...,. loc. cit.; F. Cingari, Rapina impropria, in Studium Juris, 2002, 642 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, Diritto penale, parte speciale, II, I delitti contro il patrimonio, 4^ ed., Bologna, 2005, 134 ss.; C. Fiore, I limiti della configurabilità del tentativo di rapina impropria, in Foro pen., 1963, 109 ss.; F. Giannelli, Sul tentativo di rapina impropria, in Giur. merito, 1990, 1157 ss.; F. Mantovani, voce Rapina, in Enc. giur. Treccani, XXV, 1991,1, 6 ss. e Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro il patrimonio, 3^ ed., Padova, 2009, 106; V. Manzini, Trattato di diritto penale italiano, IX, 5^ ed., Torino, 1984, 423 ss; T. Padovani, Tentativo di sottrazione e tentativo di rapina impropria, in Giur. it., 1977, II, 229 ss.; G. Pizzuti, voce Rapina, in Enc. dir., XXXVIII, Milano, 1987, 281 ss.; P. Palladino, Rapina impropria e tentativo: contrasti fra giurisprudenza di merito e di legittimità, in Giur. merito, 1997, p. II, 576; S. Prosdocimi, cit.; D. Riponti, Problematiche inerenti al tentativo di rapina impropria ed al concorso formale di reati tra rapina e resistenza a pubblico ufficiale, in Riv. pen., 1992, 375 ss.; M.G. Tascone, Rapina propria, rapina

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO
impropria e tentativo di rapina impropria, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1982, 1615 ss.; V. Zagrebelsky, voce Rapina, in Novissimo Dig. it., XIV, 1967, 778.

(6) V, ex aliis, Cass., Sez. VI, 20 marzo 2012, R., in Ced Cass., 252565; Cass. Sez. I, 31 marzo 2010, Vismara, ivi, 247707; Cass., Sez. I, 14 gennaio 2007, Strimaitis, ivi, 238705; Cass., Sez. I, 18 gennaio 2006, Taddei, ivi, 234069.

(7) Sulla categoria dei presupposti del reato v. Delitala, Raccolta degli scritti, I, Milano, 1976, 139 nonché D. Brunelli, Brevi considerazioni..., loc. cit., secondo cui, adottando un criterio distintivo contenutistico, tale qualificazione spetta ai fatti di per sé leciti, non offensivi di beni e non giuridicamente riprovevoli; nonostante la sua palese illiceità l'A. qualifica, tuttavia, come presupposto la sottrazione della cosa nella rapina impropria, sul rilievo della «disomogeneità teleologica» e dello «scollegamento organizzativo» della sottrazione rispetto al comportamento ulteriore costituito dalla violenza o minaccia.

(8) G. Vassalli, cit ., 838.

(9) Cfr. F. Baldi , In tema di configurabilità del tentativo di rapina impropria, in Cass. pen., 2001, 1215; M. Cerase, in G. Lattanzi-E.Lupo, Codice penale - Rassegna di dottrina e giurisprudenza, XI, Milano, 2000, 143; G. Marra, cit., 3779.

(10) La verifica del rispetto di detti principi è inconsuetamente condotta con riguardo allo stato della giurisprudenza anziché con riferimento al tenore della norma incriminatrice, rischiando per tal via di cristallizzare qualsiasi eventuale errore interpretativo (anche se, in ipotesi, lesivo dello stesso divieto di analogia) nonché di bloccare ogni possibilità di revirement e di plausibili letture alternative.

(11) Così in dottrina S. Prosdocimi, cit ., 219, secondo cui «lo schema del delitto tentato appare riferibile al reato complesso globalmente considerato anche allorquando un troncone della condotta sia giunto a perfezione e l'altro sia rimasto allo stadio del tentativo penalmente significativo, se la porzione della condotta compiutamente realizzata è quella che la norma richiede sia realizzata per prima, oppure allorquando l'ordine cronologico di realizzazione appaia indifferente.....se, viceversa, l'ordine dei fatti è sovvertito rispetto alla sequenza tipica, si impone il ritorno ad una considerazione separata, posto che il reato complesso non consiste, di regola, nella semplice somma di due illeciti, ma nella loro fusione secondo determinati nessi e schemi».

(12) V., al riguardo, Cass., Sez. II, 9 giugno 2010, Pistola, in Giust. pen., 2011, II, 406.

(13) Così D. Brunelli, ult. cit.

LA RESPONSABILITÀ DEL PROPRIETARIO DELL'ANIMALE TRA CASO FORTUITO E COLPA DEL DANNEGGIATO - IL COMMENTO

di Francesca Bertelli(*)

Cass. civ. Sez. III Sentenza, 20 maggio 2016, n. 10402

c.c. art. 2051

c.c. art. 2052

L'orientamento prevalente della Suprema Corte pone in capo al proprietario o a chi si serve dell'animale una vera e propria responsabilità oggettiva. Riproporre riduttivamente la nozione di "caso fortuito", elaborata con riguardo all'art. 2051 c.c., all'ipotesi regolata dall'articolo seguente rende, però, eccessivamente gravosa la prova liberatoria del proprietario o dell'utente dell'animale. La generale impostazione adottata dalle Corti di legittimità e confermata dalla sentenza in esame, infatti, non sembra tener conto della natura complessa della fattispecie di responsabilità oggettiva regolata dall'art. 2052 c.c., visto che non riconosce rilevanza al comportamento soggettivo del danneggiato e alle peculiarità dell'animale, equiparato ad una res.

Sommario: Il caso - La responsabilità oggettiva del proprietario dell'animale - Animali e res, caso fortuito e comportamento dell'animale

Il caso

Tizia, morsicata dal pastore tedesco del convenuto Caio presso l'abitazione di quest'ultimo, lo citava in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni ex art. 2052 c.c. All'esito della ricostruzione probatoria della vicenda, risulta che Tizia, come d'abitudine, si era recata presso l'abitazione di Caio per fargli visita e, introdottasi in una stanza dove si trovavano la moglie di Caio ed il loro cane, era stata morsicata alla mano destra nel tentativo di accarezzarlo, nonostante fosse stata invitata dalla moglie di Caio ad allontanarsi.

In primo grado il Tribunale respinge la pretesa risarcitoria di Tizia: il suo tentativo di accarezzare il cane nonostante il proprio timore per l'animale, noncurante dell'avvertimento della proprietaria, aveva integrato gli estremi del caso fortuito, idoneo ad escludere la responsabilità del proprietario dell'animale. Di contrario avviso si mostra la Corte d'Appello che condanna Caio al risarcimento dei danni sostenendo che il comportamento assunto da Tizia non avrebbe potuto essere considerato caso fortuito, perché Tizia stessa conosceva il cane sin da quando era cucciolo e si recava

spesso presso l'abitazione di Caio, sicché il suo tentativo di accarezzarlo non era connotato dal carattere dell'imprevedibilità, elemento essenziale nella determinazione del caso fortuito. A seguito del ricorso per Cassazione di Caio, la Corte conferma la sentenza impugnata, incentrando la responsabilità prevista dall'art. 2052 c.c. sulla relazione tra il proprietario e l'animale che cagiona il danno.

Tale responsabilità, di natura oggettiva, può venire esclusa soltanto da un fattore imprevedibile, inevitabile ed eccezionale che rilevi sul profilo causale, permettendo di "ricondurre ad un elemento esterno, anziché all'animale che ne è fonte immediata, il danno concretamente verificatosi".

La responsabilità oggettiva del proprietario dell'animale

La conclusione appena sintetizzata riproduce pedissequamente un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato considera la fattispecie dell'art. 2052 c.c. un caso di responsabilità oggettiva(1). Come è noto, non sono mancati i contrasti all'interno dell'evoluzione giurisprudenziale che ha visto affermarsi tale indirizzo su elaborazioni più risalenti nel tempo e maggiormente inclini ad una connotazione soggettiva della responsabilità, in quanto incentrate sull'affermazione di una colpa presunta - iuris et de iure - del proprietario o del custode dell'animale.

Il superamento di quest'ultima ricostruzione costituisce, a sua volta, corollario di una più ampia rimeditazione critica del tema della responsabilità civile, che non ha mancato di considerare i casi regolati dagli artt. 2049 ss. c.c. come espressione di un'esigenza di protezione del danneggiato diversa da quella che governa la clausola generale ed incentrata sulla pericolosità della situazione fattuale contemplata dal legislatore o sul rischio connesso all'esercizio di talune attività(2). Negato valore universale al principio "nessuna responsabilità senza colpa", è parso tuttavia agevole provare a teorizzare in termini egualmente universali anche i casi di responsabilità oggettiva, così da ancorarli ad un unico criterio d'imputazione, sia pure diverso da quello soggettivo che connota l'ipotesi dell'art. 2043 c.c. Limitatamente al caso regolato dall'art. 2052 c.c., il processo di generalizzazione ha condotto dottrina e giurisprudenza a considerare la norma come una sorta di duplicazione dell'art. 2051 c.c., per poi concludere che l'utente dell'animale risponde dei danni da esso provocati in ragione di una relazione di custodia che lo lega ad esso. Si è così negato rilievo alla stessa formulazione letterale della norma, che estende la responsabilità anche a casi in cui una relazione di custodia non è più materialmente riscontrabile, perché l'animale è smarrito o fuggito, allo scopo di ancorare la responsabilità stessa alla previa dimostrazione dell'(astratta) disponibilità materiale dell'animale, superando il più specifico riferimento ad una relazione di strumentalità dell'animale al suo utilizzatore(3).

L'espresso riferimento al caso fortuito ha indotto gli interpreti più numerosi ad ipotizzare che il nesso di causalità tra l'animale e il danno debba essere ricostruito in termini sostanzialmente identici a quelli connotanti la responsabilità del custode(4). La sentenza in commento ribadisce che all'attore spetta unicamente provare il rapporto eziologico tra il comportamento dell'animale (sia esso razionale o irrazionale, prevedibile o imprevedibile) e il danno. Specularmente, in capo al convenuto, l'unica prova liberatoria ammessa è quella concernente l'esistenza di un evento idoneo a rendere l'accadimento dannoso imputabile ad un fattore esterno alla sua sfera soggettiva, imprevedibile, eccezionale ed inevitabile che trova sintesi nella nozione di caso fortuito(5). Per giungere a questa conclusione si è fatto in passato ricorso alla contestata "teoria del rischio", ma l'attribuzione all'art. 2049 c.c. di una portata generale pare difficilmente riconoscibile nel caso in esame e va osservato che l'utilizzazione economica dell'animale non rappresenta elemento costitutivo della fattispecie.

Trova invece piena espressione nel meccanismo di responsabilità oggettiva dell'art. 2052 c.c., la "teoria del pericolo". in base alla quale colui che detiene animali espone la collettività ad un danno potenziale ed è quindi chiamato a rispondere dei danni che si producano colposamente o non colposamente(6). Nell'accertamento delle circostanze che hanno influito causalmente sull'evento lesivo, quindi, a nulla rileva che l'utente dell'animale abbia tenuto o meno comportamenti diligenti nella sua gestione e custodia: assenza di colpa e sfera soggettiva del convenuto, secondo la giurisprudenza in esame, non possono incidere sul nesso eziologico ed interrompere la relazione di causalità tra gli eventi. In via generale, quindi, l'elemento soggettivo non è considerato circostanza impeditiva né, tantomeno, costitutiva, ma è tutt'al più utilizzabile per rafforzare il nesso causale qualora sia evidente che il comportamento non diligente dell'utente abbia inciso sul verificarsi dell'evento dannoso aumentandone la probabilità.

A questa generale affermazione, tuttavia, giurisprudenza e dottrina concordano nell'aggiungere che la colpa del danneggiato (o il comportamento del terzo) rilevano quando siano idonei ad incidere in modo determinante sul rapporto di causalità, diventando quindi causa autonoma del danno stesso, così da rendere il comportamento lesivo dell'animale una conseguenza della loro manifestazione(7). L'osservazione che è naturale muovere, a questo punto della riflessione, costituisce coerente sviluppo delle premesse generali che spiegano la responsabilità oggettiva dell'utente dell'animale: affinché sia garantita un'applicazione uniforme dei principi che giustificano la previsione normativa, la valutazione del caso fortuito deve essere fatta con un giudizio saldamente ancorato alla singola fattispecie e alle sue specificità, anche se resta tuttora poco chiara la ragione per la quale parametri di valutazione di matrice

soggettiva (quali quelli incentrati sul fatto del terzo o del danneggiato) possano coesistere con un criterio d'imputazione univocamente lontano dalla colpa.

Animali e res, caso fortuito e comportamento dell'animale

La contrapposizione tra le soluzioni a rese dai giudici di merito appare ispirata ad un pericoloso arbitrio dell'autorità giudicante, impossibile da prevedere o ricondurre entro ambiti certi. La premessa del caso di specie, cioè il fatto che la danneggiata Tizia avesse previamente tentato di accarezzare il cane prima di riceverne il morso, nonostante la raccomandazione contraria della moglie di Caio, è parsa suscettibile di un'opposta qualificazione giuridica, a seconda che si sia posto l'accento sull'imprevedibilità e imprudenza di tale comportamento (e dunque sulla conseguente rilevanza causale della scelta di Tizia nella determinazione del danno) o sull'oggettiva pericolosità dell'animale, che ha reso il gesto di Tizia inidoneo ad incidere sulla scelta di morderla. Ai sensi degli artt. 2051 e 2052 c.c., il rapporto tra il danno e la sua causa efficiente determina la responsabilità del soggetto preso in considerazione (ora il custode, ora l'utente dell'animale) e in entrambi i casi la prova liberatoria si concretizza nella dimostrazione di un fatto autonomo che s'inserisca come causa indipendente dell'evento lesivo. Visto che si è arrivati ad ipotizzare che, nell'art. 2052 c.c., tra i soggetti gravati alternativamente dalla responsabilità oggettiva vi possa essere anche il custode(8), la scelta del legislatore del 1942 di confermare la distinzione operata nel c.c. del 1865 tra i due casi di responsabilità(9) potrebbe apparire anacronistica.

Dal punto di vista del soggetto a cui l'ordinamento attribuisce la responsabilità, l'art. 2052 c.c. può essere letto come trait d'union tra l'art. 2051 c.c. che fonda la responsabilità su un rapporto di fatto e l'art. 2053 c.c. che la fonda invece su un rapporto di diritto; dal punto di vista della causa del pregiudizio, invece, è lecito chiedersi perché sia stato introdotto il caso specifico del danno prodotto da animali.

Anziché ritenere che il legislatore del 1942 e ancor prima quello del 1865 abbiano anticipato i più recenti interventi a livello di Unione Europea e le pronunce giurisprudenziali che definiscono gli animali "esseri senzienti"(10), distinguendoli dalle res, pare preferibile osservare che la norma in commento è stata per lungo tempo destinata ad inserirsi in un'economia in cui l'animale aveva una funzione diversa da quella attuale e ad operare in un quadro di forte tipizzazione delle ipotesi di responsabilità oggettiva.

Le teorie che ricostruiscono la responsabilità degli artt. 2050-2054 c.c. imputando il danno ad una "cosa irrazionale seagente" trascurano che non sempre è necessario un moto proprio o un'azione dell'elemento produttivo del danno e non permettono di portare alle coerenti conseguenze la distinzione tra questi ed una semplice res(11).

La diversa natura dell'elemento produttivo del danno, al contrario, assume importanza decisiva nella valutazione della stessa incidenza causale degli altri elementi idonei ad incidere sul suo verificarsi. Nonostante si cerchi di definire oggettivamente la nozione di caso fortuito, la giurisprudenza ha riconosciuto che all'interno della struttura eziologica si possano valutare il comportamento del danneggiato e del terzo, in relazione alla fattispecie, e porli come causa autonoma del danno. S'incontrano tuttavia ancora difficoltà ad adattare tale affermazione al caso specifico della responsabilità degli animali e ad evidenziare che l'imprevedibilità dei comportamenti del danneggiato o del terzo può negativamente incidere sulla reazione dell'animale, innescandola e dunque escludendo per ciò solo la possibilità di attribuire alla reazione stessa un ruolo esclusivo nella produzione del danno.

La qualificazione di caso fortuito è stata negata a comportamenti e circostanze difficilmente prevedibili e soprattutto sicuramente idonei a generare reazioni tipiche di una specie animale: secondo la giurisprudenza per la sussistenza della responsabilità dell'utente è sufficiente che il fatto dannoso sia tipicamente derivante dalla natura dell'animale e tuttavia che possa fungere da prova liberatoria la dimostrazione di un comportamento del danneggiato che lo esponga al rischio del danno(12). Visto il difficile bilanciamento di valori e la forte specificità del singolo caso, epurare la fattispecie da connotazioni soggettivistiche della responsabilità sicuramente serve a garantire tutela risarcitoria in tutti quei casi in cui il danno arrecato da animali potrebbe generare problemi di incertezza sulla sua imputazione. Tuttavia, nell'applicazione dell'art. 2052 c.c., rimanere ancorati ad una concezione di caso fortuito che non tenga conto della natura degli animali e permetta arbitrariamente di non attribuire rilevanza a comportamenti del danneggiato che, quand'anche non necessariamente imprevedibili, possano essere considerati privi dell'ordinaria diligenza o colpevolmente diretti ad ingenerare la reazione dannosa dell'animale, pur non rientrando nei parametri della nozione di caso fortuito elaborati per l'art. 2051 c.c., rende veramente gravoso per l'utente fornire la prova liberatoria e non risultare soccombente in giudizio. Nel caso specifico, la conclusione a cui pervengono i due gradi di merito è diametralmente opposta ed egualmente sorretta dall'arbitraria ponderazione del valore attribuito ai diversi fattori presentati dalle parti: in primo grado si è ritenuto che il comportamento di Tizia fosse privo dell'ordinaria diligenza e idoneo ad incidere causalmente sull'evento dannoso, provocando quella reazione aggressiva dell'animale ed escludendo quindi la responsabilità del proprietario; in secondo grado, al contrario, si è scelto di dare maggiore rilevanza al rapporto preesistente tra il cane e l'attrice, negando che il suo tentativo di accarezzarlo (sebbene fosse stata avvertita di non farlo) potesse ingenerare un comportamento violento del cane in virtù del fatto che lo conosceva sin da quando era cucciolo.

Sembra quindi che la soluzione del caso sia determinata dalla propensione dell'Organo giudicante a riconoscere rilievo ad un elemento che concorra causalmente al verificarsi dell'evento dannoso interrompendo il nesso di causalità e ad applicare non solo il primo comma dell'art. 1227, ma anche il suo secondo comma.

Pertanto, è importante che nella presentazione del fatto e nella ricostruzione della fattispecie concreta venga dato rilievo agli elementi su cui si intende far concentrare l'attenzione di chi tratterà la questione, cercando di valorizzarne, a seconda delle necessità, la rilevanza dei singoli fattori che compongono la fattispecie e la loro idoneità ad incidere sul verificarsi dell'evento lesivo, ovvero a sottolineare la pericolosità dell'animale che è fonte immediata del danno tramite un suo comportamento autonomo, non prevedibile e non determinato da fattori esterni.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Sono esemplificative dell'orientamento della giurisprudenza, progressivamente evolutosi da una responsabilità per colpa presunta, ora iuris et de iure, ora iuris tantum, ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva: Cass. 6 gennaio 1983, n. 75, in Giur. it., 1983, I, 1, 1481 ss.; Pret. Forlì 19 febbraio 1986, in Resp. civ., 1986,176 ss.; Cass. 4 dicembre 1998, n. 12307, in questa Rivista, 1999, 653 ss. con nota di E. Filograna, Il mio regno per (colpa di) un cavallo!; in Foro it., 1999, I, 1938 ss. con nota di S. Di Paola, in Circa la responsabilità per danni da caduta da cavallo in maneggio; in Arch. civ., 1999, 581 ss.; in Resp. civ., 1999, 702 ss., con nota di G. Citarella, La natura della responsabilità per danno cagionato da animali; e in Giur. it., 1999, 2048 ss., con nota di A. Baratto, L'equitazione e la responsabilità del gestore del maneggio.; Cass. 16 luglio 2012, n. 12157, in questa Rivista, 2013, 393 ss., con nota di F. Garatti, Danni cagionati da animali in luogo privato: si applica l'art. 2052 c.c.; Cass. 28 luglio 2014, n. 17091, in Rep. Foro it., 2014, voce Responsabilità civile, 5760, n. 319. Torna a orientarsi verso una connotazione soggettiva della fattispecie, riconoscendo un ruolo di responsabilità aggravata e residuale all'art. 2052 c.c., che opera solo quando non sia possibile provare la responsabilità ex 2043 c.c. Trib. Genova 24 marzo 2010, in questa Rivista, 2011, 311 ss., con nota di P. Santoro, Can che abbaia... morde: la responsabilità per fatto dell'animale.

(2) Ex plurimis P. Trimarchi, Rischio e responsabilità oggettiva, Milano, 1961, 1 ss.; M. Comporti, Esposizione al pericolo e responsabilità civile, Napoli, 1965, 1 ss. Un'efficace sintesi del dibattito dottrinale sul tema è ora offerta dallo stesso M. Comporti, Le presunzioni di responsabilità, in Riv. dir. civ., 2000, I, 615 ss.; Id., Fatti illeciti: le responsabilità presunte, sub art. 2047, in Commentario Schlesinger - Busnelli, Milano, 2002, 99 ss.; C. Castronovo, La nuova responsabilità civile3, Milano, 2006, 275 ss.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(3) Nonostante sia evidente che la norma voglia far ricadere la responsabilità per il danno prodotto dall'animale su chi ne ha la materiale disponibilità, non vi è omogeneità di vedute su quale sia il limite della definizione di utente e fino a dove questa possa spingersi: accanto a chi ritiene che la responsabilità non si possa imputare a chi abbia con l'animale un rapporto di mera custodia e privo di un profilo funzionale, vi è chi sostiene che un rapporto di affidamento sia sufficiente per sollevare dalla responsabilità il proprietario e farla invece ricadere in capo al soggetto che abbia il controllo e la disponibilità dell'animale. Cfr. M. Comporti, Fatti illeciti: le responsabilità oggettive, sub art. 2052, in Commentario Schlesinger - Busnelli, Milano, 2009, 356 ss.; M. Franzoni, La responsabilità oggettiva, il danno da cose e da animali, Padova, 1988, 469 ss. Id., L'illecito, Milano, 2010, 465 ss.; P.G. Monateri, Le fonti delle obbligazioni, III, La responsabilità civile, in Trattato Sacco, Torino, 1998, 1061 ss. A livello giurisprudenziale, Cass. 4 dicembre 1998, n. 12307, cit., e Cass. 17 ottobre 2002, n. 14743, in Foro it., 2003, I, 1175 ss., in Dir. ec. ass., 2002, 793 ss. e in Vita not., 2003, 289 ss., sembrano addirittura fondare la responsabilità su un rapporto di utilizzazione economica dell'animale. In Cass. 7 luglio 2010, n. 16023, in Foro it., 2011, I, 1473 ss., invece, si afferma che: "Il rapporto dal quale deriva la responsabilità dell'altro soggetto indicato dipende da un qualsiasi potere di utilizzare l'animale, con il consenso del proprietario, per la realizzazione di un interesse autonomo dal quale trarre profitto, anche se quest'ultimo non è quello stesso che il proprietario avrebbe tratto o di fatto traeva. Potere di utilizzazione, quindi, che non nasce solo da uno specifico diritto reale o personale di godimento, ma che può derivare anche da un rapporto di fatto (reso giuridicamente rilevante dall'art. 2052 c.c.) con l'animale, collegato all'utilizzazione, sia pure temporanea, nel proprio interesse."; in senso parzialmente difforme: Trib. Perugia 4 luglio 1998, in Rass. giur. umbra, 1999, 72 ss., con nota di A. Bellucci; Giud. pace Oristano 29 giugno 1999, in Giud. Pace, 2001, 225 ss.; Cass. 4 febbraio 2014, n. 2414, in Rep. Foro. it., 2014, voce Responsabilità civile, 5760, n. 317. Una riflessione che rende tuttavia a livello processualistico antieconomico negare la responsabilità ex 2052 c.c. di colui che abbia la semplice custodia ma non l'uso dell'animale è che, a questo punto, il proprietario chiamato a rispondere per il danno del proprio animale lasciato in custodia, potrebbe poi agire in regresso verso il custode. Per un'ulteriore riflessione sull'accezione di custodia ricavabile dall'art. 2052 si veda la nt. n. 8.

(4) Cfr. Cass. 13 maggio 1999, n. 4752, in Rep. Foro it., 1999, voce Responsabilità civile, 5760, n. 344; Pret. Salerno, Eboli, 24 giugno 1998, in Arch. civ., 1999, 480 ss.; C.M. Bianca, Diritto civile, V, La responsabilità, Milano, 1994, 722 ss. prescinde dalla abituale mansuetudine dell'animale; M. Comporti, op. cit., 360 ss. fa invece riferimento ad un semplice criterio naturalistico per individuare i fatti propri dell'animale che generano responsabilità ex art. 2052 c.c.

(5) Cass. 23 febbraio 1983, n. 1400, in Resp. civ., 1983, 632 e in Giur. agr. it., 1984, 31 ss., con nota di M. Mazza, Sulla responsabilità per danno cagionato da animale., fa riferimento alla necessità che il caso fortuito assorba per intero il rapporto di causalità tra animale e danno; in questo senso anche Cass. 15 dicembre 2015, n. 25223, in Rep. Foro it., 2015, voce Responsabilità civile, 5760, n. 274; nega qualsiasi sovrapposizione tra ordinaria diligenza, assenza di colpa del proprietario e caso fortuito Cass. 15 aprile 2010, n. 9037, in Foro it., 2010, I, 2705 ss., esclude altresì qualsiasi componente soggettiva del proprietario nella determinazione del caso fortuito Cass. 9 gennaio 2002, n. 200, in Rep. Foro it., 2002, voce Responsabilità civile, 5760, n. 318. Cfr. M. Comporti, op. cit., 352. La definizione che la giurisprudenza dà alla nozione di caso fortuito non aderisce alla classica distinzione penalistica dalla nozione di forza maggiore e fa sì che in concreto qualsiasi elemento esterno, riconducibile all'una o all'atra, impedisca il completarsi della fattispecie di responsabilità come prevista dalla norma. P. Santoro, La guerra delle api: sulla responsabilità oggettiva di un apicoltore, in questa Rivista, 2013, 969 ss., rileva che "la differenza tra le due espressioni si è attenuata fortemente, tanto da essere annullata" e che il legislatore a usa un'unica espressione (il caso fortuito) per comprendere i due fenomeni. L'Autore riformula osservazioni critiche sulla sovrapposizione dei due concetti in Id., Mala bestia è questa mia: sulla responsabilità oggettiva del titolare di un maneggio, in questa Rivista, 2010, 913 ss. (nota a Cass. 21 gennaio 2010, n. 979), suggerendo anche che una lettura bipartita della causa di esclusione della responsabilità sarebbe maggiormente compatibile con la natura oggettiva dell'art. 2052 c.c. - e faciliterebbe la prova liberatoria per l'utente. Della stessa opinione A.P. Benedetti, Responsabilità da cose in custodia tra prova liberatoria e condotta del danneggiato, in questa Rivista, 2010, 459 ss.

(6) Nonostante alcuni autori ravvisino la stessa identità nelle due teorie, tra coloro che le differenziano vi è M. Comporti, op. ult. cit., 64 ss., spec. 73, che, muovendo una critica alla teoria del rischio d'impresa, spiega come la teoria dell'esposizione al pericolo meglio si concili con la natura obiettiva della responsabilità prevista dall'art. 2052 c.c., e, in particolare, afferma che "La relazione tra responsabilità oggettiva e pericolo può perciò giustificarsi giuridicamente in base al principio che colui che esercita attività pericolose o comunque pone in essere situazioni importanti una elevata probabilità di danno per i terzi, deve rispondere di tutti i danni colposamente o non colposamente derivanti da tale attività o situazione". Cfr. anche Id. Esposizione al pericolo e responsabilità civile, cit., 173 ss.

(7) M. Franzoni, Fatti illeciti, sub art. 2052, in Commentario al Codice Civile Scialoja - Branca, Roma, 1993, 616 ss. Già Cass. 26 giugno 1981, n. 4160, in Rep. Foro it., 1981, voce Responsabilità civile, 5760, n. 62 riconosceva come causa di esclusione della responsabilità il caso fortuito che "è riferibile ad ogni ipotesi in cui manchi una

qualsiasi ragione di imputabilità giuridica del danno al soggetto avente la custodia e l'utilizzazione dell'animale e, pertanto, è comprensivo anche del caso della colpa esclusiva del danneggiato."; si veda anche Cass. 23 febbraio 1983, n. 1400, cit. Fa trasparire la necessità di ancorare la valutazione al caso singolo Cass. 19 maggio 2009, n. 11570, in Foro it., 2010, I, 2705 ss. Nonostante sia ormai pacifico che il comportamento del danneggiato che si esponga autonomamente al pericolo possa rientrare nelle ipotesi di "caso fortuito" e permetta in astratto di applicare l'art. 1227 c.c., i contorni di questa valutazione rimangono fortemente ancorati ad una valutazione che, oltre a doversi necessariamente sviluppare sul caso singolo, è caratterizzata da una forte discrezionalità interpretativa e da una potenziale incongruenza con l'obiettività della responsabilità dell'art. in commento. In questo senso, seppur con riferimento all'art. 2051 c.c., A. P. Benedetti, La responsabilità da cose in custodia tra prova liberatoria e condotta del danneggiato, cit., osserva che "La valutazione della mera rilevanza causale della condotta della vittima (che si sarebbe portati a ritenere come garanzia di 'oggettività' del giudizio delle Corti), senza alcuna considerazione circa la sua "colpa", è in qualche modo 'muta' e pertanto soggetta ad esiti assolutamente divergenti ed imprevedibili, se non addirittura colorati di una certa arbitrarietà. (...) tenendo conto della 'colpa' del danneggiato, sarebbe possibile valutare in modo più equilibrato e complessivo il ruolo svolto dalle parti nel verificarsi di un sinistro, in modo da giungere più rapidamente ad una soluzione equa e soddisfacente della controversia, mediante una ripartizione delle conseguenze del sinistro tra i soggetti coinvolti.". Cfr. anche A. Jannarelli, sub art. 2051: danno cagionato da cosa in custodia, in Commentario Gabrielli, Milano, 2011, 292 ss.

(8) Sulla responsabilità alternativa e non solidale dei soggetti chiamati a rispondere dell'evento dannoso si vedano Pret. Torino 4 ottobre 1991, in Arch. civ., 1992, 311 ss. e in Nuovo dir., 1992, 369 ss.; Cass. 22 dicembre 2015, n. 25738, in Rep. Foro it., 2015, voce Responsabilità civile, 5760, n. 275. Cass. 11 dicembre 2012, n. 22632, in Giust. civ., 2013, I, 83 ss. e in Resp. civ., 2013, 858 ss., con nota di L. Felleti, La nozione di utente dell'animale ai sensi dell'art. 2052 c.c.: punti fermi e questioni ancora aperte dove l'A. fa riferimento alle perplessità che sussistono sull'identificazione del soggetto utente dell'animale che si qualifica pacificamente tale se è indipendente dal proprietario e portatore di un interesse proprio, meno pacificamente in caso di semplice custode. A riguardo, è calzante l'intuizione di M. Franzoni, op. ult. cit., 607 e Id., L'illecito, cit., 531 ss. il quale differenzia l'accezione di custodia dell'art. 2051 c.c. da quella dell'art. 2052 c.c. in quanto ritiene che, in quest'ultimo caso, la custodia vada intesa come disponibilità materiale e contrapposta alla situazione di smarrimento. Cfr. anche C. Cavajoni, sub. art. 2052: danno cagionato da animali, in Commentario Gabrielli, cit., 306 ss., spec. 308.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(9) Il riferimento è agli artt. 1153 e 1154 c.c. del 1865, per i quali qualche studioso con idee pionieristiche aveva già avanzato teorie sulla lettura della responsabilità in chiave oggettiva. Cfr. Comporti, Fatti illeciti: le responsabilità oggettive, cit., 345 ss.

(10) Una puntuale analisi del tema è ora offerta da F. Garatti, La questione animale e le funzioni della responsabilità civile, in Contr. impr. Eur., 2014, 735 ss.

(11) Espone la teoria della responsabilità per il danno prodotto da cosa irrazionale seagente D. De Martini, I fatti produttivi di danno risarcibile, Padova, 1983, 196 ss.; si riferisce all'irrazionalità come caratteristica ontologica degli animali Cass. 9 aprile 2015, n. 7093, in Giur. it., 2015, 1062 ss., con nota di P. Valore, La responsabilità del gestore di maneggio. Cfr. P. G. Monateri, Illecito e Responsabilità civile, II, in Trattato di diritto privato a cura di Bessone, 10, Torino, 2002, 117 ss. che, trattando congiuntamente "le cose e gli animali" ricorda l'orientamento che faceva riferimento al "dinamismo connaturato alla cosa".

(12) Trib. Pordenone 10 aprile 1989, in Foro it., 1989, I, 2950 ss., esclude la responsabilità del proprietario per il danno prodotto in conseguenza di un comportamento autonomo e non prevedibile della vittima che nello specifico, introdottasi di sua iniziativa in un recinto in cui era custodito un toro, era stata travolta e ferita, riportando lesioni che ne provocavano in decesso dieci giorni dopo. Contrariamente, Cass. 20 luglio 2011, n. 15895, in questa Rivista, 2012, 273 ss., con nota di S. Barbaro, La Cassazione interviene ancora sull'aggressione da parte di animali e in Resp. civ., 2012, 674 ss., con nota di A. Sgambati, Danno cagionato da animali, responsabilità oggettiva e caso fortuito, ribaltando le sentenze dei gradi di merito, condanna ex 2052 c.c. il proprietario di un cane per i danni da questo arrecati ad una bambina che si era introdotta nella sua proprietà dove il cane era libero, sfruttando un accesso non debitamente ser

LA NUOVA LEGGE SUL MALTRATTAMENTO DEGLI ANIMALI: SANZIONI E AMMENDE PER I COMBATTIMENTI CLANDESTINI E PER CHI ABBANDONA

Ardia Paolino

L. 20-07-2004, n. 189

Sommario: L'uccisione di animali - Il maltrattamento di animali - Divieto di utilizzo a fini commerciali di pelli e pellicce - Gli spettacoli e le manifestazioni vietati e il divieto di combattimento tra animali - La fattispecie di abbandono di animali - Le modifiche alle disposizioni di coordinamento

Le linee generali dell'intervento

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

La *l. 20 luglio 2004, n. 189* (l. in commento), intitolata «Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate», costituisce il frutto di un lungo *iter* parlamentare che ha visto nel corso della legislatura il susseguirsi di numerosi progetti di legge accomunati da un duplice obiettivo: da un lato, il rafforzamento delle norme poste a tutela degli interessi degli animali e, dall'altro, l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici tese a contrastare alcune attività della criminalità organizzata aventi ad oggetto il loro sfruttamento (1) .

In effetti, occorre subito riconoscere l'insufficienza dell'apparato normativo previgente per la repressione delle forme più odiose di vessazione nei confronti degli animali, considerato che la precedente versione *dell'art. 727 c.p.*punivа con la sola pena dell'ammenda le condotte di maltrattamento dirette contro questi ultimi.

L'infelice scelta sanzionatoria - mantenuta ferma anche dopo la riforma del 1993 - aveva, invero, l'effetto pratico di bagatellizzare il reato, rendendo la contravvenzione sempre oblazionabile e neutralizzando del tutto l'apparato costituito dalle numerose pene accessorie (2) . È chiaro che in un simile contesto normativo l'effetto deterrente della sanzione penale era molto affievolito, specie se si pensa alle condotte di maltrattamento degli animalicommesse in occasione di attività economiche, dove il rischio della pena poteva tranquillamente essere monetizzato come qualsiasi altro costo di produzione. Da questo punto di vista, l'inasprimento sanzionatorio realizzato dalla riforma, accompagnato dalla configurazione delittuosa delle fattispecie di uccisione e maltrattamento, rappresenta senz'altro un primo indice della volontà del legislatore di rafforzare in maniera tangibile l'effettività delle norme penali a tutela degli animali (3) .

Nella medesima prospettiva possono apprezzarsi alcune nuove disposizioni concernenti le pene accessorie e la vigilanza.

Con il nuovo art. 544- *sexies* c.p., infatti, sono state introdotte la confisca obbligatoria dell'animale ai danni di chi sia stato condannato, anche *ex art. 444 c.p.p.* , per uno dei delitti disciplinati dalla presente legge e la pena accessoria della sospensione da tre mesi a tre anni dalle attività di trasporto, commercio o allevamento eventualmente svolte dal reo, passibile di tramutarsi in interdizione in caso di recidiva specifica (4) .

In secondo luogo, l'art. 6 l. in commento impone al Ministro dell'interno di stabilire con un proprio decreto le modalità di coordinamento delle forze dell'ordine nell'attività di prevenzione e repressione degli illeciti di cui qui si discute, riconoscendo a tal fine anche il ruolo delle guardie particolari giurate e delle associazioni animaliste, alle quali - sebbene in relazione ai soli animali di affezione - pure spetta la vigilanza sul rispetto delle nuove disposizioni e delle altre norme dirette alla protezione degli animali.

Alla riferita volontà di rafforzare la tutela degli animali, manifestata attraverso le innovazioni descritte, non si è tuttavia accompagnata, almeno da un punto di vista lessicale, un'esplicita presa di posizione del legislatore a favore di una loro

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

protezione *diretta*, giacché il nuovo Titolo IX- *bis* c.p., introdotto dalla legge in commento, è dedicato ai delitti contro «il sentimento per gli animali» (5) , collocandosi così nel solco di una tradizione che affonda le sue radici nell'art. 491 del codice Zanardelli del 1889, in passato bollata come «antropocentrica» (6) e considerata per ciò poco rispettosa degli interessi animali.

Com'è noto, infatti, la dottrina più risalente riteneva che nella sua formulazione originaria *l'art. 727 c.p.* tutelasse nient'altro che il «sentimento di pietà nell'uomo connaturato anche verso gli animali e la ripugnanza e il ribrezzo che gli atti preveduti destano nella comunità. La crudeltà, di qualsiasi specie (...), contrasta con la gentilezza dei costumi e con ogni senso umano di compassione, divenendo scuola d'insensibilità alle altrui sofferenze, che si estendono dagli esseri inferiori al proprio simile: *saevitia in bruta est tirocinium crudelitatis in homines*» (7) .

La scelta operata dal legislatore sembrerebbe dunque porsi in linea con l'orientamento tradizionale, nonostante le tendenze (8) già emerse con la riforma del 1993 (9) e anticipate da talune prese di posizione giurisprudenziali (10) , che reclamavano forme di tutela direttamente calibrate sulla sensibilità degli animali vittime dell'uomo.

Come si mostrerà attraverso l'esame delle singole disposizioni, sebbene tali istanze si riflettano in parte nella struttura delle fattispecie che espressamente incriminano le condotte lesive dell'integrità fisica dell'animale, all'interno delle quali i patimenti sofferti hanno un ruolo importante nel delineare la tipicità della condotta, la maggiore attenzione alla salvaguardia della sensibilità dell'animale non ha determinato, come esito ultimo, l'attribuzione di diritti in capo ai medesimi, secondo le più moderne istanze del cd. *animal rightism* (11) .

Più modestamente, il legislatore - forse inconsapevolmente, ma in maniera del tutto esplicita - ha adottato la più realistica concezione del cd. *animal welfare* (12) , recentemente recepita dal documento elaborato dal Comitato nazionale di bioetica del 19 settembre 2003 (13) relativo all'ammissibilità delle macellazioni rituali, dove si afferma che l'innegabile superiorità della specie umana non può certo giustificare la sopraffazione arbitraria di tutte le altre specie animali, bensì impone all'uomo un dovere di cura degli altri viventi coinvolti nelle sue attività, che devono essere svolte minimizzando le sofferenze imposte agli animali e garantendone, per quanto possibile, il benessere.

In tale prospettiva si comprende che la tutela degli animali, per quanto la si voglia definire diretta, si rivela pur sempre relativa, nel senso che la sua ampiezza varia a seconda di ciò che l'uomo considera necessario - o, forse, anche solo utile o opportuno - nell'esercizio di tutte quelle attività che coinvolgono gli animali. È chiaro, dunque, che un parametro culturale tipicamente umano (si potrebbe anche dire necessariamente antropocentrico) è *de lege lata* comunque indispensabile per delineare lo spazio di tutela degli animali (14) e, soprattutto, anche per garantirne l'effettività, giacché sarebbe difficile ottenere l'osservanza di norme che, sanzionando fatti non avvertiti come carichi di disvalore, si rivelerebbero contrastanti con il diffuso sentire sociale (15) .

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

L'individuazione del bene giuridico protetto dalle nuove disposizioni nel diritto degli animali alla vita e a non soffrire appare dunque una forzatura che non trova riscontro nel tenore letterale delle norme. Invero, pur prescindendo dall'ovvia considerazione che il diritto è inevitabilmente un fenomeno umano concepito per la salvaguardia di interessi prettamente umani, deve riconoscersi che persino le fattispecie dirette a reprimere le condotte più gravemente lesive degli interessi degli animali continuano ad essere costruite avendo come punto di riferimento valori e necessità pur sempre riferibili all'uomo. Pertanto, il bene che giustifica l'incriminazione delle condotte dirette contro gli animali continua ad essere la sensibilità diffusa nella collettività, alla quale ripugna l'inflizione di sofferenze non necessarie ad esseri senzienti, i quali fatalmente riceveranno una tutela soltanto mediata, riflesso dell'avanzamento di tale sentimento (16) .

L'accoglimento di una tale prospettiva sconta ovviamente la possibilità che la tutela offerta agli animali muti con il variare della sensibilità umana di fronte a talune attività ritenute non più ammissibili. È questo il caso paradigmatico offerto dalle direttive comunitarie 2003/15/CE e 2003/80/CE (recentemente recepite dall'Italia), che impongono ai Paesi membri della Comunità europea il progressivo abbandono di tecniche di sperimentazione e commercializzazione di prodotti cosmetici testati sugli animali, essendo ormai giudicata intollerabile l'imposizione di pesanti sofferenze agli animali per soddisfare un bisogno umano sicuramente voluttuario, per di più in un campo dove è possibile ricorrere a tecniche scientifiche alternative (17) .

Del resto, che l'ampiezza della tutela accordabile agli animali dipenda dal livello di penetrazione culturale raggiunto nella società dal tema del rispetto di tali creature, è dimostrato anche dall'apposita previsione, introdotta con l'art. 5 della legge in esame, di specifiche attività formative che nei luoghi di studio ed educazione lo Stato e le regioni possono promuovere, proprio allo scopo di aumentare la sensibilità collettiva su tali questioni (18) .

Sebbene l'adozione di una prospettiva relativa nella tutela degli interessi animali sia dunque alla base dell'intervento di riforma (e, probabilmente, nel contesto culturale attuale costituisca l'unica via percorribile), non può non rilevarsi che la contemporanea presenza di due gruppi di interessi sostanzialmente confligenti - quello degli animali, da un lato, e quelli dell'uomo a ricavarne le maggiori utilità possibili, dall'altro - determina problemi interpretativi rispetto alle norme contenute nella legge in esame, originati proprio dal sovrapporsi di piani difficilmente conciliabili. Nel prosieguo dell'indagine non si mancherà di sottolineare i punti di emersione di questo contrasto, capace di determinare vere e proprie torsioni esegetiche.

L'uccisione di animali

Una delle novità di maggior rilievo contenute nella legge in esame è rappresentata dall'art. 544- *bis* c.p., che punisce con la reclusione da tre a diciotto mesi chiunque - quindi anche il proprietario - cagiona la morte di un animale.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Con tale disposizione il legislatore ha colmato un'inspiegabile lacuna del precedente assetto normativo, là dove la morte dell'animale era contemplata esclusivamente quale circostanza aggravante della condotta base di maltrattamento descritta dal vecchio *art. 727 c.p.* , ovvero quale evento tipico del diverso reato previsto *dall'art. 638 c.p.* , posto a tutela di interessi esclusivamente patrimoniali [19] estranei alla sfera del soggetto agente. Ne derivava, dunque, una situazione paradossale in cui l'uccisione gratuita dell'animale proprio, ovvero *res nullius*, non era autonomamente sanzionata, sfuggendo addirittura del tutto al rimprovero penale se non integrata dalle modalità tipiche del maltrattamento [20] disegnate *dall'art. 727 c.p.*

L'irragionevolezza di un simile risultato - già sottoposta all'attenzione dalla Corte costituzionale [21] - è stata ora eliminata attraverso una fattispecie delittuosa che nella descrizione della condotta in parte ricalca la norma incriminatrice dell'omicidio, tanto che tra i primi commentatori [22] della riforma si è proposto il ricorso al neologismo*animalicidio* per indicare il nuovo reato.

La formulazione della norma pone subito un problema interpretativo di rilievo, vale a dire cosa debba concretamente intendersi per animale ucciso (o anche solo maltrattato, ai sensi del successivo art. 544- *ter* c.p.).

Il problema deriva dal fatto che il legislatore, riproponendo una formulazione normativa già utilizzata dalle precedenti versioni *dell'art. 727 c.p.* - e a differenza di quanto avviene in alcune legislazioni speciali [23] e straniere [24] -, nella descrizione della condotta usa semplicemente il termine *animale*, il quale, di per sé, appare riferibile anche alle numerosissime specie di artropodi che popolano il pianeta, con ciò aprendo la strada ad interpretazioni assai late delle nuove fattispecie.

Invero, in passato la dottrina proponeva un'interpretazione restrittiva del termine animale, facendo leva sulla configurazione del bene giuridico: se quest'ultimo, infatti, doveva identificarsi nel senso di pietà suscitato nell'uomo dalle condotte di maltrattamento, era ragionevole ritenere che solo le condotte dirette contro gli animali con i quali più stretti sono i rapporti domestici, ovvero quelli collocati ai livelli più alti della scala zoologica, potessero avere rilevanza penale, essendo le uniche in grado di incidere sulla sensibilità umana [25] .

Tuttavia, in coincidenza con la prima riformulazione *dell'art. 727 c.p.* , aveva iniziato ad emergere un'interpretazione più ampia del concetto di animale, «comprensiva di tutte quelle specie verso le quali l'uomo possa adottare atteggiamenti socialmente apprezzabili (...) che nella scala zoologica occupano un gradino relativamente meno elevato» [26] . Tale conclusione, tenuto conto dei rilievi formulati in merito al bene giuridico tutelato dalle norme in esame, sembrerebbe dunque rimanere valida anche rispetto all'attuale fattispecie.

Alcuni tra i primi commentatori della norma attuale, pur consapevoli delle possibili «interpretazioni grottesche» della fattispecie, hanno però affermato che la nozione di animale adottata dal legislatore sostanzialmente coincide con quella biologica, senza alcun riguardo all'effettiva classificazione zoologica [27] .

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

È evidente che l'accoglimento di una simile prospettiva comporterebbe un'espansione indiscriminata della disposizione in esame, tenuto altresì conto che non sono neppure previsti filtri particolari sul versante dell'elemento soggettivo, il quale deve identificarsi, anche alla luce delle precisazioni che si svolgeranno in merito alle modalità esecutive della condotta, col dolo generico [28] .

Per evitare un simile effetto, può rivelarsi utile la valorizzazione degli aspetti peculiari della prospettiva animalista.

Invero, le teorie più avanzate a sostegno dei cd. «diritti» degli animali argomentano a partire dalla loro qualità di pazienti morali [29] , vale a dire di soggetti in grado di provare dolore e sofferenza e per ciò meritevoli di ricevere un trattamento che minimizzi tali eventualità negative [30] . Se questo è il presupposto legittimante la tutela degli interessi degli animali, allora è possibile sostenere che essa possa coerentemente essere indirizzata soltanto nei confronti di quegli animali nei quali più accentuata è la capacità di soffrire e provare dolore, quali tipicamente sono i vertebrati dotati di un sistema nervoso centrale sviluppato ed escludendo, per tale via, gli insetti e gli altri animali più semplici dall'ambito di operatività della fattispecie in esame [31] .

Quella appena riferita è però soltanto una proposta interpretativa che a sua volta, oltre a non fornire un criterio discretivo preciso, non trova neppure piena corrispondenza nel testo della norma, sicché è ben possibile immaginare che nella prassi l'ampiezza della previsione possa comunque prestarsi ad applicazioni discutibili.

A tale rilievo deve aggiungersi che la condotta tipizzata diventa penalmente rilevante solo là dove l'uccisione dell'animale avvenga per crudeltà o senza necessità. In altre parole, la vita degli animali - per quanto rappresenti l'interesse principale attribuibile a tali creature [32] - non è tutelata in maniera assoluta, bensì patisce una serie di limitazioni a seconda dell'ampiezza riconosciuta al concetto di necessità richiamato dal legislatore, rendendo la similitudine con l'omicidio ancora più labile.

La nozione di necessità che viene qui in rilievo, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, non deve confondersi con la necessità scriminante individuata *dall'art. 54 c.p.* , bensì va intesa in senso relativo, avendo riguardo ai «bisogni sociali o ⁅d⁆a pratiche, generalmente adottate, di una determinata industria, di un mestiere o di uno sport, quando il fatto non sia espressamente vietato da una norma giuridica speciale o non ecceda i limiti del consentito» [33] .

La necessità richiamata dalla nuova fattispecie costituisce dunque il parametro culturale e normativo al quale rapportare il grado di compressione ammissibile degli interessi animali cui si faceva riferimento nel paragrafo precedente e da esso dipende, in definitiva, il perimetro della tutela mediata riconosciuta a tali creature. Invero, quest'ultima, se per un verso è inevitabilmente condizionata al grado di sensibilità complessivamente raggiunto dalla società rispetto al problema della tutela degli animali, dall'altro può essere più correttamente apprezzata avendo chiari i poli degli interessi in conflitto, rappresentati dall'interesse a non infliggere agli animali sofferenze inutili e dalle oggettive utilità che si pretende di ricavare lecitamente dagli animali [34] .

Ciò detto, deve tuttavia rilevarsi che il requisito della necessità, pur inteso nel senso chiarito, sembra restare comunque avvolto da un alone di indeterminatezza che fatalmente condiziona l'equilibrio degli interessi in gioco, giacché manca qualsiasi parametro ulteriore che, similmente a quanto disposto *dall'art. 54 c.p.* , ne definisca il contorno preciso (35) . L'eventualità che il singolo interprete si faccia portatore di una personale sensibilità rispetto al tema degli interessi degli animali è dunque forte e con esso il rischio di applicazioni arbitrarie della nuova disciplina, già rese possibili dalla difficoltà di definire un concetto univoco di animale.
Le medesime preoccupazioni sono suscitate dalla seconda modalità di commissione del fatto. L'art. 544- *bis* c.p. punisce, infatti, anche l'uccisione che, pur ritenuta necessaria e per tale motivo astrattamente lecita, sia comunque attuata con modalità che comportino inutili patimenti per chi la subisce. Invero, nonostante l'espressione «per crudeltà» impiegata dal legislatore possa far pensare ad una condotta qualificata solamente dalla particolare riprovevolezza del sentimento che anima l'agente (36) , deve ritenersi che essa si riferisca a quei fatti che comportino l'inflizione di gravi sofferenze fisiche senza apportare alcun'apprezzabile utilità al perseguimento delle attività umane(37) , per quanto queste ultime possano in sé essere generalmente ritenute ammissibili o necessarie (38) .

Il maltrattamento di animali

Le osservazioni finora svolte possono essere integralmente riferite anche alla figura di maltrattamento di animaliintrodotta dal nuovo art. 544- *ter* c.p., che punisce con la pena della reclusione da tre mesi a un anno o con la multa da 3 mila a 15 mila euro chiunque, per crudeltà o senza necessità, cagiona una lesione ad un animale, ovvero lo sottopone a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche. Come si vede, tale fattispecie riproduce in parte le note modali dell'art. 544- *bis* e si differenzia dalla precedente formulazione *dell'art. 727 c.p.* per essere focalizzata in maniera più esplicita sulla causazione di gravi sofferenze fisiche nei confronti dell'animale.
Il primo evento tipico della condotta di maltrattamento consiste nella produzione di una vera e propria lesione ai danni dell'animale. Quest'ultima sembra doversi intendere nello stesso senso fatto proprio dagli *artt. 582 e 590 c.p.* (39) , vale a dire come una malattia incidente sull'integrità fisica dell'essere senziente.
Allo stesso modo, anche la sottoposizione a sevizie o a comportamenti - di cui le fatiche e i lavori sembrano rappresentare delle mere esemplificazioni - insopportabili per le caratteristiche etologiche evocano il patimento di una grave sofferenza fisica, con ciò ribadendo la necessità di tale elemento quale espressione concretamente lesiva(40) della sensibilità dell'animale.
Tale interpretazione, del resto, coincide con l'orientamento giurisprudenziale formatosi sotto il vigore della precedente disciplina, secondo il quale la sofferenza fisica effettivamente patita costituiva un elemento di fattispecie utile a contenere la

latitudine altrimenti indefinita della norma penale, eliminando così il possibile contrasto con *l'art. 25 comma 2 Cost.* [41] .
In merito alla descrizione della condotta tipica prevista dal comma 1 dell'art. 544- *ter* c.p., è da osservare che i comportamenti, le fatiche o i lavori cui l'animale è sottoposto continuano, alla stregua della scelta già operata con la riforma del 1993, ad essere definiti *insopportabili*: ciò, se da un lato rende penalmente rilevanti soltanto le condotte produttive di sofferenze veramente gravi, dall'altro circoscrive l'operatività della fattispecie rispetto alla versione originaria *dell'art. 727 c.p.* [42] , la quale qualificava i lavori cui erano sottoposti gli animalisemplicemente come *inadatti* a causa dell'età o dello stato di salute dell'animale.
La sopportabilità dei patimenti imposti agli animali deve, infine, essere rapportata alle caratteristiche etologiche di ciascuna specie, da ricostruire sulla base delle indicazioni fornite dalle scienze naturali. A tale proposito può osservarsi che, sebbene in giurisprudenza si sia sostenuto che il rinvio a tale requisito conferisca alla fattispecie «la necessaria determinatezza, così ottemperando al principio di legalità di cui *all'art. 25 comma 2 Cost.* » [43] , un simile parametro, unito alla duplice difficoltà di determinare in concreto la sofferenza patita dall'animale e di circoscrivere i casi di effettiva necessità delle condotte lesive, sembra acuire i problemi di indeterminatezza della fattispecie.
Il comma 2 dell'art. 544- *ter* c.p. estende, a sua volta, le pene stabilite dal primo comma a chi somministra agli animali sostanze stupefacenti o vietate, ovvero li sottopone a trattamenti produttivi di un danno alla loro salute.
In merito a tale disposizione - a parte il rilievo che l'ultima delle condotte citate parrebbe già perfettamente rientrare nella disposizione del comma 1, rivelandosi, per tale ragione, del tutto superflua -, suscita perplessità il generico riferimento alle sostanze stupefacenti somministrate, giacché per la loro esatta individuazione non sono offerti parametri normativi precisi, come quelli ad esempio utilizzati dagli artt. 13, 14 e 73 ss. t.u.l.stup., ai quali sembra comunque opportuno fare riferimento, attesa la mancanza di una definizione legislativa univoca di sostanza stupefacente [44] .
L'ultimo comma della fattispecie in esame, infine, prevede una circostanza aggravante ad effetto speciale, applicabile nel caso in cui dai fatti tipizzati al primo comma derivi la morte dell'animale. A questo proposito può rilevarsi che, per effetto di tale aggravante, il livello sanzionatorio della norma in commento può giungere ad eguagliare quello previsto dalla fattispecie di uccisione di animali, dove però l'evento morte è coperto dal dolo dell'agente, mentre nel caso in esame pare essergli imputato solo oggettivamente.
A conclusione delle osservazioni relative alle due fattispecie sinora esaminate, resta da rilevare che la loro formulazione attuale sembra ridurre drasticamente l'ambito di operatività *dell'art. 638 comma 1 c.p.* Difatti, quest'ultima disposizione, a seguito delle modifiche disposte dall'art. 1 comma 2 l. in commento, è ora applicabile unicamente «salvo che il fatto non costituisca più grave reato». E tali devono essere considerati proprio i fatti di uccisione e maltrattamento di animali, i quali, se da un lato sembrano

assorbire nella totalità dei casi la condotta descritta *dall'art. 638 c.p.* , dall'altro sono sanzionati con una pena più severa rispetto a quest'ultimo, rendendolo praticamente inapplicabile [45] .
Un residuo margine di operatività può essere viceversa riconosciuto alla fattispecie prevista dal comma 2 *dell'art. 638 c.p.* , giacché tale ultima disposizione prevede una pena più elevata di quella stabilita negli artt. 544- *bis* e 544-*ter* c.p., nel caso in cui l'uccisione o il danneggiamento avvengano nei confronti di tre o più capi di bestiame raccolti in gregge o mandria ovvero di bovini od equini altrui.

Divieto di utilizzo a fini commerciali di pelli e pellicce

L'art. 2 della legge in esame punisce con la pena dell'arresto da tre mesi ad un anno o con l'ammenda da 5 mila a 100 mila euro la condotta di chiunque utilizza cani e gatti per la produzione o il confezionamento di pelli, pellicce, capi di abbigliamento e articoli di pelletteria costituiti od ottenuti, anche in parte, dalle pelli o dalle pellicce di tali animali, prevedendo altresì che in caso di condanna debba essere sempre disposta la confisca e la distruzione degli oggetti materiali del reato.

A parte il rilievo che siffatta contravvenzione ha una portata piuttosto ampia, giacché punisce anche fatti meramente colposi, la norma in commento sembra costituire il simbolo dell'equilibrio precario tra gli interessi umani e quelli animali.

Invero, essa punisce condotte ritenute pacificamente consentite se riferite agli animali che sogliono essere impiegati in tali attività manifatturiere o commerciali, le quali in questo caso acquisiscono rilievo penale non tanto perché lesive di uno specifico interesse animale dotato di valenza oggettiva, quanto piuttosto perché offendono i particolari sentimenti di affezione che le specie menzionate, per la diffusissima condivisione degli ambienti domestici, suscitano agli occhi dell'uomo.

Come si vede, gli interessi degli animali qui non ricevono una tutela neppure mediata, prestandosi la norma a sanzionare persino le attività che in concreto non abbiano comportato alcuna sofferenza non necessaria per gli animali impiegati nel confezionamento di pelli o pellicce. È evidente, allora, che l'unico bene realmente preso di mira dall'incriminazione in esame è il sentimento di affezione generalmente diffuso nei confronti dei cani e dei gatti, a conferma indiretta di quanto rilevato nei paragrafi precedenti a proposito dei reati di uccisione e maltrattamento di animali.

Gli spettacoli e le manifestazioni vietati e il divieto di combattimento tra animali

Con l'introduzione degli artt. 544- *quater* e 544- *quinquies* c.p., la legge in commento interviene a sanzionare condotte che, pur avendo ad oggetto fatti connessi allo sfruttamento degli animali, sembrano piuttosto riferirsi a talune attività tipiche della criminalità organizzata.

L'art. 544- *quater*, infatti, riprendendo la disposizione contenuta nel comma 4 *dell'art. 727 c.p.* , punisce («salvo che il fatto non costituisca più grave reato») con la pena della

reclusione da quattro mesi a due anni la condotta di chiunque organizza o promuove spettacoli che comportino sevizie o strazio per gli animali [46] .
L'autonoma configurazione di tale disposizione - la cui condotta potrebbe in astratto già rientrare nella fattispecie di maltrattamento di animali - si giustifica con la volontà del legislatore di irrogare, nei confronti di quei soggetti che assumono un ruolo preminente nell'organizzazione di attività che determinano gravi lesioni agli interessi degli animali, una pena più severa di quella derivante dalla semplice applicazione dell'aggravante prevista *dall'art. 112 comma 1 n. 2 c.p.* [47] .
A tale proposito, lo strazio e le sevizie, solitamente caratterizzati, rispettivamente, dall'atrocità del dolore inflitto e dalla ferocia del tormento [48] , costituiscono un endiadi che sottolinea il grado elevato di sofferenza fisica cui sono sottoposti gli animali in occasione delle manifestazioni o degli spettacoli in questione.
Funzionali al contrasto delle attività illecite del crimine organizzato sono, inoltre, alcune delle aggravanti ad effetto speciale previste dal comma 2 della norma in esame, le quali stabiliscono un aggravamento della pena da un terzo alla metà se i fatti tipizzati al comma 1 sono commessi «in relazione» all'esercizio di scommesse clandestine, ovvero al fine di trarne profitto per sé o per altri. Il dolo specifico di profitto non solleva problemi particolari, fatto salvo il rilievo che difficilmente tale aggravante potrà concretamente non operare, essendo inverosimile che chi organizza o promuove spettacoli o altre manifestazioni del genere di cui qui si discute non sia animato da un fine di profitto. Quanto all'altra circostanza, deve invece rilevarsi che la funzionalizzazione del fatto all'esercizio di scommesse clandestine implica un legame psicologico effettivo, consistente quantomeno nella consapevolezza in capo al reo che lo spettacolo organizzato possa costituire occasione per la raccolta o l'effettuazione di scommesse non autorizzate.
L'ultima aggravante prevista dal comma 2 si configura se dai fatti descritti deriva la morte dell'animale, riproducendosi così la medesima previsione già esaminata in relazione al reato di maltrattamento degli animali.
Spostando l'attenzione sull'art. 544- *quinquies* c.p., può osservarsi che questa è la fattispecie più chiaramente indirizzata a contrastare l'illecito sfruttamento degli animali, tanto che nella sua struttura gli interessi di questi ultimi, pur non scomparendo del tutto, sembrano restare sullo sfondo, lasciando emergere esigenze di repressione tipicamente connesse alle attività criminali.
Invero, la norma punisce con la pena della reclusione da uno a tre anni e con la multa da 50 mila a 160 mila euro la condotta di chiunque promuove, organizza o dirige combattimenti o competizioni tra animali non autorizzate[49] , tali da metterne in pericolo l'integrità fisica.
Ancora una volta, dunque, le condotte di organizzazione sono messe al centro della fattispecie, la quale, però, prima ancora di guardare al livello del pericolo - da ritenersi concreto - cui sono esposti gli interessi animali, criminalizza i combattimenti o le manifestazioni non regolarmente autorizzate. Tale aspetto della norma rende evidente lo scopo del legislatore di perseguire soprattutto i contesti clandestini dove

solitamente ha luogo lo sfruttamento criminale degli animali e, al contempo, di lasciare esenti da pena le manifestazioni regolarmente autorizzate che pure possono comportare rischi per questi ultimi.

A conferma dell'impostazione riferita, il comma 2 della disposizione in esame prevede una serie di aggravanti tipicamente dirette a reprimere le attività del crimine organizzato.

La prima si configura se i fatti descritti nel comma 1 sono commessi da persone armate o in concorso con minorenni, ciò che vale a rendere applicabile una pena più severa di quella che deriverebbe dall'operatività *dell'art. 112 comma 1 n. 4 c.p.*

Le aggravanti previste ai nn. 2 e 3 riguardano, invece, alcune modalità tipiche che l'esperienza (50) ha dimostrato caratterizzare le attività criminose in questione, vale a dire la promozione degli spettacoli e delle manifestazioni non autorizzate attraverso videoriproduzioni contenenti sotto qualsiasi forma immagini dei combattimenti o l'esecuzione delle riproduzioni medesime.

Il comma 3 dell'art. 544- *quinquies* introduce, a sua volta, una nuova fattispecie che punisce, fuori dei casi di concorso nel reato previsto dal primo comma, il fatto di chi, allevando o addestrando gli animali, li destina sotto qualsiasi forma alla partecipazione ai combattimenti o alle manifestazioni non autorizzate, prevedendo la pena della reclusione da tre mesi a due anni e la multa da 5 mila a 30 mila euro.

Tale norma, a causa della sua formulazione, sembra destinata a non avere significativa applicazione. Invero, appare difficile sostenere che chi volontariamente e sotto qualsiasi forma « *destina*» gli animali allevati o addestrati - mettendoli cioè a disposizione in vista di uno scopo preciso - ai combattimenti vietati, tenga una condotta che non integri, sul piano concorsuale, l'ipotesi tipizzata al comma 1 dell'art. 544- *quinquies*. Né sembra possibile riconoscere (come parrebbe suggerire una certa dottrina (51)) un àmbito precettivo realmente autonomo alla fattispecie tentata, giacché le condotte di allevamento e addestramento finalizzate all'impiego degli animali in combattimenti clandestini solitamente prevedono il ricorso a tecniche brutali e violente, di per sé normalmente riconducibili alla fattispecie generale di maltrattamento.

Di difficile interpretazione appare anche l'ultimo inciso della disposizione ora in esame, che stabilisce l'applicabilità della medesima pena prevista per allevatori e addestratori anche ai padroni e ai detentori degli animaliimpiegati nelle competizioni di cui al primo comma, qualora siano «consenzienti». Se, infatti, il consenso dei soggetti in questione deve essere inteso come una forma di vera e propria partecipazione alla commissione del delitto, la disposizione si rivela sostanzialmente inutile, essendo una condotta siffatta pacificamente rilevante alla luce *dell'art. 110 c.p.* ; viceversa, se il consenso dovesse consistere in una mera connivenza, solitamente irrilevante in materia di concorso eventuale, ci troveremmo di fronte ad una norma che rende penalmente rilevanti atteggiamenti puramente psichici, in contraddizione con il principio di materialità del reato.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

L'ultimo comma dell'art. 544- *quinquies*, infine, estende la pena prevista dal comma 2 al fatto di chiunque organizza od effettua scommesse sui combattimenti e sulle competizioni vietate, anche se non direttamente presente sul luogo del reato. Tale precisazione consente di ricondurre alla norma in esame tutte le condotte che, utilizzando le moderne tecnologie, prescindono dalla prossimità al *locus commissi delicti*, contribuendo così a combattere la diffusività dei fenomeni criminali in questione.

La fattispecie di abbandono di animali

Il comma 1 del nuovo *art. 727 c.p.*, novellato dall'art. 1 comma 3 l. in commento, riproduce integralmente la corrispondente ipotesi introdotta con la riforma del 1993, rimodulandone tuttavia la sanzione, la quale, in alternativa[52] all'ammenda - per altro sensibilmente aumentata -, prevede ora anche la pena dell'arresto fino ad un anno per chiunque abbandona animali domestici o che abbiano acquisito abitudini della cattività.

In relazione alle modalità tipiche della condotta, può rilevarsi che l'abbandono consiste nel fatto di interrompere la relazione di cura e custodia instaurata con l'animale precedentemente detenuto, lasciandolo in un luogo dove non riceverà alcuna cura. Oltre che a quelli domestici, la condotta così definita può essere riferita anche agli animali che abbiano acquisito le abitudini della cattività, dovendo intendersi con tale espressione gli animaliche, benché selvatici, a causa del lungo periodo trascorso a contatto con l'uomo ed il suo ambiente, siano di fatto stati addomesticati, ovvero non siano in grado di vivere autonomamente secondo le abitudini proprie della specie in stato di libertà [53].

Al di là di tali rilievi generali, la norma ripropone - così come accadeva già nella precedente versione - il problema dei suoi rapporti con l' *art. 5 comma 1 l. 14 agosto 1991, n. 281*, sulla prevenzione del randagismo.

Invero, la disposizione da ultimo richiamata commina una sanzione amministrativa nei confronti di chiunque abbandona cani e gatti o qualsiasi altro animale custodito nella propria abitazione, così sanzionando una condotta largamente affine a quella prevista *dall'art. 727 c.p.* In ossequio al principio di specialità sancito dall' *art. 9l. 24 novembre 1981, n. 689* [54] - applicando il quale l'illecito amministrativo prevale in quanto speciale rispetto alla norma penale - la contravvenzione contenuta nel codice penale sembrerebbe dunque avere un margine di applicabilità davvero ristretto, circoscritto tutt'al più ai soli casi di abbandono di animali custoditi *fuori* della propria abitazione.

La sola via in grado di evitare un così assurdo risultato consiste nel ritenere che la sanzione amministrativa sia stata, in realtà, parzialmente abrogata già con la riforma del 1993 e che essa, pertanto, continui ad operare unicamente nei confronti di condotte di abbandono di animali che non possano essere considerati né domestici, né addomesticati [55].

Il comma 2 *dell'art. 727 c.p.* estende la medesima pena stabilita dal primo comma al distinto fatto di chi detiene animali - stavolta senza indicare alcuna specificazione ulteriore - in condizioni incompatibili con la loro natura e al contempo produttive di gravi sofferenze.

L'aggiunta di tale ultimo requisito della condotta trae origine dalla volontà del legislatore di dirimere un contrasto interpretativo sorto dopo l'introduzione dell'analoga fattispecie ad opera della riforma del 1993, là dove l'ipotesi in esame assumeva, alla luce di un'interpretazione estensiva resa possibile dal tenore letterale della norma, dei contorni indefiniti (56) . Invero, il solo concetto di incompatibilità della detenzione con la natura dell'animale, se latamente interpretato, di per sé rischiava di rendere rilevanti tutte quelle condotte che comportano di fatto la limitazione della libertà di movimento nello spazio dell'animale - come tenere un uccello in gabbia o dei pesci in un acquario -, atteso che lo stato naturale di ciascun animale, in assenza di interventi umani, solitamente coincide con la piena libertà e si rivela dunque incompatibile con qualsiasi forma di detenzione realizzata dall'uomo.

Allo scopo di rendere meno sfuggente il concetto di incompatibilità e di evitarne irragionevoli applicazioni (57) , la norma ora richiede esplicitamente l'ulteriore requisito dell'inflizione all'animale di gravi sofferenze, quale conseguenza dello stato di detenzione, così accogliendo sostanzialmente l'orientamento di una parte della dottrina e della giurisprudenza, che dal canto loro già sottolineavano la necessità di ricorrere ad un siffatto parametro per ridurre i problemi di determinatezza della fattispecie (58) .

Tuttavia, si può dubitare che la modifica introdotta abbia completamente sgombrato il campo dalle perplessità riferite, giacché il concetto di incompatibilità della detenzione con la natura dell'animale non viene di per sé illuminato dal riferimento alle sofferenze che eventualmente ne siano derivate, le quali, dal canto loro, oltre a potersi rivelare in concreto di difficile prova, sembrano in parte caratterizzarsi per lo stesso grado di indeterminatezza (59) .

Alla luce di tali rilievi, può comunque osservarsi che risultano incompatibili con la natura dell'animalequantomeno quelle condizioni di detenzione che non importino solamente una riduzione dello stato di benessere del medesimo, ma siano anche in grado di minarne le funzioni fisiologiche e vitali, per valutare le quali sarà necessario comunque attingere alle conoscenze ricavabili dalle scienze naturali (60) .

Al di là dei profili di indeterminatezza che sembrano caratterizzarla e alla luce delle modifiche introdotte nella fattispecie di maltrattamento di animali, l'ipotesi in esame sembra dunque prestarsi a sanzionare prevalentemente quelle condotte miste di azione ed omissione consistenti nelle più gravi forme di incuria e trascuratezza nell'accudire gli animali detenuti, le quali si rivelano, del resto, del tutto compatibili con la rilevata natura contravvenzionale del reato (61) .

Le modifiche alle disposizioni di coordinamento

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

L'art. 3 l. in commento ha introdotto alcune novità nelle disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale.

Tra queste, il nuovo art. 19- *ter* disp. coord. c.p. prevede che le disposizioni del Titolo IX- *bis* non trovano applicazione né per i casi già disciplinati dalle numerose leggi speciali riguardanti gli animali, né per le manifestazioni storiche e culturali autorizzate dalla regione competente.

Tale previsione è stata oggetto di pesanti critiche da parte di alcuni settori dell'opinione pubblica (62), che l'hanno considerata come lo strumento diretto ad escludere l'applicabilità delle maggiori innovazioni introdotte con la nuova legge proprio a quegli àmbiti nei quali maggiori sono i pericoli di vessazioni nei confronti degli animali.

Siffatta preoccupazione appare almeno in parte infondata, rivelandosi probabilmente frutto di un parziale fraintendimento del significato della clausola.

Difatti, con la prima parte della norma ora in esame il legislatore - forse preoccupato dal margine di indeterminatezza comunque presente nelle nuove fattispecie - non ha fatto altro che ribadire l'operatività del principio generale di specialità, comunemente applicabile alla luce degli *artt. 15 c.p.* e 9 *l. n. 689 del 1981* .

Invero, l'espressione «casi previsti dalle leggi speciali» sembra doversi interpretare nel senso di fattispecie tipiche già sanzionate quali reato o illecito amministrativo nell'ambito di particolari leggi di settore, con un ovvio riferimento, dunque, a normali situazioni di conflitto apparente di norme, solitamente risolte attraverso le disposizioni da ultimo citate.

A tale rilievo non vale replicare che, così opinando, le irrobustite sanzioni della nuova legge finirebbero in ogni caso per cedere il passo alle più lievi comminatorie disseminate nelle leggi particolari - rivelandosi, queste ultime, sempre speciali *ratione materiae* - con ciò comunque riducendo la portata dell'intervento legislativo. Invero, al di là delle conseguenze derivanti da una corretta applicazione del principio di specialità, un più attento esame di alcune delle leggi speciali in questione rivela che esse stesse, nei rispettivi apparati sanzionatori, fanno sovente salva l'applicabilità delle norme penali comuni. È il caso, ad esempio, dell' *art. 14 d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 116* (63), che commina una sanzione amministrativa nei confronti di chi violi alcune delle disposizioni più rilevanti in tema di sperimentazione scientifica sugli animali (tra le quali sicuramente sono previste diverse condotte di maltrattamento), «salvo che il fatto costituisca reato»; una clausola analoga è prevista dall' *art. 31 l. 11 febbraio 1992, n. 157*, in tema di prelievo venatorio, nonché dall'art. 15 d.lgs 1° settembre 1998, n. 333, in materia di macellazione animale (64) e gli esempi potrebbero continuare.

Come si vede, dunque, non sembra fondata la preoccupazione di una sterilizzazione totale dell'intervento legislativo in commento, il quale, esattamente come in passato (65), può continuare ad operare anche in relazione a quelle attività che, pur generalmente autorizzate dall'ordinamento, devono comunque essere svolte senza imporre agli animali un carico di sofferenza non necessario.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Dove, invece, le nuove disposizioni sono effettivamente destinate a non operare è nei casi di manifestazioni storiche o culturali autorizzate dalle regioni, alle quali *l'art. 117 comma 2 Cost.* attribuisce la competenza a promuovere e organizzare tali tipi di attività. Qui il legislatore, nella consapevolezza della difficoltà di tracciare una linea netta e precisa tra l'impiego lecito e illecito (perché produttivo di sofferenze inutili) degli animali, ha preferito risolvere il problema sottraendo siffatte attività dall'ambito di applicazione delle nuove norme penali, con lo scopo di evitare che le note polemiche che periodicamente si ripropongono in occasione di eventi quali il Palio di Siena o la corsa dei cavalli di Ronciglione possano portare all'incriminazione di fatti che attualmente fanno parte del costume e di tradizioni plurisecolari assolutamente radicate (66) .

Al di là della coerenza di una simile scelta legislativa, la disposizione in esame è un sintomo evidente delle difficoltà connesse all'operatività di un parametro normativo sostanzialmente indeterminato, quale la necessità delle sofferenze inflitte, utilizzato per valutare la liceità delle condotte che incidono sulla sfera degli animali: ciò che vale come una conferma dei problemi applicativi che affliggono tutte le altre fattispecie contenenti un siffatto requisito di tipicità.

A tale rilievo deve poi aggiungersi che la clausola di salvaguardia in questione non specifica cosa debba intendersi per manifestazione storica o culturale, aprendo un ulteriore fronte di incertezza interpretativa (accompagnato dagli irrimediabilmente variabili margini della discrezionalità amministrativa) che certo non giova alla tassatività della norma.

Su un piano diverso si colloca, infine, l'art. 19- *quater* disp. coord. c.p., il quale prevede che gli animali oggetto di provvedimento di sequestro o confisca ai sensi dell'art. 544- *sexies* siano affidati alle associazioni e agli enti che ne facciano richiesta, a ciò abilitati da un apposito decreto del Ministro della salute.

Tale disposizione conferma una prospettiva tesa a rafforzare il ruolo delle associazioni che operano per la promozione e la salvaguardia degli interessi degli animali, la quale si riverbera, da un lato, nell'attribuzione a queste ultime di adeguate risorse finanziarie, attraverso il meccanismo di destinazione delle entrate derivanti dall'applicazione delle sanzioni pecuniarie previste dalla legge in esame (art. 8); dall'altro, nell'espressa possibilità, stabilita dall'art. 7, di esercitare le facoltà previste *dall'art. 91 c.p.p.* in relazione ai reati analizzati, come, del resto, già in passato era stato riconosciuto dalla giurisprudenza (67) .

---

(1) Già nella relazione di accompagnamento alla proposta di legge presentata alla Camera dei deputati il 4 giugno 2001, n. 432, si evidenziava infatti la necessità di predisporre meccanismi di contrasto ai cd. combattimenti clandestini tra animali, fonti di ingenti proventi per la criminalità organizzata, stimati in centinaia di milioni di euro. Per un'analisi più approfondita del tema M. Poli-E. Ambrogio, Care bestie, scusate, Milano, 1995, 75 s.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(2) Cfr. per tutti le osservazioni critiche di T. Padovani, *L. 22/11/1993 n. 473* - Nuove norme contro il maltrattamento degli animali, in Legisl. pen., 1994, 609; A. Cosseddu, voce Maltrattamento di animali, in Dig. disc. pen., VII, 1993, 538. V. anche S. Richichi, La sottile differenza, in Impronte, ottobre 2004, 11, rivista «animalista» edita dalla LAV (Lega Anti Vivisezione), dove è dato ampio risalto alle iniziative che l'associazione, in coincidenza delle giornate nazionali per i diritti degli animali, ha proposto allo scopo di diffondere i contenuti della normativa in esame, la cui introduzione è definita come una «vittoria epocale per i diritti degli animali». Di segno differente sono, invece, le opinioni rilasciate dall'Associazione degli animalisti italiani, la quale, in un comunicato stampa dell'8 luglio 2004, reperibile sul sito dell'associazione medesima all'indirizzo www.animalisti.it, ha espresso un parere fortemente negativo sull'impianto complessivo della legge, giudicata troppo timida nella promozione delle istanze di tutti gli animali e non solo di quelli di affezione. Le diverse sfumature segnalate sono del resto riscontrabili anche nel modo con il quale la stampa nazionale ha affrontato l'argomento: cfr. D. Mainardi Ma per caccia, zoo e pesca si è fatto ancora troppo poco, in Corriere della sera, 9 luglio 2004, 20; V. Piccolillo, Chi abbandona un cane potrà finire in prigione, ibidem; M. Cavallieri, In carcere chi abbandona gli animali ok a norme che proteggono cani e gatti, in La Repubblica, 9 luglio 2004, 25; S. Perazzino, Chi abbandona il cane ora può finire in prigione, in Il Giornale, 9 luglio 2004, 17; G. Rossi Barilli, Cattivi padroni in gabbia, in Il Manifesto, 9 luglio 2004, 7.

(3) Un altro sintomo dell'aumentata sensibilità del legislatore emerge dal fatto che la legge in commento è entrata in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione in G.U., 31 luglio 2004, n. 178, così da divenire immediatamente applicabile al ricorrente e odioso fenomeno di abbandono di animali domestici in coincidenza con le ferie estive.

(4) Da un punto di vista generale, può osservarsi che l'intento di irrobustire le norme dirette alla protezione degli animali si riflette anche sulla comminatoria edittale delle ipotesi aggravate previste dagli *artt. 544-quater e 544-quinquies c.p.* , che, superando la soglia dei tre anni di reclusione, consente, a norma degli *artt. 278 e 379 c.p.p.* , tanto l'arresto facoltativo in flagranza quanto l'applicazione di misure cautelari coercitive.

(5) Nel corso dei lavori parlamentari, infatti, è stata abbandonata la proposta, contenuta nel progetto unificato approvato dalla Camera il 15 gennaio 2003, n. 432-1222-2467-2610-4513-C, di introdurre le norme in elaborazione in un apposito titolo XII-bis, collocato subito dopo i delitti contro la persona, intitolato - similmente a quanto già previsto nel cd. Progetto Pagliaro, in Doc. giust., 1992, 397 s. - «Dei delitti contro gli animali» (sul punto, cfr. le osservazioni di P. Mazza, Sequestro preventivo e confisca in tema di maltrattamento di animali, in Dir. giur. agr. amb., 2003, 252). Al di là del valore simbolico che una simile scelta avrebbe rivestito, deve rilevarsi che la struttura delle fattispecie contemplate dal citato Titolo XII-bis sostanzialmente ricalcava, salvo aggiustamenti di dettaglio, quella poi effettivamente approvata dal Parlamento, sicché pare lecito affermare che, almeno da questo punto di vista, la

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO
diversa scelta operata dal legislatore, seppur meno suggestiva, non ha comportato uno stravolgimento dell'impianto della riforma.
(6) V. in proposito le osservazioni sviluppate da A. Mannucci, Animali e diritto italiano: una storia, in AA.VV., Per un codice degli animali, a cura di A. Mannucci-M. Tallacchini, Milano, 2001, 10 s. e, in una prospettiva più generale, V. Pocar, Gli animali non umani, Bari, 1998, 12 e 91.
(7) L'ampia citazione è di G. Sabatini, voce Maltrattamento di animali, in Noviss. dig. it., X, 1964, 81; v. anche, seppur con sfumature meno nette, F. Coppi, voce Maltrattamento o malgoverno di animali, in Enc. dir., XXV, 1975, 266. Deve, tuttavia, rilevarsi che non sono mancate prese di posizione tese a sostenere che già nel vigore della formulazione originaria *dell'art. 727 c.p.* fosse possibile riscontrare una forma lata di tutela degli animali in sé considerati: v. A.M. Petrillo, Dimensioni delle gabbie e maltrattamento di animali (Nota a Cass., Sez. III, 31 gennaio 1996, P.m. in c. Scandiuzzi), in questa Rivista, 1997, 431; e, più in generale, A. Cosseddu, op. cit., 533.
(8) Secondo A. Cosseddu, op. cit., 531, nelle leggi speciali che a vario titolo si sono occupate del trattamento degli animali già era emersa una sensibilità più attenta agli interessi direttamente facenti capo agli animali; sul punto conf. V. Pocar, op. cit., 73 s.
(9) Cfr. T. Padovani, op. cit., 604; V. Musacchio, Nuove norme contro il maltrattamento di animali, in Riv. pen., 1994, 253; P. Pomanti, Brevi note in tema di maltrattamento di animali, in Cass. pen., 1996, 811 s., il quale evoca la nozione di plurioffensività del reato; G. Scudier, Detenzione di animali in condizioni incompatibili con la loro natura (*art. 727 c.p.*), in Riv. trim. dir. pen. econ., 1997, 316, che esplicitamente parla di superamento della prospettiva antropocentrica tipica della vecchia disposizione; P. Palladino, Maltrattamento di animali: verso nuovi spazi di intervento?, in Cass. pen., 2002, 791. Si mostra invece scettico sulla reale portata delle innovazioni introdotte con la riforma del 1993 S. Maglia, Sull'uccisione gratuita di animali, in Riv. pen., 1998, 325.
(10) V., tra le prime, la spesso citata Pret. Amelia, 7 ottobre 1987, Cecchetti, in Riv. pen., 1988, 167 s.; Cass., Sez. III, 14 marzo 1990, Fenati, in Cass. pen., 1992, 951; Cass., Sez. III, 22 ottobre 1992, Geiser, ivi, 1993, 2385; Cass., Sez. III, 5 novembre 1993, Battocchio, ivi, 1995, 929; Cass., Sez. III, 11 gennaio 1995, Cattelan, ivi, 1997, 69; fino a giungere alle più recenti Cass., Sez. III, 22 gennaio 2002, in Nuovo dir., 2002, 1071; Cass., Sez. III, 12 novembre 2002, Lentini, in Riv. pen., 2003, 230; Cass., Sez. III, 16 ottobre 2003, Lo Sinno, in Dir. giust., 2003, 46, 28.
(11) Il dibattito attorno al problema della attribuibilità di veri e propri diritti in capo agli animali è assai vasto e complesso e necessiterebbe di un approfondimento che, dalla filosofia scolastica, approdi ai più moderni approcci neoutilitaristi, passando per Bentham e la filosofia kantiana; in questa sede può essere sufficiente rinviare alle note opere di P. Singer, Animal liberation, New York, 1975, 27 s. e T. Regan, I diritti animali, Milano, 1990, part. 360 s.; S. Castignone, I diritti degli animali, Bologna, 1985, 151 s.; Id., Nuovi diritti e nuovi soggetti, Genova, 1996, 123 s.
(12) Fondato, in prima approssimazione, sull'approccio utilitarista classico di Bentham: v. S. Castignone, op. ult. cit., 125 s.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(13) Integralmente reperibile sul sito www.palazzochigi.it/bioetica/pareri.html.
(14) Com'è, del resto, apertamente riconosciuto anche dagli autori che più di recente hanno affrontato il problema: v. A. Cosseddu, voce Maltrattamento di animali, in Dig. disc. pen., agg. 2000, 442 e 448; V. Pocar, op. cit., 41 s.; L. Pistorelli, Così il legislatore traduce i nuovi sentimenti e fa un passo avanti verso la tutela diretta, in Guida dir., 2004, 33, 20.
(15) Si pensi, solo per fare un esempio, alla pretesa obbligatorietà del vegetarianismo, quale corollario della teoria dei diritti degli animali (cfr. T. Regan, op. cit., 443 s.).
(16) Sul problema generale dell'individuazione del bene giuridico protetto dalle norme sul maltrattamento degli animali G. Fiandaca, Prospettive possibili di maggiore tutela penale degli animali, in AA.VV., Per un codice degli animali, cit., 80 s.
(17) V. a tale proposito i convincenti rilievi di V. Pocar, op. cit., 80.
(18) Sebbene, a tale proposito, debba osservarsi che l'ambizioso obiettivo perseguito - per la verità, già preso di mira, in forme analoghe, dall'art. 2 l. 12 giugno 1913, n. 641, recante provvedimenti per la protezione degli animali - viene subito smentito dall'affermazione che tali attività formative devono essere realizzate «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica», ciò che lascia immaginare la sostanziale futura disapplicazione della disposizione.
(19) Conf. E. Perusla, sub *Art. 638 c.p.* , in AA.VV., Codice penale, a cura di G. Lattanzi-E. Lupo, XI, Milano, 2000, 252; più articolata è la posizione di G. Pioletti, voce Uccisione o danneggiamento di animali altrui, in Dig. disc. pen., XV, 1999, 18 s., secondo il quale l'interesse protetto *dall'art. 638 c.p.* non risiederebbe esclusivamente nel patrimonio del soggetto cui l'animale ucciso appartiene, bensì anche nel senso di pietà suscitato da atti violenti gratuiti compiuti contro gli animali, similmente, quindi, a quanto ritenuto per il vecchio *art. 727 c.p.*
(20) Significativa, a tale proposito, è Cass., Sez. III, 5 novembre 1995, Battocchio, cit., 929, dove l'uccisione di un cane a colpi di badile è giudicata penalmente rilevante, perché il mezzo impiegato per dare la morte all'animale(pur considerata in sé necessaria) comporta l'inflizione degli inutili patimenti tipici della condotta di maltrattamento. Viceversa, riteneva l'uccisione gratuita di animale proprio implicitamente sanzionata *dall'art. 727 c.p.* A. Valastro, La tutela penale degli animali e l'ammissibilità delle sentenze manipolatrici in campo penale, in Giur. cost., 1995, 3754 s.; contra, in una prospettiva più generale, G. Fiandaca, op. cit., 85.
(21) Cfr. Corte cost. 27 luglio 1995, Bertocci, in Cass. pen., 1996, 27 s., la quale fonda la pronuncia di rigetto della questione, sollevata ex *artt. 3 e 10 Cost.* , sulla base *dell'art. 25 comma 2 Cost.* , sub specie violazione del principio di riserva di legge in materia penale.
(22) Cfr. L. Pistorelli, Fino a un anno di reclusione per l'abbandono, in Guida dir., 2004, 33, 21.
(23) Cfr., ad es., l' *art. 2 d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 116*, in materia di sperimentazione sugli animali, il quale, al comma 1, definisce l'animale come «qualsiasi vertebrato vivo non umano, ivi comprese le forme larvali autonome capaci o non di riprodursi a esclusione di altre forme fetali o embrionali».

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO
(24) Quali, ad es., il cd. Tierschutzgesetz tedesco del 1986, là dove vengono incriminate condotte lesive degli interessi degli animali «vertebrati» (Wirbeltiere), sulla base del presupposto che questi siano i più sensibili al dolore; per tutti, sul punto, Maurach-Schroeder-Maiwald, Strafrecht, BT, 2, Heidelberg, 1999, 106, Ab. 12.
(25) V. F. Coppi, op. cit., 266; A. Cosseddu, op. cit., 532; V. Napoleoni, op. cit., 555; più ampia, invece, la concezione di G. Sabatini, loc. ult. cit.
(26) Testualmente T. Padovani, op. cit., 605.
(27) Cfr. L. Pistorelli, op. cit., 33.
(28) Conf. L. Pistorelli, loc. ult. cit., il quale nota che il dolo generico apparentemente lascia ampio margine all'operatività del dolo eventuale, indirettamente determinando un'ulteriore espansione delle condotte astrattamente punibili.
(29) Su tale concetto v. le articolate osservazioni di T. Regan, op. cit., 222 s.
(30) Cfr., per tutti, i rilievi di S. Castignone, op. ult. cit., 123 s. e V. Pocar, op. cit., 41 s.
(31) Sostanzialmente conforme appare, nella dottrina tedesca, l'opinione di Maurach-Schroeder-Maiwald, op. loc. ult. cit., la quale, tuttavia, è confortata da una definizione legale più precisa del termine «animale» contenuta nel par. 17 del Tierschutzgesetz.
(32) Cfr. V. Pocar., op. cit., 41 s.; T. Regan, op. cit., 279 s.; S. Castignone, op. ult. cit., 132 s.
(33) Testualmente, già Cass., Sez. III, 20 giugno 1986, Bianchi, in Cass. pen., 1988, 286 e, più di recente, Cass., Sez. III, 12 novembre 2002, Lentini, cit. In dottrina, in senso sostanzialmente conforme, F. Coppi, op. cit., 269; G. Sabatini, loc. ult. cit.; più in generale, V. Napoleoni, sub *Art. 727 c.p.* , in AA.VV., Codice penale, cit., 558 s.
(34) Cfr. F. Coppi, loc. ult. cit., e G. Sabatini, loc. ult. cit., i quali, pur assumendo un punto di vista tradizionale in merito al problema del bene giuridico protetto dalla norma, ugualmente ritengono imprescindibile il limite costituito dalla proporzione tra sofferenze inflitte e scopo perseguito dall'attività umana.
(35) V., a tale proposito, le lucide osservazioni di A. Valastro, op. cit., 3751.
(36) Interpretazione che sembrerebbe, in realtà, avallata dalla diversa espressione - «per fini di crudeltà» - utilizzata nel progetto unificato approvato dalla Camera il 15 gennaio 2003 e successivamente modificata dal Senato nel senso poi adottato dalla formulazione vigente; essa, tuttavia, è da respingere, perché vincolerebbe la rilevanza penale della condotta esclusivamente ad un atteggiamento interiore dell'agente, privo di riflessi materiali nella condotta.
(37) V. F. Coppi, op. cit., 268; V. Napoleoni, op. cit., 556 s.
(38) L'esempio tipico può essere ricercato nelle condotte di macellazione animale, le quali, espressamente ritenute lecite e minuziosamente disciplinate, non possono in ogni caso essere svolte con modalità che determinino per gli animali sofferenze non strettamente necessarie; oppure nel caso di chi, pur in adempimento di un'ordinanza del sindaco che dispone la cattura e l'abbattimento di animali randagi, dopo aver catturato un cane, lo trascini sanguinante per un lungo tratto di strada legato ad un automobile: v. Pret. Legnano, 21 maggio 1984, Guerrini, in Foro it., II, 1986, 393. Al medesimo paradigma interpretativo si attiene, del resto, quella copiosa giurisprudenza che ha affrontato il tema della rilevanza penale di condotte che, pur astrattamente

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

facoltizzate dalla*l. 11 febbraio 1992, n. 157* , in tema di prelievo venatorio, in concreto siano tenute con modalità tali da infliggere inutili patimenti agli animali: cfr. Cass., Sez. III, 9 giugno 1999, Tamburini, in Riv. pen., 1999, 877; Cass., Sez. III, 7 maggio 1998, Composta, in Cass. pen., 1999, 2841; Cass., Sez. III, 17 marzo 1998, Gottardi, in Cass. pen., 1999, 3143; Cass., Sez. III, 6 febbraio 1998, Bertoldi, in Dir. giur. agr., 1998, 551 s., con nota di P. Mazza, Uso di richiami vivi nell'esercizio della caccia e maltrattamento di animali; Cass., Sez. III, 19 novembre 1996, Gemetto, in Dir. giur. Amb., 1998, 235 s., con nota di P. Mazza, Pratiche venatorie e maltrattamenti di animali. Sul punto, per un efficace quadro di sintesi, G. Scudier, op. cit., 316 s.

(39) Cfr. le perplessità di L. Pistorelli, op. ult. cit., 24 e, in una prospettiva generale, P. Veneziani, I delitti contro la vita e l'incolumità personale, II, I delitti colposi, in AA.VV., Trattato di diritto penale, a cura di G. Marinucci-E. Dolcini, III, Milano, 2003, 148 e 149.

(40) Del resto, già nel vigore della precedente disciplina la dottrina sottolineava la centralità di tale elemento: per tutti, A. Cosseddu, op. cit., 447; F. Coppi, op. cit., 269.

(41) V. Cass., Sez. III, 16 ottobre 2003, Lo Sinno, cit., e, soprattutto, Cass., Sez. III, 1° ottobre 1996, Dal Prà, in Cass. pen., 1998, 1112. Sembrano dunque superate quelle pronunce che paiono prescindere dal requisito della sofferenza fisica, quali Cass., Sez. III, 10 luglio 2000, Concu, in Cass. pen., 2001, 3421; Cass., Sez. III, 21 dicembre 1998, Crispolti, in Studium Juris, 1999, 575; Pret. Terni, 21 gennaio 1999, Cerquetelli, in Riv. pen., 2000, 607. Sul punto cfr., in generale, V. Napoleoni, op. cit., 565 s.

(42) V. T. Padovani, op. cit., 606.

(43) Testualmente Cass., Sez. III, 19 novembre 1997, Losi, in Cass. pen., 1999, 870.

(44) Cfr. G. Amato-G. Fidelbo, La disciplina penale degli stupefacenti, Milano, 1994, 115 s., i quali elencano una serie di possibili definizioni del concetto di sostanza stupefacente, alcune delle quali ritagliate su una dimensione esclusivamente umana e per ciò difficilmente trasportabili sugli animali. V. anche G. Insolera, Le sostanze stupefacenti, in AA.VV., Giur. sist. dir. pen., a cura di F. Bricola-V. Zagrebelski, Torino, 1998, 9 s.

(45) Tale conclusione è del resto in linea con l'orientamento dottrinale che ritiene affini i beni giuridici tutelati dagli artt. 638 e 727 (vecchia formulazione) c.p.: v. G. Pioletti, loc. ult. cit. Diversamente, riteneva che le fattispecie da ultimo richiamate potessero tra loro concorrere, attesa la diversità dell'oggetto giuridico tutelato, G. Sabatini, op. cit., 82; sul punto, in generale, cfr. V. Napoleoni, op. cit., 589.

(46) Spettacoli, per la verità, già vietati dall'art. 70 T.u.l.p.s. e dall'art. 129 del rispettivo regolamento di attuazione, oggi entrambi abrogati.

(47) La corrispondente ipotesi contenuta nel vecchio *art. 727 c.p.* prevedeva invece una sanzione del tutto identica a quella comminata per la fattispecie base di maltrattamento, così rivelandosi del tutto tautologica (giacché la sola applicazione degli *artt. 110 e 112 c.p.* avrebbe di per sé comportato l'irrogazione di una pena maggiore), quando non addirittura fonte di interpretazioni aberranti, là dove sembrava attribuire rilevanza alle condotte di semplice connivenza, pacificamente

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO
estranee alla sfera della compartecipazione criminosa; sul punto, v. per tutti gli efficaci rilievi di T. Padovani, op. cit., 608.
(48) Cfr. T. Padovani, op. cit., 606; V. Napoleoni, op. cit., 560.
(49) Cfr. L. Pistorelli, op. cit., 25, il quale nota che, nonostante la dizione normativa sembrerebbe supporre il contrario, è difficile ipotizzare casi di combattimenti tra animali che siano stati preventivamente autorizzati dall'autorità competente.
(50) V. M. Poli-E. Ambrogio, op. cit., 77.
(51) Cfr. L. Pistorelli, op. cit., 25.
(52) Ciò che riconduce la disposizione in esame al regine dell'oblazione cd. speciale disciplinata dall'art. 162-bis, evitando così l'automatico riprodursi degli effetti negativi, in precedenza descritti, connessi al meccanismo dell'oblazione ordinaria.
(53) Cfr. V. Napoleoni, op. cit., 569.
(54) In merito al quale, da ult., P. Cerbo, Le sanzioni amministrative, Milano, 1999, 106 s.
(55) V., per tutti, le osservazioni di T. Padovani, op. cit., 607, il quale evidenzia che, aderendo alla tesi contraria, si arriverebbe alla conclusione paradossale che l'abbandono del gatto di casa dovrebbe considerarsi illecitoamministrativo, mentre quello della tartaruga detenuta in campo aperto dovrebbe ritenersi viceversa reato. Invero, la tesi della parziale abrogazione dell'illecito amministrativo sembra avvalorata dalla circostanza che le norme di coordinamento previste dall'art. 4 della presente legge hanno espressamente abrogato soltanto il comma 5 dell' *art. 5 l. n. 281 del 1991*: ciò, piuttosto che una clamorosa svista del legislatore - che sarebbe intervenuto ad abrogare una norma sostanzialmente di dettaglio, lasciando viceversa in vita una norma ben più problematica - deve essere considerato, nell'ottica di un intervento complessivamente mirante a rafforzare l'effettività delle norme penali, proprio come il segnale che anche il legislatore abbia ritenuto, in realtà, la fattispecie amministrativa parzialmente abrogata.
(56) V. gli articolati rilievi di G. Scudier, op. cit., 326 s.
(57) Su quest'ultimo aspetto, v. ancora G. Scudier, loc. ult. cit.
(58) V. A. Cosseddu, op. cit., 444; contra T. Padovani, op. cit., 607. In giurisprudenza cfr., per tutte, Cass., Sez. III, 16 marzo 1998, Bertoldi, cit., con nota critica di P. Mazza, loc. cit., nonché Cass., Sez. III, 1° ottobre 1996, Dal Prà, cit.
(59) Cfr. L. Pistorelli, op. ult. cit., 27.
(60) Il ricorso alle quali è stato, in realtà, ritenuto un parametro normativo idoneo a rendere sufficientemente determinato il precetto penale: Cass., Sez. III, 27 aprile 1995, Clearco, in Riv. pen., 1996, 195; Cass., Sez. III, 19 novembre 1997, Losi, cit. Dal punto di vista applicativo, è stata giudicata incompatibile con la natura dell'animale la detenzione di un elevato numero di uccelli in gabbie talmente piccole da impedire loro ogni movimento (Cass., Sez. III, 10 aprile 1996, Giusti, in Riv. pen., 1996, 947) ovvero di gatti in gabbie che di fatto impedivano loro di alzarsi sulle zampe e di cani in un sottotetto buio, sudicio, non arieggiato e privi di cibo (Cass., Sez. III, 20 maggio 1997, Fiore, in Cass. pen., 1998, 2357).
(61) V. Cass., Sez. III, 24 giugno 1999, Patalano, in Riv. pen., 1999, 852.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(62) Cfr. nota 2.
(63) V. A. Cosseddu, op. cit., 537.
(64) Rispetto al quale cfr. ancora le osservazioni di A. Cosseddu, op.cit., 447.
(65) V., in proposito, le numerose sentenze in materia di caccia, emesse in relazione alla rilevanza penale di alcune condotte non espressamente vietate dalla legge sul prelievo venatorio ma ritenute comunque integranti forme di maltrattamento degli animali: Cass., Sez. III, 24 maggio 1999, Albertini, in Riv. giur. amb., 2000, 533; Cass., Sez. III, 2 ottobre 1998, Nava, in Cass. pen., 2000, 74; Cass., Sez. III, 10 dicembre 1996, Colonaci, in Dir. giur. agr., 1998, 550; Cass., Sez. III, 19 novembre 1996, Gemetto, cit.; Cass., Sez. III, 11 novembre 1996, Zauli, cit.
(66) In proposito Pret. Larino, 25 maggio 1992, Russo, in Giur. mer., 1993, 743 s., con nota di F. Cianci, Note in margine alla corsa dei buoi nel dì della festa; Pret. Modena, 30 aprile 1985, Mucci, in Foro it., II, 1985, 403.
(67) Cfr. Cass., Sez. III, 28 aprile 1986, Cavuoti, in Cass. pen., 1988, 489; Pret. Palermo, 23 febbraio 1991, Spada, in Riv. pen., 1992, 384; Pret. Verona, 24 giugno 1992, Chiappin, in Giur. it., II, 1993, 420.

DELITTI DI FRODE

TRUFFA

GIURISPRUDENZA

Corte giustizia Unione Europea Grande Sez., 26/02/2019, n. 116/16
Skatteministeriet c. T Danmark e altri

UNIONE EUROPEACE Fisco
In una situazione in cui il regime di esenzione dalla ritenuta alla fonte per i dividendi corrisposti da una società residente in uno Stato membro ad una società residente in un altro Stato membro, previsto dalla direttiva 90/435, come modificata dalla direttiva 2003/123, risulti inapplicabile a fronte dell'accertamento di una frode o di un abuso, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva medesima, non può essere invocata l'applicazione delle libertà sancite dal Trattato FUE al fine di mettere in discussione la normativa del primo Stato membro posta a disciplina della tassazione di detti dividendi. (Cause riunite C-116/16 e C-117/16)
FONTI
Massima redazionale, 2019

Cass. civ. Sez. V, 30/10/2018, n. 27566
R.G. c. Agenzia delle Entrate

IMPOSTE E TASSE IN GENERE Reati tributari

In base alla normativa attualmente vigente, poiché nel caso di operazioni soggettivamente inesistenti, i beni acquistati - di regola - non sono stati utilizzati direttamente per commettere il reato, ma, nella maggior parte dei casi, per essere commercializzati, non è più sufficiente il coinvolgimento, anche consapevole, dell'acquirente in operazioni fatturate da soggetto diverso dall'effettivo venditore perché non siano deducibili, ai fini delle imposte dirette, i costi relativi a dette operazioni; ferma, restando, tuttavia, la verifica della concreta deducibilità dei costi stessi in relazione ai requisiti generali di effettività, inerenza, competenza, certezza, determinatezza o determinabilità. Ne consegue che ai soggetti coinvolti nelle c.d. frodi carosello non è più contestabile, alla luce della normativa vigente, la deducibilità dei costi, in quanto i beni acquistati non sono stati utilizzati direttamente al fine di commettere il reato, ma, salvo prova contraria, per essere commercializzati e venduti.

FONTI

Fisco, 2018, 43, 4198

Cass. pen. Sez. II, 31/10/2018, n. 52607
D.V.P. e altri

ESTORSIONE

Commette il delitto di estorsione, e non il delitto di truffa, il datore di lavoro che richieda al lavoratore il versamento di parte del salario pena il licenziamento, in quanto tale richiesta costituisce una minaccia idonea a coartare la libera determinazione del lavoratore, esposto al concreto rischio della perdita del lavoro ove non acconsenta.

FONTI

Dir. e Pratica Lav., 2019, 1, 57

Cass. pen. Sez. II, 31/10/2018, n. 56933
P.F.

TRUFFA

Integra il delitto di truffa, per la presenza di raggiri finalizzati ad evitare il pagamento del pedaggio, la condotta di chi transita con l'autovettura attraverso il varco autostradale riservato ai possessori di tessera Viacard pur essendo sprovvisto di detta tessera.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2019

Cass. pen. Sez. II, 29/11/2018, n. 55438
V.G. e altri

INFORMATICA GIURIDICA E DIRITTO DELL'INFORMATICA

Reati informatici

L'indebita utilizzazione, a fine di profitto proprio o altrui, da parte di chi non ne sia titolare, di una carta di credito integra il reato di cui all'art. 55, 9° comma, D.Lgs. 21

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

novembre 2007, n. 231 e non il reato di truffa, che resta assorbito in quanto l'adozione di artifici o raggiri è uno dei possibili modi in cui si estrinseca l'uso indebito di una carta di credito.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2019 **E SEZIONI UNITE ESCLUDONO IL CONCORSO TRA FRODE FISCALE E TRUFFA AGGRAVATA**

di Francesco Ardito

Cass. pen. Sez. Unite Sentenza, 28 ottobre 2010, n. 1235

L. 30-12-2004, n. 311, Articolo 1 - comma 386 - Solidarietà nel pagamento dell'imposta sul valore aggiunto.

D.Lgs. 10-03-2000, n. 74, Art. 1

D.Lgs. 10-03-2000, n. 74, Art. 2.

D.Lgs. 10-03-2000, n. 74, Art. 3.

D.Lgs. 10-03-2000, n. 74, Art. 4.

D.Lgs. 10-03-2000, n. 74, Art. 5.

D.Lgs. 10-03-2000, n. 74, Art. 8.

D.Lgs. 10-03-2000, n. 74, Art. 9.

D.Lgs. 10-03-2000, n. 74, Art. 10-bis.

D.Lgs. 10-03-2000, n. 74, Art. 10-ter

D.Lgs. 10-03-2000, n. 74, Art. 10-quater

D.Lgs. 10-03-2000, n. 74, Art. 11.

D.P.R. 26-10-1972, n. 633, Art. 60-bis

SOMMARIO: 1. La questione oggetto della decisione delle Sezioni Unite - 2. I diversi orientamenti giurisprudenziali in tema di concorso tra frode e truffa - 3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite con la sentenza in commento.

1. *La questione oggetto della decisione delle Sezioni Unite.* - Le Sezioni Unite intervengono sulla problematica del rapporto tra il reato di frode fiscale e quello di truffa aggravata, che è stato oggetto di orientamenti giurisprudenziali contrastanti.

In concreto, la questione si è posta con riferimento alla cosiddetta "frode carosello" (*carouselfraudo missingtrader fraud*) che generalmente viene realizzata attraverso la strumentalizzazione del principio della imponibilità ai fini Iva nel Paese di destinazione degli acquisti intracomunitari. Il fenomeno può così descriversi: una società italiana acquista merce da un fornitore avente sede in un Paese comunitario; a sua volta l'acquirente nazionale (*missing trader*) rivende la merce (normalmente sottocosto) applicando l'Iva, senza però versarla all'Erario. Di fatto il primo acquirente nazionale è una società "cartiera" che non svolge un'attività commerciale e che, pertanto, non tiene le scritture contabili e non presenta alcuna delle dichiarazioni obbligatorie.

Talvolta il meccanismo fraudolento è reso più complesso con l'inserimento, tra la "cartiera" e la società cessionaria della merce, di una o più società "filtro" (cd. *buffer*)

che operano realmente ed adempiono a tutti gli obblighi fiscali (registrazione delle fatture, presentazione delle dichiarazioni obbligatorie e versamento dell'Iva) (1).
Il "carosello" può essere "aperto" o "chiuso". Nel primo caso, il "rivenditore" (cd. *broker*), cioè la società finale alla quale viene fatturata la cessione dalla società "filtro" e che adempie agli obblighi contabili e fiscali, vende effettivamente i prodotti sul mercato: in quest'ipotesi i partecipanti alla frode si ripartiscono, secondo percentuali predeterminate, l'Iva non versata dalla "cartiera", mentre il "rivenditore" vanta il diritto alla restituzione dell'Iva sugli acquisti effettuati.

Il "carosello" è, invece, chiuso quando il *broker* effettua la cessione della merce - dopo uno o più cessioni tra società nazionali - a un soggetto con sede in un altro Stato UE (in regime di esenzione Iva), conseguendo, in questo modo, il rimborso dell'Iva pagata alla società "filtro". In siffatta ipotesi i soggetti partecipanti alla frode si suddividono l'Iva non versata dalla "cartiera".

In riferimento agli effetti della frode, va rilevato, al di là del mancato versamento dell'Iva da parte della società acquirente nazionale *(missing trader)*, che normalmente l'imposta non versata viene "scaricata" sul costo del bene che, così, viene immesso sul mercato ad un prezzo inferiore a quello che il rivenditore finale avrebbe applicato acquistandolo direttamente da un Paese Ue, con evidente alterazione delle regole della concorrenza (2).
2. *I diversi orientamenti giurisprudenziali in tema di concorso tra frode e truffa* - Sulla possibilità del concorso tra la fattispecie di frode fiscale (in particolare dei delitti di emissione ed utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti, disciplinati dagli articoli 8 e 2 del D.Lgs. n. 74/2000) e di truffa aggravata ai danni dello Stato, ai sensi dell'art. 640, comma 2, n. 1 del codice penale, la giurisprudenza del Supremo Collegio ha espresso posizioni diverse.

Secondo un primo orientamento, sarebbe ammissibile il concorso tra truffa aggravata e frode fiscale, poiché diverse sono le condotte (3): per i reati tributari la condotta si sostanza nella "emissione" e nella "utilizzazione" nelle dichiarazioni delle fatture per operazioni inesistenti; il reato di truffa, invece, è configurato dalla interposizione di società "cartiere" destinate ad apparire, col mezzo della emissione e utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti, debitrici di Iva che, però, non viene indebitamente versata, con conseguente danno patrimoniale a carico dell'erario. Quindi *"sostenere … che si è in presenza della stessa condotta riferibile ad entrambe le fattispecie criminose è frutto di un parziale travisamento"*(4).
Al più, a parere della Suprema Corte, si potrebbe ritenere che la condotta relativa alla truffa sia la stessa di quella riferibile alla "utilizzazione" delle fatture mediante indicazione nelle dichiarazioni annuali, con applicazione del principio di specialità. Ma lo stesso non può certo dirsi per la mera "emissione" di fatture, destinate alla eventuale utilizzazione da parte di soggetti terzi, condotta che non è sovrapponibile né in tutto né in parte a quella degli artifici e raggiri destinata a indurre in errore l'erario e a causargli un danno. L'"emissione" di fatture costituisce, infatti, un "attività prodromica a quella della utilizzazione stessa che è successiva ed eventuale" e che

comunque, stante la precisa deroga all'art.110 del codice penale prevista dall'art. 9 del D.Lgs. n. 74/2000, non potrebbe condurre ad una punibilità a titolo di concorso fra emittente ed utilizzatore.

Né risolutivo appare, poi, il ricorso alla identità del bene giuridico tutelato dalle due norme per negare il concorso materiale. L'identità del bene giuridico, infatti, non è di per sé dimostrativa della operatività del principio di specialità, che è basato sul medesimo fatto di rilievo penale e non sul medesimo bene giuridico.

Infine, contribuirebbe a segnare la differenza tra le due figure criminose l'elemento psicologico del reato: nella frode fiscale il dolo specifico consiste nello scopo di evasione, cioè nella volontà di trarre in ingannol'Amministrazione finanziaria, non necessario, invece, nel reato di truffa.

L'antitetica tesi del concorso solo apparente, risolto in forza del principio di specialità, trova il suo fondamento nella circostanza che il delitto tributario è caratterizzato da uno specifico artificio (le fatture e gli altri documenti per operazioni inesistenti) e da una condotta a forma vincolata (l'indicazione degli elementi passivi fittizi in una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte dirette ed all'Iva). A ciò va aggiunto che il reato comune di cui all'art. 640, comma 2, n. 1, del codice penale, presuppone il danno patrimoniale che esula dalla fattispecie penale tributaria, trattandosi di un reato di pericolo o di condotta in quanto la sua consumazione prescinde dal verificarsi dell'evento di danno, con evidente anticipazione della tutela rispetto al reato di truffa. Ma tale caratterizzazione non pone le due fattispecie criminose (la frode fiscale e la truffa aggravata) in rapporto di specialità reciproca, perché il verificarsi dell'evento dannoso è posto al di fuori della fattispecie oggettiva della frode fiscale, rendendo così indifferente che esso si verifichi e postulandosi come necessaria solo la sussistenza di un collegamento teleologico sotto il profilo intenzionale.

Il rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale porta, quindi, ad escludere il concorso di reati, identificando nel delitto di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 74/2000, per gli elementi specializzanti e per la misura della pena, la norma prevalente (5).

Ma, pur volendo escludere la sussistenza del rapporto di specialità tra frode fiscale e truffa aggravata per la mancanza dell'identità naturalistica del fatto, la natura apparente del concorso discende dal principio di consunzione secondo cui per aversi concorso apparente di reati, al di fuori della specialità, è sufficiente l'unità normativa del fatto, desumibile dalla omogeneità tra i fini dei due precetti che giustifica un trattamento sanzionatorio unitario. In sostanza, il principio di consunzione esclude il concorso in tutte le ipotesi nelle quali la realizzazione di un reato comporta, secondo l'*id quod plerumque accidit*, la commissione di un secondo reato che, però, in base ad un giudizio di valore, finisce con l'apparire assorbito dal primo (6).

E, nella specie, i reati di cui agli articoli 2 e 8 del D.Lgs. n. 74/2000 (norma consumante) sono sanzionati più severamente di quelli di cui all'art. 640 del codice penale (norma assorbita). L'apprezzamento negativo della condotta è, quindi, tutto ricompreso nella prima norma che prevede il reato più grave per cui il configurare

anche la previsione meno grave, che di per sé integra una diversa fattispecie, comporterebbe un ingiusto moltiplicarsi di sanzioni penali (7).

3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite con la sentenza in commento - Le Sezioni Unite ritengono che la soluzione della questione debba necessariamente partire dalla preliminare specificazione dei presupposti per la configurabilità o meno del concorso di reati.

In riferimento alla possibilità di escludere il concorso materiale in forza del principio di consunzione, la Corte fa proprio l'atteggiamento rigoristico che è incline a disattendere tale principio in quanto privo di fondamento normativo: il giudizio di valore tra norme, che sottende al principio di consunzione, sarebbe in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività perché fa dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale (8).

D'altra parte, anche la circostanza di considerare assorbente la norma che prevede un trattamento sanzionatorio penale più severo che, in quanto tale, sarebbe idoneo a coprire anche il disvalore del reato meno grave che normalmente vi si accompagna, non attribuisce oggettività alla scelta interpretativa di applicare il criterio di consunzione posto che non può affermarsi in linea di principio che il disvalore del fatto sanzionato più gravemente abbia sempre e comunque carattere assorbente nel rapporto tra le due fattispecie incriminatrici.

Pertanto, l'esigenza del principio del *ne bis in idem* sostanziale, cui sottende la giurisprudenza che fa ricorso al principio di consunzione, in realtà è pienamente assicurato da *"un'applicazione del principio di specialità, secondo un approccio strutturale, che non trascuri l'utilizzo dei normali criteri di interpretazione concernenti la ratio delle norme, le loro finalità e il loro inserimento sistematico, al fine di ottenere che il risultato interpretativo sia conforme ad una ragionevole prevedibilità …"*.

Si tratta, quindi, di partire dal principio di specialità, di cui all'art. 15 del codice penale che delinea il rapporto di genere a specie in base ad uno schema logico-formale: il rapporto di specialità tra fattispecie implica che tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie (quella generale) siano contenuti in un'altra (quella speciale), la quale a sua volta ne contiene di ulteriori cosiddetti "specializzanti". Pertanto, la norma generale ha un'estensione più ampia di quella speciale, ma il rapporto fra le due è tale che, ove la seconda mancasse, i casi che vi rientrerebbero sarebbero riconducibili alla prima.

Partendo da questo schema logico-formale si evidenzia, dal raffronto tra le fattispecie astratte della frode fiscale e della truffa aggravata ai danni dello Stato, che la frode è caratterizzata da uno specifico artifizio: l'emissione e l'utilizzazione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti. E ciò indubbiamente costituisce un elemento specializzante.

Sotto il profilo, poi, dell'evento di danno, l'art. 1, lett. *d)*, del D.Lgs. n. 74/2000 lo identifica nel "*fine di evadere le imposte*" cui è assimilato il fine di "*conseguire un indebito rimborso o il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta*". Il fine di evadere le imposte significa che, per la configurabilità dell'elemento soggettivo del delitto

di frode fiscale è necessario che l'evasione rappresenti l'obiettivo cui l'agente deve tendere (9), ma non è richiesto che si verifichi realmente trattandosi di un reato di pericolo o di mera condotta. Il legislatore ha considerato, infatti, che la condotta, oltre che connotata da particolare disvalore, sia di per sé oggettivamente idonea ad esporre ad un rischio concreto il bene tutelato, cioè l'interesse alla percezione del tributo.
Ma v'è di più. Il legislatore non considera irrilevante l'entità del profitto e del conseguente danno, tant'è che prevede una diminuzione della sanzione (art. 2, terzo comma, e art. 8, terzo comma, del D.Lgs. n. 74/2000), per cui ritenere configurabile il concorso con la truffa aggravata significherebbe svuotare di valenza giuridica la soglia sanzionatoria. E la relazione al D.Lgs. n. 74/2000 conferma tale interpretazione perché quanto alla truffaaggravata ai danni dello Stato fa notare come il reato prescinde sia "*dall'ammontare dell'ingiusto profitto conseguito che dalla particolare natura dell'artificio utilizzato (la quale, nel diritto tributario in esame, assume connotati di particolare disvalore)*".
Queste considerazioni portano alla conclusione che mancano nel reato fiscale i due elementi della induzione in errore e del danno patrimoniale allo Stato che sono, invece, elementi essenziali per la configurazione del reato di truffa.
Circa il rilievo della sussistenza di ulteriori e diversi raggiri rappresentati dalla fraudolenta costituzione ed operatività di società "filtro", quale elemento autonomamente considerabile ai fini della truffa, la Corte osserva che l'affidamento al giudice di merito della valutazione delle particolari modalità esecutive dell'evasione fiscale al fine di ritenere configurabile il concorso con il reato di truffa (10), contrasta con il principio che il *"confronto deve essere effettuato tra le fattispecie astratte e non partendo dalla condotta in concreto posta in essere, da portare a raffronto con le diverse fattispecie astratte, per risolvere il dubbio sulla operatività del criterio di specialità"*(11).
Decisiva appare, poi, la considerazione che la negazione del rapporto di specialità tra le due fattispecie sarebbe in contraddizione con lo spirito della riforma di cui al D.Lgs. n. 74/2000. Infatti, il momento in cui il legislatore ha abbandonato il modello del reato prodromico - caratteristico della precedente disciplina di cui alla legge n. 516/1982- a favore del recupero alla fattispecie penale tributaria del momento dichiarativo in quanto effettivamente lesivo degli interessi dell'erario, peraltro espressamente escludendo una punibilità anticipata a titolo di tentativo *ex* art. 56 del codice penale, ne discende che non è *"ovviamente consentita l'utilizzazione strumentale di un'ipotesi delittuosa comune contro il patrimonio quale la truffa aggravata ai danni dello Stato (eventualmente anche sub specie di tentativo) per alterare, se non stravolgere, il sistema di repressione penale dell'evasione designato dalla legge"*.
Lo stesso deve dirsi per il reato di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, destinate alla eventuale utilizzazione da parte di terzi. La configurabilità di un concorso con la truffa potrebbe portare ad eludere la norma che esclude che la punibilità possa essere anticipata *ex* art. 56 del codice penale, ma anche quella che impedisce il concorso fra emittente ed utilizzatore, in deroga all'art. 110 del codice penale (art. 9 del D.Lgs. n. 74/2000).

Le Sezioni Unite precisano, però, che il concorso è possibile laddove dalla frode fiscale derivi un profitto ulteriore rispetto all'evasione fiscale. In questo caso il danno che l'autore del reato si rappresenta non riguarda, o non riguarda solo, il rapporto fiscale, con la conseguenza che se la frode è volta ad ottenere altri obiettivi, allora non opera il rapporto di specialità perché una stessa condotta viene utilizzata per finalità diverse, viola diverse disposizioni di legge e non può essere esaurita nell'ambito del sistema sanzionatorio della disciplina penale tributaria.

Infine, il rischio che l'esclusione del concorso materiale di reati fra frode fiscale e truffa aggravata ai danni dello Stato, possa determinare un'inadeguatezza del sistema sanzionatorio ad efficacemente contrastare le frodifiscali per l'inapplicabilità, ai reati di cui al D.Lgs. n. 74/2000, della confisca per equivalente, prevista invece per la truffa aggravata ai danni dello Stato, deve ormai considerarsi superata. La lacuna, infatti, è stata colmata a seguito della legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 1, comma 143, secondo cui *"nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 322-ter del codice penale".* In questo modo le somme sottratte all'Iva dovuta costituiscono il profitto del reato, in ordine al quale è possibile la confisca per equivalente (12).

---

(1) La presenza di società "filtro", che possono anche essere estranee al meccanismo frodatorio, rende più difficile la ricostruzione della frode per la maggiore difficoltà di risalire al collegamento tra "cartiera" ed effettivo cessionario.

(2) Al fine di contrastare le frodi carosello, con il comma 386 dell'art. 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311(Finanziaria per il 2005) è stato introdotto l'art. 60-*bis* (Solidarietà nel pagamento dell'imposta) al D.P.R. n. 633/1972 con il quale viene stabilito che i contribuenti Iva che acquistano determinati beni, individuati dal Decreto ministeriale 22 dicembre 2005 (autoveicoli, prodotti di telefonia e loro accessori, *personal computer* e loro componenti ed accessori, animali vivi della specie bovina, ovina suina e loro carni fresche, cioè i beni che più di frequente sono oggetto delle frodi carosello) a prezzi inferiori a quelli di mercato, sono responsabili con il venditore del mancato versamento dell'imposta. Si tratta di una forma di solidarietà tra cedente e cessionario, purché soggetto agli obblighi Iva, per il versamento dell'Iva relativa all'operazione di compravendita che li riguarda. È evidente che la finalità della norma è quella di evitare che un determinato bene sia ceduto ad un prezzo inferiore a quello normalmente praticato, con l'intento di eludere l'applicazione dell'imposta.

(3) Cassazione, sez. V, 16 febbraio 2007, n. 6825. Appare interessante ricostruire la vicenda oggetto della sentenza.
A seguito di indagini di Polizia tribunale, il Tribunale condannava alcuni commercianti all'ingrosso di carni bovina per associazione per delinquere volta ad evadere il pagamento dell'Iva e delle imposte dirette attraverso l'emissione e

l'utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti e per truffa aggravata ai danni dello Stato.
Sul ricorso proposto dai contribuenti ed in parziale riforma della sentenza, il giudice d'appello assolveva gli imputati dal reato di truffa all'Erario ritenendo il fatto commesso con la stessa condotta del reato tributario che, quindi, faceva venir meno il *quid pluris* che avrebbe dovuto differenziare le due condotte e, quindi, giustificare il concorso effettivo e non meramente apparente.
Tale giudizio veniva, però, ritenuto viziato dall'adita Corte di Cassazione che (sent. n. 6825/2007) perché i reati contestati erano sia di emissione che di utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti, mentre la truffa era stata configurata in relazione all'interposizione fittizia di società cartiere destinate ad apparire, per mezzo della emissione ed utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti, debitrici dell'Iva non versata, in luogo delle società effettivamente destinatarie degli acquisti di merci.
Pertanto, la Suprema Corte annullava la precedenza sentenza con rinvio della causa ad altra sezione della Corte d'Appello, affinché si uniformasse a tale principio.
La Corte d'Appello, in applicazione del principio sancito dalla Corte di Cassazione, condannava i ricorrenti ritenendo operante il concorso tra in due reati poiché era emerso un sistema che, mediante condotte artificiose, configurava, oltre ai delitti di emissione ed utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti, anche il delitto di truffa.
L'ulteriore ricorso in Cassazione, volto a dimostrare l'insussistenza del concorso, ha confermato la decisione di cui alla precedenza sentenza rilevando che il delitto di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 74/2000 è di mera condotta, mentre quello di cui all'art. 640 del codice penale è reato di danno e di evento (Cassazione, sez. I, 15 luglio 2010, n. 27541).
Inoltre, sempre per il concorso materiale, Cassazione, sez. III, 9 aprile 2007, n. 14707 .
(4) Cassazione, sez. V, 16 febbraio 2007, n. 6825, *cit.*
(5) In giurisprudenza, Cassazione, sez. II, 28 ottobre 2009, n. 41488 ; Cassazione, 29 ottobre 2008, n. 40429; Cassazione, 24 febbraio 2004, n. 7996. Il Supremo Collegio nella sentenza n. 40429 rileva che il rapporto di specialità tra la fattispecie di frode fiscale e quella di truffa aggravata *ex* art. 640 capoverso del codice penale. trova una diretta conferma nell'art. 8 della legge n. 289/2002 laddove il legislatore ha escluso la punibilità per i reati di cui agli artt. 2, 3, 4, 5 e 10 del D.Lgs. n. 74/2000 una volta perfezionata la dichiarazione integrativa (comma 6 del citato art. 8). Inoltre, la dichiarazione integrativa dei redditi e degli imponibili non genera, ai sensi del comma 12 dell'art. 8, obbligo o facoltà della segnalazione di cui all'art. 331 del codice di procedura penale. Pertanto, a parere della Corte, *"è d'obbligo concludere che il legislatore ha escluso il concorso tra il delitto di truffa ai danni dello Stato. Diversamente, non avrebbe stabilito l'esonero dalla denuncia e non avrebbe espressamente stabilito che l'integrazione effettuata ai sensi dell'art. 8, legge cit., non costituisce notizia di reato. Se, nonostante il condono e la previsione di non punibilità per i delitti di frode fiscale e di tutti i delitti commessi per eseguirli od occultarli, residuasse il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato, si*

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

verserebbe in un'inverosimile ipotesi di istigazione normativa alla commissione del delitto di omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale di cui all'art. 361 c.p.". In dottrina, MUSCO-ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2010, pagg. 124 e seguenti; NAPOLEONI, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2000, pag. 68; PRICOLO, *Sub art. 2*, in AA.VV., *Diritto e procedura penale tributaria*, Padova, 2001, pag. 126.

(6) Sul principio di consunzione FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale pt. g.*, Bologna, 2010, pagg. 686 e seguenti.

(7) Cassazione, sez. III, 11 ottobre 2007, n. 37409, *inedita*.

(8) Questa tesi è contrastata dalla dottrina perché si giustificherebbe solo nell'ambito di un contesto ordinamentale diverso da quello vigente, cioè nell'ambito di un sistema penale più razionale e meno pletorico, incentrato su fattispecie incriminatrici dotate di autonomi spazi di tutela (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale pt.g.*, *cit.*, pag. 689).

(9) Così MUSCO-ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2010, pag. 117.

(10) Cassazione, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 6825, *cit.*.

(11) Sul punto, in dottrina FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale pt.g.*, *cit.*, pag. 685.

(12) Sulla confisca per equivalente applicata ai reati tributari, cfr. MUSCO-ARDITO, *Diritto penale tributario*, *cit.*, pag. 71.

Fisco, 2019, 12, 1143 (dottrina)

REGIME IVA DELLE VENDITE A DISTANZA DI PRODOTTI ELETTRONICI TRAMITE PIATTAFORMA *ON LINE*

di Marco Peirolo (*)

Il D.L. n. 135/2018 (c.d. Decreto semplificazioni), con una finzione giuridica, scompone le vendite a distanza di telefoni cellulari, *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop* effettuate per mezzo di piattaforme *on line* in una duplice operazione: dal cedente all'interfaccia elettronica e da quest'ultima al cessionario. Le nuove disposizioni recepiscono, limitatamente ai citati prodotti elettronici, la specifica disciplina prevista, per tutte le tipologie di beni mobili materiali, dalla Direttiva 2017/2455/UE, che regola - con effetto dal 1° gennaio 2021 - le vendite a distanza mediante l'uso di piattaforme *on line*. Un aspetto non definito dal D.L. n. 135/2018, ma che risulta di fondamentale importanza per applicare la nuova normativa, è quello del luogo impositivo della duplice cessione, da ritenersi coincidente con quello in cui prodotti elettronici si trovano al momento dell'arrivo della spedizione o del trasporto a destinazione dell'acquirente.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Sommario: 1. Premessa - 2. Cessioni di telefoni cellulari, *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop* - 3. Cessioni di prodotti elettronici per mezzo di piattaforme *on line* - 4. Luogo impositivo della doppia cessione - 5. Proroga dei termini di versamento IVA e di trasmissione dell'esterometro

1. Premessa

Con la conversione del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (c.d. Decreto semplificazioni) nella Legge 11 febbraio 2019, n. 12 sono state introdotte alcune novità in materia di IVA, riguardanti le **cessioni di apparecchi elettronici**.

I commi da 11 a 15 dell'art. 11-*bis* del D.L. n. 135/2018 hanno previsto una disciplina diretta a contrastare i fenomeni di elusione e di evasione dell'IVA nell'ambito delle transazioni commerciali, effettuate tramite piattaforme *on line*, di determinati prodotti elettronici (telefoni cellulari, *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop*).

Nel caso delle vendite dei predetti beni, facilitate da soggetti passivi che mettono a disposizione di terzi l'uso di un'interfaccia elettronica, una piattaforma, un portale o mezzi analoghi, questi ultimi soggetti - pur non essendo parte diretta della transazione - sono considerati come soggetti che hanno ricevuto e, successivamente, ceduto tali beni.

Le nuove disposizioni sono, pertanto, rivolte ai soggetti che gestiscono piattaforme *on line* e che - oltre a vendere direttamente i predetti beni, in riferimento ai quali l'applicazione dell'IVA è soggetta a ***reverse charge*** *ex* art. 17, comma 6, lett. b) e c), del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 se le relative cessioni sono effettuate nella fase distributiva che precede il commercio al dettaglio - mettono a disposizione le proprie strutture per favorire la vendita di apparecchi elettronici di altri soggetti, dai quali ricevono una parte del ricavo derivante dalla transazione.

L'art. 11-*bis* del D.L. n. 135/2018 recepisce, limitatamente ai **telefoni cellulari**, ***console*da gioco**, ***tablet*** **PC e *laptop***, la specifica disciplina prevista, per tutte le tipologie di beni mobili materiali, dall'art. 2 della Direttiva 2017/2455/UE del 5 dicembre 2017, che regola - con effetto dal 1° gennaio 2021 - le vendite a distanza e le cessioni di beni all'interno della UE mediante l'uso di interfacce elettroniche[1].

Dal considerando n. 7 alla Direttiva 2017/2455/UE si desume la finalità del novellato regime: "Gran parte delle vendite a distanza di beni, forniti da uno Stato membro all'altro e da territori terzi o paesi terzi alla Comunità, è facilitata tramite l'uso di un'**interfaccia elettronica** quale un mercato virtuale (*marketplace*), una piattaforma, un portale o mezzi analoghi, spesso col ricorso a sistemi di deposito logistico. Benché gli Stati membri possano stabilire che una persona diversa dal debitore dell'imposta sia responsabile in solido per l'assolvimento dell'IVA in tali casi, ciò si è dimostrato insufficiente ad assicurare la riscossione effettiva ed efficace dell'IVA. Per conseguire tale obiettivo e ridurre l'onere amministrativo per i venditori, le amministrazioni fiscali e i consumatori è pertanto necessario coinvolgere i soggetti passivi che facilitano le vendite a distanza di beni tramite l'uso di una tale interfaccia elettronica nella riscossione dell'IVA sulle suddette vendite, disponendo che essi siano considerati le persone che effettuano le vendite in questione. Per le vendite a distanza di beni

importati da territori terzi o paesi terzi nella Comunità, questa disposizione dovrebbe essere limitata alle vendite di beni spediti o trasportati con spedizioni di valore intrinseco non superiore a 150 EUR, mentre per un valore superiore una dichiarazione doganale completa è richiesta a fini doganali al momento dell'importazione".

2. Cessioni di telefoni cellulari, *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop*

In via preliminare all'esame della disciplina introdotta dal "Decreto semplificazioni" si richiama brevemente il regime di inversione contabile applicabile ai telefoni cellulari, *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop*.

L'art. 17, comma 6, del D.P.R. n. 633/1972 include, fra le operazioni soggette a *reverse charge*, le cessioni di telefoni cellulari (lett. b) e le cessioni di *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop*, nonché le cessioni di dispositivi a circuito integrato, quali microprocessori e unità centrali di elaborazione, effettuate prima della loro installazione in prodotti destinati al consumatore finale (lett. c).

La previsione di **inversione contabile** è in linea con l'art. 199-*bis*, par. 1, della Direttiva 2006/112/CE del 28 novembre 2006, che autorizza gli Stati membri dell'Unione Europea ad adottare tale sistema per le "cessioni di telefoni cellulari, concepiti come dispositivi fabbricati o adattati per essere connessi a una rete munita di licenza e funzionanti a frequenze specifiche, con o senza altro utilizzo" (lett. c) e le "cessioni di *console* di gioco, *tablet* PC e *laptop*" (lett. h).

Le disposizioni in materia di *reverse charge*, inizialmente applicabili alle **operazioni** effettuate fino al 31 dicembre 2018, sono state successivamente prorogate **fino al 30 giugno 2022** ad opera del comma 2-*bis* dell'art. 2 del D.L. 23 ottobre 2018, n. 119, introdotto in sede di conversione dalla Legge 17 dicembre 2018, n. 136[2]. Il rinvio è conforme all'art. 199-*bis* della Direttiva 2006/112/CE, che, nel testo modificato dalla Direttiva 2018/1965/UE del 6 novembre 2018, amplia l'ambito temporale di applicazione del *reverse charge*, per le operazioni in esame, dal 31 dicembre 2018 al 30 giugno 2022.

Dal punto di vista soggettivo, l'Agenzia delle entrate[3], confermando l'interpretazione fornita in merito alle cessioni di apparecchi di telefonia mobile[4], limita l'applicazione dell'inversione contabile prevista per le *console* da gioco, i *tablet* PC e i *laptop* alle **cessioni** effettuate nella **fase distributiva** che precede il commercio al dettaglio, sebbene - sul piano normativo - l'art. 17, comma 6, lett. c), del D.P.R. n. 633/1972 si riferisca "alle cessioni di *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop*, nonché alle cessioni di dispositivi a circuito integrato, quali microprocessori e unità centrali di elaborazione, effettuate prima della loro installazione in prodotti destinati al consumatore finale", con ciò risultando evidente - anche alla luce delle analoghe disposizioni comunitarie - che per la prima tipologia di operazioni (cessioni di *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop*) non è previsto uno specifico riferimento allo stadio commerciale in cui le cessioni devono essere effettuate per rientrare nell'ambito dell'inversione contabile[5].

3. Cessioni di prodotti elettronici per mezzo di piattaforme *on line*

Come anticipato, i commi da 11 a 15 dell'art. 11-*bis* del D.L. n. 135/2018 disciplinano le cessioni di apparecchi elettronici facilitate dai soggetti che mettono a disposizione di terzi l'uso di una piattaforma *on line*.

In linea di principio, il regime del *reverse charge* non dovrebbe applicarsi a tali soggetti, non essendo parte della transazione. Tuttavia, per effetto delle modifiche introdotte dal "Decreto semplificazioni", i soggetti che favoriscono le **vendite a distanza** di telefoni cellulari, *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop* si considerano come soggetti che hanno ricevuto e, successivamente, ceduto tali beni.

Di conseguenza, a seguito delle novellate disposizioni, i soggetti in esame devono applicare il meccanismo dell'inversione contabile per l'**operazione** di cui, per **finzione giuridica**, sono **destinatari**, in quanto acquirenti.

Nello specifico, i commi 11 e 12 dell'art. 11-*bis* del D.L. n. 135/2018 dispongono che, se un soggetto passivo facilita, tramite l'uso di un'interfaccia elettronica quale un mercato virtuale, una piattaforma, un portale o mezzi analoghi, le vendite a distanza di telefoni cellulari, *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop*, importati da territori terzi o Paesi terzi, di valore intrinseco non superiore a euro 150 (comma 11), ovvero facilita le cessioni dei medesimi beni da un soggetto passivo non stabilito nella UE a una persona che non è soggetto passivo (comma 12), lo stesso soggetto passivo che facilita le vendite a distanza o le cessioni è considerato come avente ricevuto e ceduto detti beni.

In sostanza, in analogia a quanto previsto dall'art. 14-*bis* della Direttiva 2006/112/CE, aggiunto dalla Direttiva 2017/2455/UE, l'unica **operazione di vendita**, dal cedente al cessionario, viene **scomposta in due cessioni**, di cui una dal fornitore all'interfaccia elettronica e l'altra da quest'ultima al consumatore finale, con la presunzione - prevista dal comma 13 - "che la persona che vende i beni tramite l'interfaccia elettronica sia un soggetto passivo e la persona che acquista tali beni non sia un soggetto passivo".

Il comma 14, in conformità al novellato art. 242-*bis* della Direttiva 2006/112/CE, al fine di agevolare le azioni di **contrasto di fenomeni fraudolenti**, pone in capo al soggetto passivo che facilita le vendite a distanza l'onere di conservare la **documentazione** di tali vendite e di metterla a disposizione delle Amministrazioni fiscali degli Stati membri in cui le predette cessioni sono imponibili. La documentazione deve essere: (i) sufficientemente dettagliata in modo da consentire la verifica in ordine alla corretta contabilizzazione dell'IVA; (ii) a richiesta disponibile in formato elettronico; (iii) conservata per un periodo di dieci anni a decorrere dal 31 dicembre dell'anno in cui l'operazione è stata effettuata.

Il comma 15, infine, dispone che il soggetto passivo che facilita le vendite a distanza, nel caso in cui sia stabilito in un Paese che non ha concluso un accordo di assistenza reciproca con l'Italia, è tenuto a designare un **intermediario**che agisca in suo nome e per suo conto.

Va notato che le nuove disposizioni introdotte in sede di conversione del D.L. n. 135/2018 non tengono conto *in claris* delle modifiche al testo del Reg. UE 282 del 15 marzo 2011 contenute nella proposta di Direttiva COM (2018) 821 dell'11 dicembre 2018. Per quanto riguarda il tema qui in esame, la proposta introduce gli artt. 5-*ter* e 54-*ter*, che contribuiscono a chiarire il senso dell'art. 14-*bis* della Direttiva 2006/112/CE[6].

4. Luogo impositivo della doppia cessione

Un altro aspetto non definito dall'art. 11-*bis* del D.L. n. 135/2018, di fondamentale importanza per applicare la nuova norma, è l'individuazione del luogo impositivo della duplice cessione che, per effetto della presunzione contenuta nel comma 13, è "B2B" (*business to business*) nel rapporto tra il cedente e l'interfaccia elettronica e "B2C" (*business to consumer*) nel rapporto tra l'interfaccia elettronica e il cessionario.

Anche in assenza di una definizione positivamente calata nella norma, si deve ricordare che le disposizioni di cui si discute si inseriscono nel quadro del passaggio dal regime transitorio al regime definitivo, nel quale viene adottato il principio di **tassazione nel luogo di "consumo"** (effettivo o presunto) del bene o del servizio.

Con tale *driver* nella mente, si può osservare che, dalle disposizioni dell'art. 33 della Direttiva 2006/112/CE, la doppia cessione assume rilevanza nel luogo in cui i prodotti elettronici si trovano al momento dell'**arrivo della spedizione o del trasporto a destinazione** dell'acquirente[7].

La disciplina dell'art. 11-*bis* del D.L. n. 135/2018 opera, pertanto, limitatamente alle vendite da impresa a consumatore, mediante una piattaforma *on line*, di telefoni cellulari, *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop* spediti o trasportati in Italia.

In questa ipotesi, il soggetto passivo che gestisce l'interfaccia elettronica, se non stabilito nello Stato italiano, deve ivi identificarsi ai fini dell'IVA operando, per l'**acquisto**, il ***reverse charge*** di cui all'art. 17, comma 6, lett. b) e c), del D.P.R. n. 633/1972 e, per la **vendita interna**, l'**addebito dell'IVA**.

Riguardo all'**operazione passiva**, posta in essere dal soggetto passivo che gestisce la piattaforma *on line*, sono utili i chiarimenti forniti dall'Agenzia delle entrate, la quale - intervenuta per illustrare l'estensione del sistema di inversione contabile alle cessioni di *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop* ad opera dell'art. 1, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 11 febbraio 2016, n. 24, di attuazione della Direttiva 2013/43/UE del 22 luglio 2013 - ha precisato che l'obbligo di assolvimento dell'imposta mediante *reverse charge* sussiste anche se il cessionario non è stabilito in Italia, con la conseguenza che tale soggetto - benché privo di sede o di stabile organizzazione nel territorio dello Stato - dovrà identificarsi ai fini IVA in Italia per essere in grado di adempiere agli obblighi sostanziali e formali discendenti dall'operazione posta in essere[8].

In pratica, l'Agenzia, per le operazioni di cui agli artt. 17, commi 5 e 6, e 74, commi 7 e 8, del D.P.R. n. 633/1972, giustifica la traslazione dell'obbligo d'imposta in capo al cessionario sulla base del principio di ultraterritorialità della soggettività passiva sancito dall'art. 9, par. 1, della Direttiva 2006/112/CE, secondo cui è soggetto

passivo "chiunque esercita, in modo indipendente e in qualsiasi luogo, un'attività economica (...)"(9).

Dal punto di vista temporale, in applicazione dell'art. 66-*bis* della Direttiva 2006/112/CE, introdotto dalla Direttiva 2017/2455/UE, secondo cui "il fatto generatore dell'imposta si verifica e l'IVA diventa esigibile nel momento in cui il pagamento è stato accettato", è da ritenere che tanto la **vendita "B2B"**, tra il cedente e l'interfaccia, quanto la vendita "**B2C**", tra l'interfaccia e il cessionario, si verifichino contestualmente con l'**accettazione del pagamento**, vale a dire - in base all'art. 41-*bis* del Reg. UE 282/2011, proposto dalla Commissione europea nel citato doc. COM (2018) 821 - nel "momento in cui la conferma di pagamento, il messaggio di autorizzazione del pagamento o un impegno di pagamento da parte dell'acquirente è ricevuto da o per conto del fornitore che vende beni tramite l'interfaccia elettronica, a prescindere da quando è effettivamente versato l'importo in questione".

Nello scenario descritto è intervenuta la Commissione europea, che con la proposta di Direttiva COM (2018) 819 dell'11 dicembre 2018, prevede che la spedizione o il trasporto sia imputato alla cessione "B2C" dall'interfaccia elettronica al cessionario, mentre la prima cessione "B2B" sia esclusa da IVA con il diritto per il cedente di detrarre l'imposta assolta, a monte, per l'acquisto o l'importazione dei beni ceduti tramite la piattaforma *on line*.

Nel considerando n. 2 alla proposta di Direttiva si giustifica tale modifica osservando che: "Sebbene un soggetto passivo che facilita, tramite l'uso di un'interfaccia elettronica, la cessione di beni a persone che non sono soggetti passivi nella Comunità può, conformemente alle norme vigenti, detrarre l'IVA pagata ai cedenti non stabiliti nella Comunità, sussiste il rischio che quest'ultimo possa non versare l'IVA alle autorità fiscali. Per evitare tale rischio, la cessione da parte del cedente che vende i beni tramite l'uso di un'interfaccia elettronica dovrebbe essere esente dall'IVA, mentre a tale cedente dovrebbe essere concesso il diritto di detrarre l'IVA a monte che ha versato per l'acquisto o l'importazione dei beni ceduti".

La finalità della proposta è, quindi, quella di evitare alla radice le possibili perdite di gettito dovute al mancato pagamento dell'IVA, in via di rivalsa, da parte dell'interfaccia elettronica al cedente che vende i beni mediante l'interfaccia stessa.

Nel caso dell'Italia, tale inconveniente non si porrebbe comunque per i telefoni cellulari, *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop*, in quanto la traslazione dell'obbligo d'imposta in capo al cessionario, stabilito o identificato nel territorio dello Stato, esclude la possibilità che il cedente trattenga l'imposta pagata, a titolo di rivalsa, dalla piattaforma *on line*.

5. Proroga dei termini di versamento IVA e di trasmissione dell'esterometro

Da ultimo, si rammenta che, con comunicato stampa del 27 febbraio 2019, l'Agenzia delle entrate ha reso noto che, con D.P.C.M. 27 febbraio 2019, è prevista la **proroga**, tra gli altri, dei termini per i **versamenti IVA** e per la trasmissione delle comunicazioni dei dati delle operazioni transfrontaliere (c.d. **esterometro**) per i

soggetti che facilitano le vendite a distanza di telefoni cellulari, *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop* mediante l'uso di interfacce elettroniche.

In particolare, è stata disposta la proroga: (i) al 16 maggio 2019 del termine per l'effettuazione dei versamenti dell'IVA relativi ai primi tre mesi del 2019, con la maggiorazione dello 0,40% mensile a titolo di interessi; (ii) al 31 maggio 2019 del termine per la trasmissione delle comunicazioni dei dati delle operazioni transfrontaliere relative ai mesi di marzo e aprile 2019.

(*) Dottore commercialista in Torino.

(1) Cfr. art. 14-*bis* della Direttiva 2006/112/CE, che - al par. 1 - dispone che: "Se un soggetto passivo facilita, tramite l'uso di un'interfaccia elettronica quale un mercato (*marketplace*), una piattaforma, un portale o mezzi analoghi, le vendite a distanza di beni importati da territori terzi o paesi terzi con spedizioni di valore intrinseco non superiore a 150 EUR, si considera che lo stesso soggetto passivo in questione abbia ricevuto e ceduto detti beni". Il successivo par. 2 stabilisce che: "Se un soggetto passivo facilita, tramite l'uso di un'interfaccia elettronica quale un mercato virtuale (*marketplace*), una piattaforma, un portale o mezzi analoghi, le cessioni di beni effettuate nella Comunità da un soggetto passivo non stabilito nella Comunità a una persona che non è un soggetto passivo, si considera che lo stesso soggetto passivo che facilita la cessione abbia ricevuto e ceduto detti beni".

(2) Ai sensi dell'art. 17, comma 8, del D.P.R. n. 633/1972, la proroga al 30 giugno 2022 si applica anche alle fattispecie di cui alle lett. d-*bis*), d-*ter*) e d-*quater*) del sesto comma dell'art. 17, riferite, rispettivamente, ai trasferimenti di quote di emissioni di gas a effetto serra disciplinate dalla Direttiva 2003/87/CE, ai trasferimenti di altre unità che possono essere utilizzate per conformarsi alla Direttiva 2003/87/CE, nonché di certificati relativi al gas e all'energia elettrica e, infine, alle cessioni di gas e di energia elettrica a "soggetti passivi-rivenditori" *ex* art. 7-*bis*, comma 3, lett. a), del D.P.R. n. 633/1972.

(3) Cfr. circolare 25 maggio 2016, n. 21/E (§ 2.1).

(4) Si veda la risoluzione dell'Agenzia delle entrate 31 marzo 2011, n. 36/E (§ A.1).

(5) Come sottolineato dalla circolare n. 21/E/2016 (§ 2.1), la soluzione adottata dall'Agenzia è "coerente con l'ampia facoltà concessa agli Stati membri in forza del citato art. 199-*bis* della direttiva IVA e con le caratteristiche che connotano il meccanismo del *reverse charge*, vale a dire, l'utilità ad evitare e scoraggiare eventuali tentativi di frode, nonché semplificare la procedura di riscossione dell'IVA (…)".

(6) Ai sensi dell'art. 5-*ter* del Reg. UE 282/2011: "Ai fini dell'applicazione dell'art. 14 *bis* della direttiva 2006/112/CE, il termine 'facilita' designa l'uso di un'interfaccia elettronica che consenta a un acquirente e a un fornitore, che vende beni tramite l'interfaccia elettronica, di stabilire un contatto che dia luogo a una cessione di beni a tale acquirente tramite detta interfaccia elettronica.

Tuttavia, un soggetto passivo non facilita una cessione di beni se sono soddisfatte le seguenti condizioni:
(a) il soggetto passivo non stabilisce, direttamente o indirettamente, le condizioni generali in base alle quali è effettuata la cessione di beni;
(b) il soggetto passivo non partecipa, direttamente o indirettamente, alla riscossione presso l'acquirente del pagamento effettuato;
(c) il soggetto passivo non partecipa, direttamente o indirettamente, all'ordinazione o alla consegna dei beni.
Inoltre, l'art. 14 *bis* della direttiva 2006/112/CE non si applica a un soggetto passivo che effettui unicamente una delle operazioni seguenti:
(a) il trattamento dei pagamenti in relazione alla cessione di beni;
(b) la catalogazione o la pubblicità di beni;
(c) il fatto di reindirizzare o trasferire acquirenti verso altre interfacce elettroniche in cui sono posti in vendita beni, senza ulteriori interventi nella cessione".

In base, invece, all'art. 54-*ter* dello stesso Regolamento: "1. Ai fini dell'applicazione dell'art. 242 *bis* della direttiva 2006/112/CE, il termine 'facilita' designa l'uso di un'interfaccia elettronica che consenta a un acquirente e a un fornitore, che vende beni o presta servizi tramite l'interfaccia elettronica, di stabilire un contatto che dia luogo a una cessione di beni o a una prestazione di servizi a tale acquirente tramite detta interfaccia elettronica.

Tuttavia, il termine 'facilita' non comprende una cessione di beni o una prestazione di servizi se sono soddisfatte le seguenti condizioni:
a) il soggetto passivo non stabilisce, direttamente o indirettamente, le condizioni generali in base alle quali è effettuata la cessione o prestazione;
b) il soggetto passivo non partecipa, direttamente o indirettamente, alla riscossione presso l'acquirente del pagamento effettuato;
c) il soggetto passivo non partecipa, direttamente o indirettamente, all'ordinazione o alla consegna dei beni;
d) il soggetto passivo non partecipa, direttamente o indirettamente, alla prestazione del servizio.

2. Ai fini dell'applicazione dell'art. 242 *bis* della direttiva 2006/112/CE, il termine 'facilita' non comprende i casi in cui un soggetto passivo effettui unicamente una delle operazioni seguenti:
a) il trattamento dei pagamenti in relazione alla cessione o prestazione;
b) la catalogazione o la pubblicità di beni o servizi;
c) il fatto di reindirizzare o trasferire acquirenti verso altre interfacce elettroniche in cui sono offerti beni o servizi, senza ulteriori interventi nella cessione o prestazione".

(7) Il novellato art. 33 della Direttiva 2006/112/CE stabilisce che: "In deroga all'art. 32:

a) è considerato luogo di cessione delle vendite a distanza intracomunitarie di beni il luogo in cui i beni si trovano al momento dell'arrivo della spedizione o del trasporto dei beni a destinazione dell'acquirente;

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

b) è considerato luogo di cessione delle vendite a distanza di beni importati da territori terzi o paesi terzi in uno Stato membro diverso da quello di arrivo della spedizione o del trasporto dei beni a destinazione dell'acquirente il luogo in cui i beni si trovano al momento dell'arrivo della spedizione o del trasporto dei beni a destinazione dell'acquirente;

c) è considerato luogo di cessione delle vendite a distanza di beni importati da territori terzi o paesi terzi nello Stato membro di arrivo della spedizione o del trasporto dei beni a destinazione dell'acquirente il luogo situato in tale Stato membro, purché l'IVA su tali beni sia dichiarata nell'ambito del regime speciale di cui al titolo XII, capo 6, sezione 4".

(8) Cfr. circolare n. 21/E/2016 (§ 2), che richiama sul punto la risoluzione dell'Agenzia delle entrate 28 marzo 2012, n. 28/E.

(9) Si veda M. Peirolo, "Ambito applicativo del *reverse charge* per le cessioni di *console* da gioco, *tablet* PC e *laptop*", in *il fisco*, n. 30/2016, pag. 2936.

I TRE VOLTI DELLA *VOLUNTARY DISCLOSURE*: CAUSA DI NON PUNIBILITÀ, AUTODENUNCIA E FONTE AUTONOMA DI RESPONSABILITÀ PENALE

di Alex Ingrassia(*)

D.Lgs. 08-06-2001, n. 231, epigrafe

L. 15-12-2014, n. 186, epigrafe

D.L. 22-10-2016, n. 193, epigrafe

L. 01-12-2016, n. 225, epigrafe

Lo scritto ha ad oggetto le ricadute penalistiche della procedura di collaborazione volontaria, cd. *voluntary disclosure*, inizialmente introdotta dalla L. n. 186/2014 e oggi riproposta dal D.L. n. 193/2016, conv. L. n. 225/2016. In particolare, dopo una breve ricostruzione dei tratti caratterizzanti la collaborazione volontaria, vengono analizzati i tre volti dell'istituto: (a) gli effetti *in bonam partem*, conseguenti alla conclusione positiva della procedura, ovvero l'applicazione al cd. collaborante volontario e ai concorrenti nel reato di una causa sopravvenuta di non punibilità per alcuni delitti tributari e per le condotte di riciclaggio, autoriciclaggio e reimpiego aventi quale oggetto materiale il profitto dei predetti delitti; (b) i principali reati per cui la causa di non punibilità non opera e la relazione tra *voluntary disclosure* e responsabilità dell'ente *ex* D.Lgs. n. 231/2001, valutando il rischio che l'accesso alla procedura possa risolversi in una sostanziale autodenuncia; (c) i reati che possono essere commessi, abusando della procedura, e, segnatamente, i delitti di esibizione di atti falsi e comunicazione di dati non rispondenti al vero e di ricorso fraudolento alla collaborazione volontaria (reati introdotti *ad hoc* per punire condotte fraudolente realizzate nel contesto della procedura), nonché di riciclaggio, di autoriciclaggio e di truffaai danni dello Stato.

Sommario: Prologo: la nuova procedura di *voluntary disclosure*, il rinnovato patto tra contribuente infedele e Fisco - I tratti fondamentali della procedura di collaborazione volontaria - Gli effetti penalistici *in bonam partem*: i reatinon punibili a seguito di conclusione positiva della procedura di collaborazione volontaria - Le rilevanti assenze: restano punibili molti reati prodromici all'evasione o finalizzati ad occultarla - I (principali) reati comuni non coperti dalla collaborazione volontaria - *Voluntary disclosure* ed intestazione fittizia di beni: una relazione pericolosa?- Quale incidenza della collaborazione volontaria sulla responsabilità degli enti? - La *voluntary disclosure* come condotta penalmente rilevante - Il delitto di "esibizione di atti falsi e comunicazioni di dati non rispondenti al vero" e la responsabilità del professionista - La nuova fattispecie di "ricorso fraudolento alla procedura di collaborazione volontaria": il rischio di effetti disnomici - La relazione tra i delitti propri della *voluntary* con i reati di riciclaggio, autoriciclaggio e truffa ai danni dello Stato - Conclusioni: i rischi di una iper-criminalizzazione (minacciata) rispetto all'appetibilità della procedura di *voluntary disclosure*

Prologo: la nuova procedura di *voluntary disclosure*, il rinnovato patto tra contribuente infedele e Fisco

La procedura di c.d. collaborazione volontaria è stata introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento con la L. n. 186/2014[1], unitamente alla nuova fattispecie di autoriciclaggio, come una sorta di ultima *chance* per il contribuente infedele per far rientrare od emergere i capitali, giacché ogni ulteriore movimento di proventi delittuosi avrebbe da quel momento in poi potuto integrare, vista la descrizione aperta della fattispecie di cui all'art. 648 *ter*.1, c.p.[2], un delitto punito con la reclusione fino a otto anni e che comporta la confisca del capitale costituente l'oggetto materiale dell'illecito.

Si trattava, peraltro, di un'opportunità non a buon mercato: l'istituto non era né uno "scudo" né un condono, "non c'è rinuncia da parte dell'Agenzia delle entrate ad alcun potere istruttorio e d'accertamento, né vi sono sconti d'imposta o compromessi sulla clandestinità del possesso illecito"[3]. In altre parole il contribuente infedele, che avviava la procedura autodenunciandosi al Fisco, doveva pagare tutti i tributi evasi (relativi agli anni d'imposta per cui è ancora possibile un accertamento), le correlate sanzioni e gli interessi maturati.

Si era anzi notato che l'introduzione del delitto di autoriciclaggio aveva messo in secondo piano il nucleo fondamentale della L. n. 186/2014, ovvero la procedura di *voluntary disclosure*[4], i cui profili penalistici, pur di minor impatto sistematico, si legavano indissolubilmente alla predetta fattispecie. In effetti *voluntary disclosure* e autoriciclaggio costituivano, come era stato suggestivamente notato[5], rispettivamente la carota ed il bastone utilizzati dal legislatore nel tentativo di realizzare quell'auspicata riemersione di capitali provento di evasione, detenuti sia in Italia che all'estero. Il messaggio al contribuente infedele era univoco: la *voluntary disclosure* è l'ultima *chance* per far rientrare od emergere i capitali, perché ogni

ulteriore movimento di proventi delittuosi potrebbe integrare, stante la descrizione aperta della fattispecie di cui all'art. 648 *ter*.1 c.p., una condotta criminosa.
Come contropartita per la resipiscenza del contribuente, lo Stato irrogava sanzioni tributarie minori e garantiva la non punibilità per una serie di fattispecie penali. Questo aspetto si presentava in controtendenza rispetto ai precedenti interventi di c.d. scudo fiscale, che collegavano gli effetti premiali di non punibilità a pagamenti percentuali ridotti rispetto al debito effettivamente maturato ed autodenunciato dal contribuente(6).
Il termine ultimo per presentare la dichiarazione di adesione alla procedura era stato previsto per il 30 novembre 2015, con facoltà di presentare i documenti a supporto entro il successivo 30 dicembre 2015.

In seguito, con l'art. 7, D.L. n. 193/2016, convertito con L. n. 225/2016, il legislatore ha previsto una riapertura dei termini per avvalersi dell'istituto, un'ultima (*fino alla prossima?*) chiamata per il contribuente prodigo: è possibile accedere alla *voluntary disclosure* fino al 31 luglio 2017, completando la richiesta entro il 30 settembre 2017.

La L. n. 225/2016, pur mantenendo l'impianto della L. n. 186/2014, cui si richiama in quanto compatibile, presenta, tuttavia, almeno un'innovazione - la cui portata non è di facile decifrazione - rispetto alla precedente disciplina, che ne potrebbe mutare la fisionomia: a voler seguire una interpretazione rigorosa del nuovo art. 5 *octies*, lett. i), D.L. n. 167/1990, sarebbe precluso l'accesso alla procedura a chi abbia accumulato ricchezze attraverso reati diversi da quelli per cui è prevista la non punibilità. Addirittura il ricorso alla *voluntary disclosure* in tali ipotesi costituirebbe un illecito penale punito con la reclusione fino a sei anni (*infra*).

Per entrare nel vivo dell'istituto, l'analisi deve inevitabilmente principiare da una sommaria valutazione dei tratti caratterizzanti la procedura, per poi apprezzarne le ricadute penalistiche, distinguibili in tre macro categorie: (*i*) effetti *in bonam partem*, conseguenti ad una corretta conclusione della collaborazione volontaria, che si sostanziano nella non punibilità di alcune fattispecie penali tributarie (artt. 2, 3, 4, 5, 10 *bis* e 10 *ter*) e dei delitti di riciclaggio, di rimpiego e di autoriciclaggio ove l'oggetto materiale del reato sia costituito dai proventi dei predetti illeciti fiscali; (*ii*) l'indifferenza sostanziale rispetto ai reati punibili anche a seguito del completamento della *voluntary disclosure*; (*iii*) gli effetti *in malam partem*, ovvero i possibili rischi penali in ipotesi di condotte volte a strumentalizzare l'istituto.

I tratti fondamentali della procedura di collaborazione volontaria

La *voluntary disclosure* si sostanzia in una procedura con cui il contribuente infedele si autodenuncia al fisco, documentando i redditi detenuti all'estero in violazione delle disposizioni sul monitoraggio fiscale, non indicati in dichiarazione nel c.d. quadro RW, od occultati in Italia.

Dunque, oggetto di autodenuncia devono essere tutti i beni celati all'erario, posseduti dal c.d. collaborante in Italia o all'estero. L'istituto mira a sanare le violazioni in materia di imposte sui redditi e relative addizionali, di imposte sostitutive, di imposta

regionale delle attività produttive, di imposta sul valore aggiunto, relative alle dichiarazioni di sostituto d'imposta e degli obblighi di monitoraggio fiscale.

Quanto ai soggetti che possono attivare la procedura, la platea è molto ampia, ricomprendendo non solo le persone fisiche, ma anche gli enti non commerciali, le società di persone e di capitali, residenti e non residenti.

Osta all'accesso alla procedura la "*conoscenza formale*" da parte del contribuente infedele "di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali" (così l'art. 5 *quater*, comma 2, D.L. n. 167/1990, come novellato dalla L. n. 186/2014 e l'art. 1, comma 4, lett. a), della stessa L. n. 186/2014); sotto un profilo processual-penalistico possono considerarsi atti con cui l'indagato acquisisce conoscenza formale di un procedimento penale l'informazione di garanzia, l'avviso di conclusione e la richiesta di proroga delle indagini preliminari, l'invito a comparire per rendere interrogatorio, la fissazione dell'udienza a seguito di opposizione alla richiesta di archiviazione, i decreti di sequestro, le ordinanze relative a misure cautelari personali, il decreto penale di condanna e gli atti di *vocatio in jus*.

Inoltre, la preclusione opera anche se la conoscenza formale "è stata acquisita da soggetti solidalmente obbligati in via tributaria o concorrenti nel reato" (così l'art. 5 *quater*, comma 2, D.L. n. 167/1990, come novellato dalla L. n. 186/2014 e l'art. 1, comma 4, lett. a), della stessa L. n. 186/2014). Se è comprensibile la scelta di escludere dalla collaborazione volontaria - e soprattutto dai vantaggi che ne conseguono - chi si è autodenunciato, ma solo dopo essere stato sottoposto quantomeno ad accertamenti, non pare pienamente intelligibile l'introduzione di una causa ostativa per il caso in cui la conoscenza formale l'abbia altro soggetto: l'esito paradossale è che un contribuente, all'oscuro dell'esistenza di accertamenti nei confronti di altri concorrenti nel reato, si autodenunci all'erario, scoprendo *poi* di non poter accedere alla *voluntary disclosure* e di aver fornito tutti i documenti utili per l'accertamento del reato in precedenza commesso. Sul punto, già i commentatori alla primigenia versione dell'istituto avevano sottolineato che "la legge si presta ad eccezioni di incostituzionalità per l'irrazionalità dell'estensione della preclusione a soggetti per i quali manchi la prova dell'effettiva conoscenza della causa ostativa"(7).

La procedura prende l'abbrivio da un'apposita richiesta del c.d. collaborante, con una significativa inversione di ruoli rispetto alla classica dinamica degli accertamenti fiscali: "non più l'Agenzia *motu proprio*, ma il medesimo contribuente, che ravveduto, offre d'impulso e spontaneamente il fatto ai poteri conoscitivi officiosi, in tutte le parti di cui si compone, quantitative e qualitative"(8). La richiesta deve indicare tutti gli investimenti e tutte le attività di natura finanziaria costituiti o detenuti in Italia o all'estero, anche indirettamente o per interposta persona.

Dopo aver presentato la richiesta, il contribuente è tenuto a fornire tutta la documentazione e le informazioni utili per permettere all'erario di calcolare l'imponibile evaso. L'obbligo di completezza e veridicità che incombe sul collaborante

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

in punto di *disclosure* è presidiato anche da una fattispecie penale specifica, introdotta dalla L. n. 186/2014 (*infra*).

Il contribuente può decidere di calcolare direttamente il *quantum* dovuto e procedere al pagamento oppure attendere il conteggio compiuto dall'Agenzia delle entrate; in entrambe le ipotesi l'ente può determinare maggiori imponibili o sanzioni e provvedere conseguentemente a notificare al collaborante l'atto impositivo.

Il collaborante può accedere alla determinazione dell'erario o attivare un contraddittorio con i verificatori per addivenire ad un accertamento con adesione.

A seguito del pagamento, anche rateale, nei termini previsti dall'istituto, di quanto dovuto a titolo di maggiori imposte, interessi e sanzioni, si conclude la procedura e il contribuente beneficia della non punibilità per i delitticoperti dall'art. 5 *quinquies*, D.L. n. 167/1990.

Estinto il debito, l'Agenzia delle entrate è tenuta ad inviare una specifica comunicazione all'autorità giudiziaria competente, proprio ai fini della non punibilità del collaborante (*ex* art. 5 *quater*, comma 3, D.L. n. 167/1990, introdotto dalla L. n. 186/2014 e dall'art. 1, comma 4, lett. a), della stessa L. n. 186/2014).

Come è stato esattamente notato, "l'Ufficio è chiamato a (...) avvertire l'autorità giudiziaria che la procedura si è conclusa, competendo poi a quest'ultima accertare se: i) le operazioni denunciate integrino una fattispecie di reato; ii) se il reato integrato rientri o meno tra quelli menzionati nell'art. 5 *quinquies*, D.L. 167/1990, per i quali è prevista la non punibilità"(9).

Una capitale questione, a cavallo tra diritto tributario e penale, attiene all'oggetto della procedura e, segnatamente, ci si chiede se sia possibile fare emergere i proventi di delitti diversi da quelli per cui è prevista la non punibilità in caso di esito positivo della collaborazione volontaria: si pensi ai casi, paradigmatici, di chi ha una provvista all'estero generata dal profitto di una corruzione, di un'infedeltà patrimoniale o, ancor più frequentemente, di un'appropriazione indebita perpetrata ai danni della società amministrata, delitti per cui non è prevista alcuna guarentigia penale in caso di esito positivo della collaborazione e che il contribuente infedele sarebbe costretto ad autodenunciare al momento dell'accesso alla procedura, dovendo dichiarare l'origine dei fondi.

L'interesse ad accedere alla collaborazione volontaria in tale situazione - tutt'altro che infrequente - potrebbe essere duplice. Da un punto di vista strettamente tributario, il collaborante, concludendo positivamente la procedura, regolarizzerebbe la propria posizione sul piano fiscale, posto che anche i redditi provenienti da un "illecito penale" devono essere dichiarati *ex* art. 14, comma 4, legge n. 537/1993 e, correlativamente, possono essere oggetto di evasione. Sotto il profilo strettamente penalistico, la riemersione dei capitali con indicazione trasparente della loro provenienza illecita, escluderebbe con ogni probabilità, ovviamente solo per il futuro, possibili contestazioni di autoriciclaggio in caso di impiego di tali attività, venendo meno la possibilità di connotare tale condotta come concretamente idonea ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni, del denaro o delle altre utilità.

D'altro canto, anche il rischio penale connesso all'autodenuncia del delitto presupposto potrebbe essere significativamente stemperato dal decorso (compiuto o parziale) del termine di prescrizione o dalla procedibilità a querela degli illeciti realizzati.

Sul punto si potrebbe produrre il solco tra la precedente procedura di *voluntary disclosure* e la presente.

Infatti, sulla base della disciplina di cui alla L. n. 186/2014, si riteneva possibile procedere alla collaborazione volontaria anche in presenza di reati non coperti dalla causa di non punibilità, in assenza di un divieto esplicito all'accesso. Per di più, si osservava[10] che sin dal primo scudo fiscale - previsto dal D.L. n. 350/2001 - il legislatore aveva punito con una sanzione pari al 100% delle attività oggetto di riemersione o rimpatrio la condotta di chi accedeva all'istituto premiale, regolarizzando patrimoni derivanti da reati diversi da quelli per cui operava la non punibilità dello scudo; l'unica eccezione prevista era per il caso in cui si trattasse di illeciti estinti, non più previsti dall'ordinamento o non più punibili, comunque non riconducibili ad un numero chiuso di ipotesi ritenute particolarmente gravi. Diversamente, nessuna sanzione era stata prevista dalla L. n. 186/2014 per tali ipotesi.

Ebbene, come si è anticipato, alla lett. i) dell'art. 5 *octies*, D.L. n. 167/1990, l'art. 7, D.L. n. 193/2016 ha introdotto addirittura uno specifico delitto per chi si avvalga *fraudolentemente* della procedura di collaborazione volontaria con riferimento a capitali generati da reati non coperti dalla causa di non punibilità. Tale previsione potrebbe costituire un'insuperabile causa ostativa all'accesso alla *voluntary disclosure*, essendo paradossale ritenere che una stessa condotta costituisca, da un canto, un illecito penale e, dall'altro, garantisca vantaggi sul piano tributario.

Tuttavia, l'uso dell'avverbio 'fraudolentemente' nella fattispecie incriminatrice, se letto in chiave oggettivista, valorizzando cioè il disvalore di condotta più che (*rectius*, oltre che) di intenzione, porta a ritenere che il delittosia integrato solo ove vi sia nella relazione del professionista o nella richiesta del collaborante una *immutatio veri* in ordine alla genesi della ricchezza oggetto di *disclosure*; ove, al contrario, l'interessato, anche attraverso la relazione del professionista, dichiari l'esatta provenienza del patrimonio occultato all'erario, non verrebbe integrato il reato di cui al citato art. 5 *octies*.

In questa prospettiva, di conseguenza, l'illecito penale non costituirebbe un limite al ricorso alla collaborazione volontaria, che sembrerebbe nuovamente possibile, anche ove i capitali siano stati costituiti con reati non coperti dalla causa di non punibilità, purché vi sia una completa *disclosure* da parte dell'interessato.

In tale quadro riassume rilevanza un'annosa questione, postasi nella giurisprudenza[11], in relazione all'ultimo scudo fiscale (art. 13 *bis*, D.L. n. 78/2009, convertito con L. n. 102/2009).

Segnatamente, in relazione ai c.d. scudi fiscali, la S.C. aveva riconosciuto limitata portata alla causa di non punibilità per i delitti fiscali, nell'ipotesi in cui il contribuente

evasore fosse una società e l'imputato l'amministratore della stessa(12). Brevemente: se l'amministratore procedeva personalmente allo scudo fiscale, rimpatriando l'intera somma evasa dalla società, allora poteva far valere la causa di non punibilità; diversamente, ove il profitto del delitto tributario fosse stato diviso tra i soci, anche nell'eventualità in cui l'intera somma evasa fosse rimpatriata da ciascun socio per la parte di cui aveva beneficiato, non si riteneva operante la causa di non punibilità per l'amministratore.

Ipotesi quali quelle da ultimo prospettate non ponevano problemi significativi nel quadro della *voluntary disclosure* disciplinata dalla L. n. 186/2014: se i capitali evasi restavano nella disponibilità della società, l'ente accedeva alla procedura, garantendo la non punibilità dell'amministratore per i delitti tributari; se, invece, anche solo parte dei proventi dell'evasione fossero stati distribuiti tra i soci, oltre all'ente, anche costoro avrebbero dovuto autodenunciarsi personalmente all'Agenzia delle entrate, permanendo in capo agli stessi solo il rischio di una contestazione per appropriazione indebita - eventualmente procedibile d'ufficio ove aggravata dall'abuso di relazioni d'ufficio o d'opera *ex* art. 61, n. 11, c.p. - dei denari dell'ente, non "coperta" dalla procedura.

Più complessa la questione nella prospettiva del D.L. n. 193/2016, prevedendo, come anticipato, tale novella uno specifico reato - art. 5 *octies*, lett. i), L. n. 227/1990 - per chi si avvalga fraudolentemente della procedura in presenza di capitali formatisi attraverso reati diversi da quelli per cui opera la causa di non punibilità. In questa prospettiva, allora, la stessa *voluntary disclosure* sembra preclusa agli amministratori, costituendo addirittura un illecito penale ove la distrazione di fondi sociali integri il delitto di appropriazione indebita, a meno di non accedere alla diversa esegesi che, valorizzando l'avverbio *fraudolentemente*, ammette il ricorso alla procedura ove il collaborante dichiari in modo completo e veritiero la genesi della ricchezza (*infra*).

Gli effetti penalistici *in bonam partem*: i reati non punibili a seguito di conclusione positiva della procedura di collaborazione volontaria

Si è anticipato che la procedura di *voluntary disclosure*, se conclusa con il pagamento di quanto dovuto a titolo di maggiori imposte, interessi e sanzioni, comporta la non punibilità per un ampio novero di reati: la previsione normativa, collegando la rinuncia alla pena ad una condotta che *ex post* reintegra il bene offeso (la corretta percezione dei tributi), pare senz'altro riconducibile al paradigma delle cause sopravvenute di non punibilità(13).

L'esclusione della punibilità opera non solo per chi si è autodenunciato, ma anche per coloro che sono concorsi nel reato del contribuente infedele(14).

In prima battuta, il cd. collaborante diviene - unitamente agli eventuali concorrenti - non punibile per i delitti di dichiarazione fraudolenta, mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti o mediante altri artifici (artt. 2 e 3, D.Lgs. n. 74/2000), di dichiarazione infedele (art. 4, D.Lgs. n. 74/2000) o di omessa dichiarazione (art. 5, D.Lgs. n. 74/2000), nonché per le fattispecie di omesso

versamento di ritenute certificate e dell'IVA (artt. 10 *bis* e 10 *ter*), ovviamente nei limiti degli imponibili, delle imposte e delle ritenute oggetto della collaborazione(15).
Il legislatore ha previsto, inoltre, la non punibilità per le condotte di riciclaggio (art. 648 *bis* c.p.) e reimpiego (art. 648 *ter* c.p.), qualora l'oggetto materiale di tali illeciti sia costituito dai proventi di un delitto tributario coperto, a sua volta, dalla causa sopravvenuta di non punibilità(16). Tale disposizione costituisce una garanzia di impunità non tanto per il contribuente infedele, che in quanto autore del delitto presupposto non potrebbe al contempo rispondere di riciclaggio o reimpiego per il noto privilegio di *self laundering*, quanto per coloro che hanno permesso a costui di occultare i propri averi con la costituzione di *trusts*, c.d. scatole cinesi, negozi fiduciari e quant'altro la fantasia possa partorire per interrompere il *paper trail*.
Infine, non sono punibili le condotte di autoriciclaggio (art. 648 *ter*.1 c.p.) se commesse in relazione ai delittitributari per cui l'esito positivo della procedura in commento escluda la punibilità, sempre nei limiti delle attività oggetto di collaborazione volontaria(17). A tale causa sopravvenuta di non punibilità il legislatore pone quale limite temporale il pagamento della prima o unica rata di quanto dovuto all'Erario.

Le rilevanti assenze: restano punibili molti reati prodromici all'evasione o finalizzati ad occultarla

Dal novero dei reati coperti dalla causa di non punibilità restano escluse molteplici fattispecie.
Tra i grandi assenti, quanto ai reati tributari, spicca l'emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 8, D.Lgs. n. 74/2000). A prima vista, sembrerebbe una scelta comprensibile, giacché diretta ad escludere dalla *voluntary disclosure* coloro che consentono ad altri l'evasione, cagionando danni spesso assai significativi per l'erario(18).
Sennonché, ad un'analisi più attenta, la mancata inclusione del delitto in parola tra quelli per cui opera la causa sopravvenuta di non punibilità potrebbe rivelarsi foriera di svariate questioni, soprattutto ove si consideri l'esegesi restrittiva che la S.C.(19) ha fatto propria dell'art. 9, D.Lgs. n. 74/2000(20).
Potendo solo sinteticamente accennare alla questione, la Cassazione ritiene punibile sia per dichiarazione fraudolenta mediante l'uso di fatture per operazioni inesistenti (art. 2, D.Lgs. n. 74/2000) sia per l'emissione di tali fatture (art. 8, D.Lgs. n. 74/2000) chi sia al contempo amministratore di entrambe le società coinvolte nella frode o, persino, concorrente di ambedue i legali rappresentanti autori degli illeciti(21). Basti sul punto richiamare la massima ufficiale della decisione del giudice di legittimità n. 36859/2013 per cui "l'art. 9 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, che, in deroga alla regola generale fissata dall'art. 110 c.p., esclude la rilevanza penale del concorso dell'utilizzatore nelle condotte del diverso soggetto emittente, non trova applicazione in relazione alle operazioni "infragruppo" nei confronti di soggetto (nella specie, socio di riferimento del gruppo societario) che può nei fatti condizionare la gestione e le

soluzioni contabili sia delle società che emettono le fatture per operazioni inesistenti, sia delle società che procedono alla loro successiva utilizzazione"[22].
Al di là delle critiche condivisibili a tale insegnamento[23], chi ha posto in essere un sistema di fatture false con società tutte a sé riconducibili parrebbe rischiare, accedendo alla collaborazione volontaria, di autodenunciarsi per il delitto (o per il concorso nel delitto) di emissione di fatture per operazioni inesistenti, non previsto tra quelli per cui è esclusa la punibilità.
Con ogni probabilità, la scelta di non ricomprendere tra i delitti coperti dalla causa di non punibilità l'emissione di fatture per operazioni inesistenti può rinvenirsi nella volontà del legislatore di generare un *effetto domino*: il collaborante indica chi gli ha permesso di evadere e ciò consente all'Agenzia delle entrate e alla Procura della Repubblica di verificare la posizione dell'emittente la fattura ed individuare, tra i clienti di quest'ultimo, gli eventuali ulteriori soggetti che hanno beneficiato illecitamente delle sue fatture, con un intuitivo effetto espansivo dei controlli e del recupero d'imposta. Nondimeno, imputare per concorso nell'emissione di fatture per operazioni inesistenti il contribuente infedele, che di tali fatture si sia avvalso, dopo la conclusione positiva della procedura di collaborazione, si risolve in un risultato iniquo e giuridicamente discutibile.
In definitiva, la mancata previsione della causa di non punibilità per il delitto di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti a favore di colui che accede alla collaborazione volontaria, quantomeno in relazione alle imposte in seguito pagate, rischia di incidere assai negativamente sul successo della procedura.
Condivisibile pare la mancata operatività della causa di non punibilità per i delitti di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11, comma 1, D.Lgs. n. 74/2000), di falso nella transazione fiscale (art. 11, comma 2, D.Lgs. n. 74/2000), di indebita compensazione (art. 10 *quater*, D.Lgs. n. 74/2000) e di occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10, D.Lgs. 74/2000).
Il delitto di cui all'art. 11, comma 1, D.Lgs. n. 74/2000 punisce chi, *per sottrarsi al pagamento* delle imposte o sul valore aggiunto, ovvero di interessi o sanzioni amministrative relative a dette imposte di ammontare complessivo superiore ai 50.000 euro, aliena simulatamente o compie altri atti fraudolenti su propri o altrui beni al fine di rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione.
Orbene, per quanto la giurisprudenza di legittimità abbia ampliato (non sempre condivisibilmente[24]) la portata dell'incriminazione, ritenendo operante l'*enforcement* penalistico persino qualora non sia stato accertato un debito d'imposta in capo all'imputato[25], per immaginare una *voluntary disclosure*, legittimamente iniziata[26], che si risolva nell'autodenuncia di una condotta di sottrazione fraudolenta, bisognerebbe ipotizzare il caso[27], che non pare frequentissimo, di chi ha occultato all'erario i propri beni, con una condotta diversa da quella finalizzata all'evasione, in modo tale che un *ipotetico* accertamento non avrebbe condotto alla soddisfazione del credito dello Stato in relazione all'imposta precedentemente evasa o non pagata. Peraltro, in una tale ipotesi, non si vede per quale ragione l'istituto in commento

dovrebbe garantire l'impunità per un delitto caratterizzato da un disvalore ulteriore e diverso rispetto a quello delle condotte di evasione: la logica della *voluntary disclosure* è di premiare il contribuente che permette l'accertamento dell'imposta evasa, non quello che consente l'esecuzione sui propri beni (peraltro non necessaria nel caso di specie, dato che è proprio il collaborante che deve adempiere al debito spontaneamente per beneficiare dei vantaggi previsti dall'art. 5 *quinquies*, D.L. n. 167/1990).

Discorso non diverso vale per il falso nella transazione fiscale (art. 11, comma 2, D.Lgs. n. 74/2000), delitto che punisce chi, "al fine di ottenere per sé o per altri un pagamento parziale dei tributi e relativi accessori, indica nella documentazione presentata ai fini della procedura di transazione fiscale elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi per un ammontare complessivo superiore ad euro cinquantamila". Anche in tal caso, ben si comprende la scelta del legislatore di non lasciare impunito chi ha sottratto risorse al Fisco, al momento del pagamento del tributo (non già in quello dichiarativo), per di più nell'ambito di una procedura transattiva (compiuta nel contesto di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti).

Sempre nell'ottica di escludere l'impunità per condotte non direttamente connesse all'evasione, quanto piuttosto al pagamento del tributo, può leggersi l'ulteriore assenza del delitto di indebita compensazione (art. 10 *quater*, D.Lgs. n. 74/2000), che incrimina chi non versa le somme dovute, utilizzando in compensazione crediti non spettanti o inesistenti. In tal caso, peraltro, effettivamente, accedendo alla *voluntary disclosure* per far emergere le irregolarità tributarie poste in essere, potrebbe porsi un problema di autodenuncia del contribuente.

Infine, comprensibile è l'assenza tra i delitti per cui è stata prevista la condizione sopravvenuta di non punibilità del delitto di occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10, D.Lgs. n. 74/2000). L'incriminazione colpisce colui che, dopo aver apprestato le scritture contabili e i documenti di cui è obbligatoria la conservazione, li occulta o li distrugge, *in modo tale da non consentire la ricostruzione dei redditi o del volume d'affari*, al fine di evadere personalmente o permettere a terzi di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto. Anche qui è comprensibile la scelta del legislatore: per accedere alla *voluntary disclosure* è necessario offrire un quadro puntuale dei tributi dovuti, per cui una collaborazione volontaria conclusasi positivamente esclude in radice uno degli elementi di fattispecie, ovvero l'impossibilità, anche solo relativa, di ricostruire il *quantum* dovuto all'erario.

Nel diverso caso in cui, invece, il collaborante avesse occultato o distrutto documenti al fine di consentire a terzi l'evasione e, ipotesi non scontata, fosse tenuto nel contesto della procedura di cui alla L. n. 186/2014 a fornire informazioni o documenti da cui tale condotta dovesse emergere, non potendo regolarizzare un'imposta da altri evasa, il permanere della punibilità per tale illecito non pare una conseguenza irragionevole. Anche in questo frangente, emerge forse *in filigrana* la ricerca di *un effetto domino* da parte del legislatore.

I (principali) reati comuni non coperti dalla collaborazione volontaria

In linea con la scelta di limitare la portata della causa di non punibilità ai soli delitti che hanno comportato l'evasione d'imposta, per cui il contribuente si autodenuncia, e alle condotte connesse di riciclaggio, reimpiego o autoriciclaggio, restano punibili i reati comuni che possono offendere il patrimonio societario (l'appropriazione indebita, l'infedeltà patrimoniale, la corruzione tra privati e i delitti di bancarotta fraudolenta propria e impropria) o che si assumono connessi alla falsa rappresentazione al Fisco della situazione del contribuente (le false comunicazioni sociali e i delitti contro la fede pubblica).

L'assenza del delitto di appropriazione indebita (art. 646 c.p.) non sembra decisiva, ove si consideri che la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di affermare che, "per aversi appropriazione è necessaria una condotta che non risulti giustificata o giustificabile come pertinente alla azione o all'interesse della società, in quanto può accadere che una persona giuridica, attraverso i suoi organi, persegua i propri scopi con mezzi illeciti, senza che ciò comporti di per sé la interruzione del rapporto organico"; se così è, non è integrato il delitto di cui all'art. 646 c.p. nelle "ipotesi di esterovestizione di quote o di sottrazione di utili con relativo accantonamento su conti fiduciari, ove il tutto risulti finalizzato a sottrarre le relative attività al controllo della gestione valutaria ed agli oneri fiscali"[28], ovvero nelle eventualità più frequenti in cui potrebbe porsi un problema di denuncia o di autodenuncia a seguito dell'accesso alla collaborazione volontaria (nel caso, rispettivamente, di procedura instaurata dall'ente o dal socio-amministratore).

Nell'ipotesi in cui, invece, la condotta sia stata tenuta nell'interesse esclusivo dell'amministratore o di uno o più soci, la *voluntary disclosure* non elide il disvalore di tale offesa patrimoniale, per cui condivisibilmente il legislatore mantiene la punibilità.

Nella stessa prospettiva deve leggersi la scelta di mantenere la punibilità in relazione all'infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.), giacché, trattandosi di delitto perseguibile a querela, di fronte ad una collaborazione volontaria che si risolva in un'autodenuncia del contribuente infedele, è l'ente stesso - ammesso che venga in qualche modo a conoscenza dei fatti - che valuta se la condotta sia stata posta in essere per l'esclusivo interesse della *societas* o se si sia risolta a tutto vantaggio dell'amministratore, del direttore generale o del liquidatore che hanno agito in conflitto di interessi: nel secondo caso, in nessun modo la successiva condotta di collaborazione volontaria elide il danno eventualmente patito dalla società e, dunque, potrebbe legittimare il sopravvenire della non punibilità.

Discorso non dissimile può essere svolto per l'ipotesi in cui la provvista occultata al Fisco sia il profitto di una corruzione tra privati (art. 2635 c.c.): la conclusione positiva della collaborazione volontaria elide *ex post* l'offesa allo Stato correlata alla corretta percezione dei tributi, non il danno eventualmente patito dalla società o "la distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi".

Nello stesso solco si inscrive il permanere dell'interesse a perseguire coloro che, anche attraverso condotte dirette all'evasione d'imposta (si pensi paradigmaticamente al drenaggio di risorse con il ricorso a fatture per operazioni inesistenti), abbiano

sottratto attività ad un ente poi fallito, ledendo così la garanzia patrimoniale del debitore, presidiata dalle principali fattispecie penali-fallimentari: nuovamente, la *voluntary disclosure* non ristora in alcun modo l'offesa perpetrata agli interessi dei creditori della fallita.

Infine, la scelta di non ricomprendere tra gli illeciti per cui opera la causa di non punibilità le false comunicazioni sociali (artt. 2621, 2622 *bis* e 2622 c.c.) e i delitti contro la fede pubblica è di segno contrario a quella compiuta dal legislatore nel D.L. n. 78/2009 (c.d. scudo fiscale *ter*), che disponeva la non punibilità per i predetti illeciti, ove commessi per eseguire od occultare i delitti tributari coperti dal c.d. scudo fiscale. In relazione a tali reati vi è, dunque, il rischio che la collaborazione volontaria possa risolversi in un'autodenuncia.

Voluntary disclosure ed intestazione fittizia di beni: una relazione pericolosa?

Valutazioni a parte meritano le interrelazioni tra i rischi di autodenuncia connessi alla collaborazione volontaria e il delitto di fittizia intestazione di beni (art. 12 *quinquies*, D.L. n. 306/1992, conv. L. n. 356/1992), non previsto tra i reati per cui opera la causa di non punibilità.

Il delitto in parola punisce "salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o la disponibilità di denaro, beni o altre utilità", ove tale condotta sia sorretta da una triplice finalità alternativa: (*i*) sottrarsi alle disposizioni in materia di misure di prevenzione; (*ii*) "escludere le disposizioni di legge" relative al contrabbando; (*iii*) agevolare la commissione dei delitti di ricettazione, riciclaggio e reimpiego.

La mancata previsione della non punibilità a seguito di esito positivo della procedura di collaborazione non pone profili problematici rispetto alle ipotesi in cui la fittizia intestazione sia sorretta dal dolo specifico di sottrarsi alle misure di prevenzione e alle disposizioni sanzionatorie in tema di contrabbando, trattandosi di condotte che presentano un proprio disvalore peculiare, non attinto in alcun modo dalla resipiscenza del contribuente e dal pagamento dell'imposta dovuta.

La terza condotta, ovvero l'intestazione fittizia compiuta allo scopo di consentire ad altri la commissione dei delitti di cui agli artt. 648, 648 *bis* e *ter* c.p. pone invece più serie questioni, che involgono, nella sostanza, i rapporti tra quest'ipotesi incriminata dall'art. 12 *quinquies* (esclusa dai delitti per cui opera la causa di non punibilità di cui alla L. n. 186/2014) e la nuova fattispecie di autoriciclaggio (per cui la *voluntary disclosure* garantisce l'impunità se l'oggetto materiale del reato è costituito dai proventi dei delitti tributari coperti dalla collaborazione stessa).

La Suprema Corte nella fondamentale decisione a Sezioni Unite Iavarazzo[29], intervenuta prima dell'introduzione del nuovo delitto di cui all'art. 648 *ter*.1 c.p., aveva espresso il principio di diritto per cui "i fatti di autoriciclaggio e reimpiego sono punibili, sussistendone i relativi presupposti, ai sensi del d.l. 306/1992, art. 12 *quinquies*"[30].

Tale insegnamento mostra plasticamente la (quantomeno parziale) sovrapponibilità dei delitti di autoriciclaggio e fittizia intestazione di beni, con la seconda disposizione

che cede il passo alla prima, in virtù della clausola "salvo che il fatto costituisca più grave reato" con cui si apre la fattispecie, nei casi in cui il delitto presupposto dell'autoriciclaggio sia punito con la reclusione superiore nel massimo a 5 anni.

Ciò detto, per quanto qui interessa, bisogna distinguere tra l'ipotesi in cui la condotta di "attribuzione fittizia", finalizzata a consentire la ricettazione, il riciclaggio o il rimpiego, abbia avuto ad oggetto i proventi dei delittitributari per cui opera la causa sopravvenuta di non punibilità di cui alla legge in commento o, invece, beni provenienti da altri reati.

In quest'ultima evenienza non si pongono particolari questioni: si tratti di condotta punibile *ex* art. 648 *ter*.1 c.p. o *ex* art. 12 *quinquies*, D.L. n. 306/1992, in nessun caso la conclusione positiva del procedimento di *voluntary disclosure* può avere ricadute penalistiche favorevoli per il collaborante.

Ben diverso è il caso in cui l'oggetto materiale della condotta di intestazione fittizia sia costituito dai proventi di un delitto tributario, coperto dalla causa di non punibilità prevista dall'art. 5 *quinquies*, D.L. 167/1990: in questa ipotesi, se si ritiene integrato il reato (meno grave) di cui all'art. 12 *quinquies*, D.L. 306/1992, il collaborante sarà punibile per tale fattispecie; se, diversamente, si riconducesse l'illecito nell'alveo dell'art. 648 *ter*.1, il fatto (più grave) non sarebbe punibile a seguito dell'esito positivo della procedura.

Tale irragionevole disparità di trattamento sarebbe persino acuita ove si concludesse che le condotte di attribuzione fittizia a terzi della titolarità o della disponibilità di denaro, beni o altre utilità, finalizzate a consentire la ricettazione, il riciclaggio o il rimpiego siano sempre anche riconducibili a quelle tipizzate nel delitto di autoriciclaggio di cui all'art. 648 *ter*.1 c.p.: in tal caso, operando la clausola di salvezza "salvo che il fatto costituisca più grave reato", prevista dall'art. 12 *quinquies*, D.L. n. 306/1992, si addiverrebbe all'iniquo risultato per cui se il delittopresupposto ha una pena superiore ai 5 anni (artt. 2 e 3, D.Lgs. n. 74/2000) allora il soggetto dovrebbe rispondere di autoriciclaggio, per cui opererebbe la causa di non punibilità di cui all'art. 5-*quinquies*; se, invece, il delittopresupposto ha una pena inferiore ai 5 anni (artt. 4, 5, 10 *bis* e 10 *ter*, D.Lgs. n. 74/2000), non potrebbe essere attivata la clausola, con il risultato che il collaborante sarebbe chiamato a rispondere di intestazione fittizia di beni.

Tale irragionevole trattamento potrebbe per altra via essere superato ove si ammettesse che il delitto di autoriclaggio sia norma speciale rispetto al delitto di intestazione fittizia, nella parte in cui incrimina le condotte prodromiche alla ricettazione, al riciclaggio e al reimpiego: l'esito, però, sarebbe sostanzialmente abrogativo *in parte qua* del delitto di cui al 12 *quinquies*, D.L. n. 306/1992.

Ovviamente sul punto non può essere offerta una risposta definitiva essendo tutta da valutare la relazione tra la nuova fattispecie di autoriciclaggio e il delitto di intestazione fittizia e non essendo questa la sede anche solo per un primo tentativo di dipanare tale complessa matassa: deve d'altro canto essere sottolineata la necessità di

un intervento ortopedico per evitare, nei casi più sopra ipotizzati, irragionevoli disparità di trattamento sotto il profilo sanzionatorio.

Quale incidenza della collaborazione volontaria sulla responsabilità degli enti?

La L. n. 225/2016, non innovando sul punto rispetto alla precedente L. n. 186/2014, resta silente in relazione agli effetti che l'esito positivo della collaborazione volontaria produce sull'eventuale responsabilità degli enti dipendente da reato, nonostante tra i soggetti che possono accedere alla procedura vi siano anche le società.

Il perimetro della questione, pur non essendo molto esteso, abbraccia tuttavia ipotesi assai significative. In effetti, gli unici reati presupposto che al contempo danno luogo a responsabilità degli enti *ex* D.Lgs. n. 231/2001 e sono oggetto di non punibilità in base alla disciplina della *voluntary disclosure* sono i delitti di autoriciclaggio, di riciclaggio e di reimpiego (limitatamente, come più volte ricordato, alle ipotesi in cui i proventi derivino da delittitributari a loro volta coperti dalla causa sopravvenuta di non punibilità di cui alla legge in commento). Nondimeno, l'autodenuncia del contribuente infedele potrebbe generare procedimenti nei confronti di quegli enti (istituti di credito e fiduciarie su tutti) che hanno consentito l'occultamento e lo spostamento dei proventi illeciti.

Due sono gli snodi interpretativi da risolvere per affermare o negare la responsabilità delle persone giuridiche[31] nel caso di esito positivo della procedura di cui alla L. n. 225/2016.

In prima battuta, in tanto potrebbe ipotizzarsi un rimprovero *ex* D.Lgs. n. 231/2001 in quanto la responsabilità dell'ente non sia da considerarsi di tipo concorsuale. È noto che tanto in dottrina quanto in giurisprudenza tre tesi si contendono il campo nella ricostruzione del tipo di responsabilità dell'ente: (*i*) penale-concorsuale[32]; (*ii*) amministrativa[33]; (*iii*) *tertium genus*[34]. Ebbene, senza entrare nel merito della questione, è, però, di tutta evidenza che ove si ritenga l'ente concorrente nel reato della persona fisica, che conclude positivamente la procedura di collaborazione volontaria, allora anche la *societas* sarebbe coperta dalla causa di non punibilità sopravvenuta, stante la previsione contenuta nella L. n. 186/2014 per cui essa "opera nei confronti di tutti coloro che hanno commesso o concorso a commettere i delitti"[35].

Altra questione da risolvere, per affermare la responsabilità dell'ente nelle ipotesi qui d'interesse, attiene alla portata dell'art. 8, D.Lgs. n. 231/2001[36], che dispone: "la responsabilità dell'ente sussiste anche quando (...) il reatosi estingue per una causa diversa dall'amnistia". Vi è, dunque, da chiedersi se l'estinzione del reato per una causa sopravvenuta di non punibilità, come nel caso di specie, rientri tra quelle descritte dall'art. 8 come ipotesi in cui permane la responsabilità dell'ente[37].

Restano, in conclusione, incerte le ricadute della causa di non punibilità di cui alla disciplina in commento sulla responsabilità *ex* D.Lgs. n. 231/2001 quanto ai delitti di riciclaggio, reimpiego o autoriciclaggio, commessi da soggetti apicali o cd. subordinati nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

La *voluntary disclosure* come condotta penalmente rilevante

Per concludere l'analisi intorno alle ricadute penalistiche della procedura di collaborazione volontaria restano da considerare le ipotesi in cui una condotta non rispettosa dei dettami della L. n. 225/2016 possa integrare di per sé un reato.

La L. n. 186/2014 ha introdotto uno specifico delitto, rubricato "esibizione di atti falsi e comunicazioni di dati non rispondenti al vero" per garantire una risposta penalistica a talune condotte opportunistiche tenute dal contribuente infedele nella procedura di collaborazione volontaria.

L'esperienza giurisprudenziale relativa ai precedenti scudi fiscali insegnava che l'utilizzo strumentale delle procedure di rientro e di riemersione di capitali occultati al Fisco avrebbe potuto integrare anche i delitti di truffa ai danni dello Stato, riciclaggio e, oggi, autoriciclaggio.

Nonostante questo ampio arsenale penalistico, il legislatore del 2016 ha ritenuto di prevedere una ulteriore incriminazione - qui convenzionalmente indicata come "ricorso fraudolento alla procedura di collaborazione volontaria" - per le ipotesi in cui il contribuente acceda fraudolentemente alla procedura, cercando di far emergere i proventi di delitti non coperti dalla causa di non punibilità.

Per di più il legislatore si è premurato di precisare che l'illecito in parola concorre con i delitti di autoriciclaggio, riciclaggio, reimpiego e intestazione fittizia dei beni.

Pare, dunque, opportuno analizzare partitamente le due fattispecie di reato previste specificamente in relazione alla *voluntary disclosure*, anche in rapporto con gli altri illeciti penali, per saggiare i possibili rischi penali connessi all'accesso alla collaborazione volontaria.

Il delitto di "esibizione di atti falsi e comunicazioni di dati non rispondenti al vero" e la responsabilità del professionista

Il delitto introdotto all'art. 5 *septies*, D.L. n. 167/1990 dalla L. n. 186/2014[38] è un reato proprio che punisce il collaborante volontario (il contribuente persona fisica o il rappresentante dell'ente) che nell'ambito della procedura, alternativamente, (*i*) esibisca/trasmetta atti, in tutto o in parte, falsi; (*ii*) esibisca/trasmetta documenti, in tutto o in parte, falsi; (*iii*) fornisca dati non rispondenti al vero; (*iv*) fornisca informazioni non rispondenti al vero.

Si tratta, dunque, di condotte esclusivamente commissive[39], che interessano gli atti, i documenti o le informazioni che vanno a costituire il patrimonio conoscitivo dell'Agenzia delle entrate, messo a disposizione dal contribuente infedele.

Correttamente, in relazione agli atti e ai documenti, il legislatore ha previsto la duplice eventualità sia di una trasmissione, concetto ricomprendente l'invio dell'oggetto mediante posta o in via informatica, sia dell'esibizione, ovvero la consegna diretta da parte dell'interessato[40]. Anche la dicitura atti o documenti pare idonea a ricomprendere tutte le carte che possono essere prodotte. Il profilo di falsità può essere tanto materiale, quanto ideologico ed investire atti o documenti pubblici o privati.

Ugualmente ampia è l'altra condotta, rappresentata dal fornire dati o informazioni non rispondenti al vero: la rilevanza penale abbraccia tutte quelle comunicazioni,

contenute nella richiesta di accesso alla procedura di collaborazione ed eventualmente fornite su richiesta dell'ufficio dell'Agenzia delle entrate competente ai fini del calcolo dell'imposta e dei relativi interessi e sanzioni.

La pena minacciata, ovvero la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni, è superiore nel minimo e pari nel massimo alla risposta sanzionatoria prevista dal codice penale per i delitti di falso commessi dal pubblico ufficiale (artt. 476 e 479) e decisamente più grave della cornice edittale propria dell'ipotesi di falso tipizzata nei provvedimenti di cd. scudo fiscale; sotto questo profilo vi è chi ha già avanzato dubbi di legittimità costituzionale della comminatoria di pena(41).

Un problema che non mancherà di porsi nella prassi attiene alla responsabilità del professionista, incaricato dal contribuente infedele di attivare e portare a conclusione la procedura di collaborazione. Il legislatore ha previsto per tali ipotesi che l'interessato rilasci al professionista un'autocertificazione in cui attesta la genuinità della documentazione prodotta.

È di tutta evidenza che l'autocertificazione non incide in alcun modo sull'eventuale responsabilità concorsuale del professionista: se costui era a conoscenza della falsità dei documenti o degli atti introdotti nel procedimento e, nondimeno, ha accettato di produrli, risponderà, sussistendone tutti gli altri requisiti, in concorso con il collaborante, del delitto in commento.

La nuova fattispecie di "ricorso fraudolento alla procedura di collaborazione volontaria": il rischio di effetti disnomici

Come anticipato, la principale novità apportata dalla L. n. 225/2016 alla originaria procedura di collaborazione volontaria - dall'angolo prospettico del diritto penale - è certamente l'introduzione alla lett. i) dell'art. 5-*octies*, D.L. n. 167/1990 del delitto - qui indicato come - di "ricorso fraudolento alla procedura di collaborazione volontaria".

Tale fattispecie incrimina, con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni, chi si avvale *fraudolentemente* della procedura di *voluntary disclosure* per far emergere attività finanziarie, patrimoniali o contanti non provenienti da delitti coperti dalla causa di non punibilità di cui all'art. 5 *quinquies*, D.L. n. 167/1990.

Si tratta di un delitto commissivo, proprio del collaborante volontario, che punisce una condotta di per sé lecita e auspicata dall'ordinamento - l'accesso alla collaborazione volontaria - in presenza, però, di due connotazioni peculiari: (i) l'oggetto è costituito da beni provenienti da delitti diversi da quelli per cui l'esito positivo della procedura comporta la rinuncia alla risposta penale; (*ii*) è posta in essere "fraudolentemente".

Se (i) l'oggetto della procedura non pare porre - a prima lettura - particolari problemi esegetici, (ii) decisamente più complessa è l'esatta definizione del concetto di "*fraudolentemente*".

Possono in effetti ipotizzarsi due possibili interpretazioni: (a) una *soggettivista*, che punisce il collaborante per il solo fatto di aver acceduto alla *voluntary disclosure* essendo a conoscenza del fatto che le attività oggetto di emersione fossero

provenienti da reato non coperto; (b) una *oggettivista*, che richiede un'*immutatio veri*, ovvero non solo l'accesso alla procedura, ma la tenuta di una condotta diretta ad occultare la reale genesi dei beni riemersi, attraverso artifici o raggiri.

Aderendo alla prima impostazione più rigorosa, l'illecito in parola introdurrebbe un sostanziale divieto - sanzionato penalmente - di accedere alla *voluntary disclosure* ove vi sia una provvista creata attraverso reatinon coperti dalla causa di non punibilità.

Tale impostazione non convince, pervenendo sostanzialmente ad un'*interpretatio abrogans* dell'avverbio e della carica offensiva che esso assume nel contesto della fattispecie.

Appare allora preferibile un'opzione oggettivista, che richiede, al fine di integrare la fattispecie di cui all'art. 5-*octies*, che il collaborante utilizzi mezzi fraudolenti per occultare la genesi delle attività riemerse.

Detto ciò e volendo allargare lo sguardo, appare dubbia l'utilità di una tale fattispecie. Da un canto, infatti, le condotte fraudolente dirette ad occultare ai verificatori la reale situazione del collaborante assumevano già rilevanza penale in base all'art. 5 *septies*, D.L. n. 167/1990; dall'altro, l'utilizzo della *voluntary* per nascondere la provenienza delittuosa delle attività oggetto di emersione poteva pacificamente rientrare - a seconda dei casi - nelle fattispecie di autoriciclaggio, riciclaggio o reimpiego(42).

Tale aspetto non è forse sfuggito al legislatore, che ha chiarito, al capoverso della lett. i) dell'art. 5-*octies*, che il delitto di ricorso abusivo alla procedura di collaborazione volontaria concorre proprio con i reati di cui agli artt. 648 *bis*, 648 *ter* e 648 *ter*.1 c.p. e 12 *quiquies*, D.L. n. 306/1992.

Tale *escalation* sanzionatoria sembra costituire l'esito, più che di una ponderata valutazione di proporzionalità tra condotta ipostatizzata e pena minacciata, dell'introduzione di una norma penale simbolica, tesa a tranquillizzare i cittadini: la *voluntary disclosure* non è uno strumento per regolarizzare patrimoni "pericolosi".

Come, però, spesso accade quando il legislatore ricorre a tali tipologie di norme, possono prodursi effetti disvoluti, disnomici o antinomici: attraverso l'incriminazione, si è resa incerta la possibilità di accedere all'istituto per tutti i soggetti cui potrebbe essere contestato un reato (anche se risalente nel tempo e di non significativa gravità, su tutti l'appropriazione indebita) non coperto dalla causa di non punibilità, rendendo meno appetibile la procedura e minori i capitali riemersi.

La relazione tra i delitti propri della *voluntary* con i reati di riciclaggio, autoriciclaggio e truffaai danni dello Stato

Come si è anticipato, merita di essere valutato se un utilizzo strumentale della collaborazione volontaria possa integrare ulteriori reati.

Significativi spunti per rispondere a tale quesito sono offerti dalla giurisprudenza in materia di scudo fiscale(43) (la cui disciplina pure prevedeva una specifica incriminazione di false attestazioni nel corso della procedura(44)): partendo da tali

pronunce si possono individuare nei delitti di riciclaggio, autoriciclaggio e truffa ai danni dello Stato i principali referenti dell'analisi.
Si consideri, in primo luogo, che una procedura di collaborazione volontaria, posta in essere al fine di ostacolare l'identificazione della provenienza illecita dei beni che ne costituiscono l'oggetto, ben può integrare il fatto di reato di cui all'art. 648 *bis* c.p., (oltre che il delitto di ricorso fraudolento alla procedura): si pensi paradigmaticamente all'eventualità che colui cui siano stati fittiziamente intestati denaro o altre utilità provenienti da delitto doloso acceda alla *voluntary disclosure* personalmente, al fine di dare un'apparenza di legalità a tali proventi illeciti. In tali evenienze, stante l'impossibilità di stabilire un rapporto di specialità tra il delitto di cui all'art. 648 *bis* c.p. e quello tipizzato dall'art. 5-*septies*, nonché considerata la specifica previsione contenuta nell'art. 5 *octies*, L. n. 167/1990, si verterà in un caso di concorso formale di reati. In breve: la medesima condotta integrerà tre delitti, ovvero riciclaggio, esibizione di atti falsi e ricorso fraudolento alla procedura di collaborazione volontaria.

Ancor più complessa è la questione relativa all'eventuale commissione di un fatto di autoriciclaggio, realizzato facendo ricorso alla *voluntary disclosure*. Si è già visto che, se la procedura ha esito positivo, il collaborante non sarà punibile per condotte di autoriciclaggio, ma solo limitatamente ai casi in cui l'oggetto materiale del delitto di cui all'art. 648 *ter*.1 sia il provento di un delitto tributario a sua volta non punibile in base alla L. n. 225/2016.

D'altro canto, come si è già anticipato, non pare potersi dubitare che, ove l'oggetto materiale di condotte di autoriciclaggio(45) siano i proventi di delitti diversi da quelli coperti dall'art. 5 *quinquies*, l'esito positivo della collaborazione volontaria non potrà in alcun modo incidere sulla responsabilità penale per tali fatti: in concreto l'accesso stesso alla procedura potrebbe comportare dei rischi di autodenuncia.
Resta, dunque, da valutare se e in quali ipotesi la procedura stessa di collaborazione volontaria possa, di per sé considerata, integrare il delitto di autoriciclaggio. Sul punto, come già visto in relazione al delitto di ricorso fraudolento alla procedura, il discrimine pare doversi rintracciare nella trasparenza con cui il collaborante espone all'Agenzia delle entrate la genesi dei proventi oggetto di riemersione: quand'anche, infatti, i beni siano il profitto o il prezzo di un delitto doloso per cui non è esclusa la punibilità *ex* L. n. 225/2016, il fatto stesso che il collaborante espliciti tale genesi al Fisco rende la condotta oggettivamente inidonea a "ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa" ed esclude, perciò, in radice, la sussistenza del delitto di cui all'art. 648 *ter*.1 c.p.

Discorso decisamente diverso per l'ipotesi in cui il collaborante occulti o dissimuli la provenienza delittuosa dei beni oggetto di *voluntary disclosure*: in tal caso, la procedura stessa con conseguente movimentazione del denaro potrebbe integrare il delitto di autoriciclaggio che, nuovamente, parrebbe essere in concorso formale con le specifiche incriminazioni di esibizione di atti falsi e comunicazioni di dati non rispondenti al vero e di ricorso fraudolento alla procedura di collaborazione volontaria.

Infine, per dipanare i rapporti tra la truffa ai danni dello Stato e il delitto di falso introdotto dalla L. n. 186/2014 soccorre, almeno in parte, la giurisprudenza formatasi in materia di abuso dello scudo fiscale. La S.C. ha in più occasioni ribadito(46) che "la previsione del reato di false attestazioni nella dichiarazione finalizzata al rimpatrio del denaro e delle attività detenute, alla data indicata dalla legge, fuori dal territorio dello Stato, non esclude l'applicazione della norma incriminatrice della truffa aggravata in danno dello Stato, ove la condotta *si arricchisca in concreto di artifici* diretti ad ottenere i consistenti vantaggi fiscali e le altre agevolazioni previste dalla legge, con l'induzione in errore dell'amministrazione finanziaria"(47). In particolare, perché fosse integrato il delitto di truffa aggravata nel contesto della procedura di scudo fiscale, era necessario che gli artifici o i raggiri si fossero sostanziati in una condotta ulteriore e diversa da quella specifica di false attestazioni.
In effetti, nei casi in cui la S.C. ha ritenuto integrata la truffa ai danni dello Stato, l'agente aveva posto in essere negozi giuridici simulati, finalizzati a creare la falsa apparenza: (i) di una detenzione del denaro o delle altre attività all'estero entro il termine previsto dalla specifica disciplina sul cd. scudo fiscale(48); (ii) dell'identità delle somme rimpatriate con quelle detenute all'estero(49).
Così inquadrato il problema, lo spazio che a prima lettura può riconoscersi alla truffa ai danni dello Stato, commessa nell'ambito della *voluntary disclosure*, è limitato ai casi in cui gli artifici costituiscano il *prius* logico e fattuale che esita nella documentazione, negli atti o nelle informazioni false fornite all'Agenzia delle entrate; nondimeno, anche in tali ipotesi, si potrebbe dubitare che l'induzione in errore del Fisco e il conseguente atto dispositivo (erogazione di sanzioni minori di quelle altrimenti doverose) siano effettivamente cagionati dai comportamenti artificiosi, piuttosto che, come parrebbe, dalle condotte di per sé già punite dal delitto di esibizione di atti falsi e comunicazioni di dati non rispondenti al vero.
Peraltro, ammettendo la sussistenza della truffa ai danni dello Stato nelle ipotesi appena descritte, risulterebbe piuttosto complesso escludere un rapporto di specialità tra fattispecie (soprattutto considerando l'insegnamento delle Sezioni Unite(50) per cui, le condotte che offendono la pretesa dell'erario al gettito tributario, tipizzate nei delittitributari, costituiscono un microsistema autonomo a cui non è sostanzialmente applicabile la truffa ai danni dello Stato).

Conclusioni: i rischi di una iper-criminalizzazione (minacciata) rispetto all'appetibilità della procedura di *voluntary disclosure*

In conclusione, la procedura di collaborazione volontaria, richiedendo il pagamento dell'intera imposta dovuta e comminando sanzioni minori di quelle normalmente applicabili, introduce per il contribuente infedele la possibilità di regolarizzare la propria posizione con il Fisco e, soprattutto, di fare emergere i capitali occultati allo Stato, senza alcuna rinuncia per quest'ultimo al proprio gettito tributario: si tratta, dunque, di uno strumento per "far cassa", senza contestualmente mandare un messaggio di generalizzata impunità agli evasori.

Sotto il profilo penalistico, mentre il provvedimento nella sua primigenia versione pareva piuttosto equilibrato, garantendo la non punibilità solo in relazione a (*alcuni di*) quei reati per cui la collaborazione elide l'offesa precedentemente perpetrata al bene giuridico e richiedendo come contropartita l'autodenuncia del contribuente infedele, desta molte più perplessità l'attuale formulazione.

Segnatamente, l'istituto disegnato dalla L. n. 225/2016 presta il fianco alle medesime critiche che erano state mosse al legislatore del 2014, ovvero: (*i*) non aver precisato l'incidenza della procedura sulla responsabilità degli enti, (*ii*) non aver previsto tra i delitti per cui opera la causa di non punibilità l'art. 12 *quinquies* D.L. n. 306/1992, nella parte in cui incrimina la fittizia intestazione di beni finalizzata ad agevolare la consumazione dei delitti di ricettazione, riciclaggio e reimpiego e, soprattutto, (*iii*) non aver allargato tale causa di non punibilità all'emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti in relazione alle imposte pagate in sede di collaborazione volontaria.

A tali difetti se ne è aggiunto uno ancor più significativo, con l'introduzione del più volte richiamato reato di cui all'art. *5 octies*, che ha reso incerti i casi in cui è possibile accedere alla procedura stessa.

In conclusione i pregressi difetti uniti all'introduzione di una norma penale simbolica di difficile decifrazione rischiano di affossare ulteriormente e definitivamente la c.d. *voluntary bis*, per cui, fin da subito, alcuni professionisti hanno manifestato pubblicamente scarso interesse(51).

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Si veda F. Sgubbi - L. Mezzanti - N. F. Micocci - E. Salamina, Voluntary disclosure. *Profili penali*, Piacenza, 2015, nonché, volendo, A. Ingrassia, Le (caleidoscopiche) ricadute penalistiche della procedura di voluntary disclosure: causa sopravvenuta di non punibilità, autodenuncia e condotta penalmente rilevante, in *Dir. pen. cont.*, 11 maggio 2015.

(2) Sul delitto di autoriciclaggio, senza pretesa di completezza, D. Brunelli, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, in *Dir. pen. cont.*, 10 gennaio 2015; F. Consulich, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2015, 55 ss.; F. D'Alessandro, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648 ter.1 c.p.), ovvero degli enigmi legislativi riservati ai solutori "più che abili"*, in G.M. Baccari - K. La Regina - E.M. Mancuso, *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, 2015, 3 ss.; F. Gullo, Autoriciclaggio, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2015; F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.*, 24 dicembre 2014; Seminara, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1631 ss.; F. Sgubbi, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2014; L. Troyer

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

- S. Cavallini, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del 'vicino ingombrante'*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2015.

(3) In questi termini V.E. Falsitta, *Istituto innovativo non assimilabile a un condono*, in *Guida dir.*, 2015, 30.

(4) Per un primo commento alla procedura di collaborazione volontaria si vedano: V.E. Falsitta, *Istituto innovativo non assimilabile ad un condono*, in *Guida dir.*, 4/2015; C. Masiello (a cura di), Voluntary disclosure. *Guida pratica*, Milano, 2015; M. Piazza - M. Bono - M. Folli, *Collaborazione volontaria: la procedura*, in *Il Fisco*, 2015, 333 ss.; D. Sopranzetti, *Antiriciclaggio, monitoraggio fiscale e* voluntary disclosure, Milano, 2015.

(5) L'affermazione è di S. Cavallini - L. Troyer, *Apocalittici o integrati?*, cit., 18.

(6) L. Troyer - A. Ingrassia, *Le ricadute penalistiche del nuovo scudo fiscale: la roulette russa della punibilità*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 846.

(7) G. Maisto, *Procedura di collaborazione volontaria: oggetto, soggetti, riduzione delle sanzioni*, in C. Masiello (a cura di), Voluntary disclosure, cit., 8.

(8) V.E. Falsitta, *Istituto innovativo non assimilabile ad un condono*, in *Guida dir.*, 4/2015.

(9) M. Dinoia, *Profili penali: cause di non punibilità e nuove fattispecie di reato*, in C. Masiello (a cura di), Voluntary disclosure, cit., 79.

(10) Si consenta l'inelegante rinvio ad A. Ingrassia, *Le (caleidoscopiche)*, cit., 5-6.

(11) I. Caraccioli, *Gli effetti dello scudo fiscale del 2009 sui reati tributari*, in *Il Fisco*, 2014, 3909 s.

(12) Cass. 5 maggio 2011, n. 28724, in *Corr. trib.*, 3287 ss.; Cass. 19 luglio 2013, n. 44003.

(13) La causa sopravvenuta di non punibilità è disciplinata dall'art. 5 *quinquies*, D.L. n. 167/1990, come novellato dalla L. n. 186/2014 e dall'art. 1, comma 4, lett. b), della stessa L. n. 186/2014.

(14) In base alla previsione di cui all'art. 1, comma 5, L. n. 186/2014.

(15) La limitazione è esplicitamente prevista dall'art. 5 *quinquies*, comma 2, D.L. n. 167/1990, come novellato dalla L. n. 186/2014 e dall'art. 1, comma 4, lett. b), della stessa L. n. 186/2014.

(16) Si vedano l'art. 5 *quinquies*, comma 1, lett. b), D.L. n. 167/1990, come novellato dalla L. 186/2014 e l'art. 1, comma 4, lett. b), della stessa L. n. 186/2014.

(17) La non punibilità dell'autoriciclaggio è disciplinata dall'art. 5-*quinquies*, comma 3, D.L. n. 167/1990, come novellato dalla L. n. 186/2014 e dall'art. 1, comma 4, lett. b), della stessa L. n. 186/2014.

(18) Paradigmatico in questo senso è il fenomeno delle cd. cartiere (su cui si veda, *ex pluribus*, A. Mereu, *La repressione penale delle frodi IVA. Indagine ricostruttiva e prospettive di riforma*, Padova, 2011 e bibliografia ivi richiamata): si tratta, nondimeno, di soggetti che difficilmente hanno interesse e possibilità economiche per accedere alla *voluntary disclosure*.

(19) Per un inquadramento di tale giurisprudenza si vedano, *ex pluribus*, L. Troyer - S. Cavallini, Elusione, progressione criminosa e specialità: due passi avanti e uno "a lato" su tre topoi in materia, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2014, 242 ss.

(20) Per comodità di lettura si riporta l'art. 9, D.Lgs. n. 74/2000 che costituisce una deroga alle norme sul concorso di persone nel reato "In deroga all'art. 110 del codice penale: a) l'emittente di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e chi concorre con il medesimo non è punibile a titolo di concorso nel reato previsto dall'art. 2; b) chi si avvale di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e chi concorre con il medesimo non è punibile a titolo di concorso nel reato previsto dall'art. 8".

(21) Diverso è il caso prospettato da A. Perini, *Voluntary disclosure: l'elenco incompleto delle fattispecie non punibili*, in *Il Fisco*, 2015, 349, in cui l'amministratore della società A prima istiga il legale rappresentante della società B ad emettere fatture per operazioni inesistenti, di cui la stessa A dovrebbe beneficiare, poi non annota tali fatture in contabilità. In tal caso, afferma l'A., l'amministratore della A non è punibile *ex* art. 2, D.Lgs. n. 74/2000, non avendo annotato le fatture, ma resta perseguibile per il concorso nell'emissione delle stesse: l'esito ipotizzato è che il legale rappresentante della A, accedendo alla *voluntary disclosure*, si autodenunci per il reato di cui all'art. 8, D.Lgs. 74/2000. Pare a chi scrive che il problema possa essere forse superato considerando che non avendo annotato le fatture l'amministratore della A non avrebbe alcuna ragione per attivare la collaborazione volontaria, non avendo realizzato alcuna evasione; ove, invece, l'evasione d'imposta si fosse realizzata, ma mediante condotte diverse (banalmente con una dichiarazione infedele), non si vede la ragione (*rectius* la fonte dell'obbligo) per cui il contribuente infedele dovrebbe indicare all'Agenzia delle entrate di aver istigato all'emissione di fatture inesistenti, a vantaggio della propria società, ma mai utilizzate.

(22) In questi termini Cass. 16 gennaio 2013, n. 36859; in senso conforme già Cass. 8 marzo 2012, n. 19247 in *Corr. trib.*, 2012, 1925 ss., con nota di P. Corso, *Fatture per operazioni inesistenti: doppia condanna per il "*self made*"?*; in *Rass. trib.*, 2012, 1327 ss., con nota di G. Flora, *La clausola di non punibilità del concorso incrociato tra emittente ed utilizzatore di false fatture*; in *Giust. pen.*, 2013, 648 ss., con nota di R. Rampioni, *Giurisprudenza "creativa" in tema di emissione ed utilizzazione di fatture false.*

(23) Si veda la condivisibile critica di L. Troyer - S. Cavallini, *Elusione, progressione criminosa e specialità: due passi avanti e uno "a lato" su tre topoi in materia*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2014, 242 ss.

(24) Si conceda sul punto il richiamo a L. Troyer - A. Ingrassia, *Il nuovo delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte alla prova del trust*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 370 ss.

(25) Si veda la sentenza Cass. 18 maggio 2011, n. 36290, in *Cass. pen.*, 2012, 3508 ss., con nota di V. Romano, *La natura del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*, in cui è stata riconosciuta la sussistenza del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, nonostante sia venuto meno il debito tributario in sede civile, a seguito di annullamento delle relative cartelle esattoriali.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(26) Dunque di un soggetto che non ha in corso accertamenti fiscali, ostativi alla collaborazione volontaria.

(27) Prospettato da A. Perini, Voluntary disclosure*: l'elenco incompleto delle fattispecie non punibili*, in *Il Fisco*, 2015, 350.

(28) Cass. 6 maggio 2011, n. 20062.

(29) Si tratta di Cass., SS.UU., 27 febbraio 2014, n. 25191, in *Dir. pen. cont.*, 17 settembre 2014, con nota di A. Galluccio, *Le Sezioni Unite sui rapporti fra riciclaggio, illecito reimpiego e associazione di tipo mafioso.*

(30) Così Cass., SS.UU., 27 febbraio 2014, n. 25191.

(31) In materia si veda F. D'Arcangelo, *Gli effetti penali della voluntary disclosure e la responsabilità da reatodegli enti*, in questa *Rivista*, 231, n. 2/2015.

(32) Per tale impostazione si veda C.E. Paliero, *La società punita: del "come" del "perché" e del "per cosa"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1535 ss.; C.E. Paliero, *Dieci anni di corporate liability nel sistema italiano*, in questa *Rivista*, 2011, suppl. 12, 14 ss. Aderisce a tale impostazione Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 26654.

(33) Si veda, in particolare, G. Marinucci, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., Societas puniri potest. *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 307 ss.; in giurisprudenza, per tutte, Cass., SS.UU., 23 gennaio 2011, n. 34476.

(34) Sostiene che la responsabilità degli enti *ex* D.Lgs. n. 231/2001 costituisca un *tertium genus*, tra gli altri, D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 417 e in giurisprudenza Cass., SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343, in questa *Rivista*, 2015, 215 ss., con nota di R. Bartoli, *Le Sezioni Unite prendono "coscienza" del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*.

(35) Così l'art. 1, comma 5, L. n. 186/2014.

(36) In merito all'art. 8, D.Lgs. n. 231/2001 si veda tra gli altri M. Scoletta, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel D.Lgs. 231/2001*, in G. Canzio - L.D. Cerqua - L. Lupària (a cura di), *Diritto penale delle società*, 2014, 925 ss. e bibliografia ivi richiamata.

(37) Uno spunto per risolvere la questione potrebbe rinvenirsi nella Relazione al decreto, par. 4, ove si legge: "le cause di estinzione della pena (emblematici i casi grazia o di indulto), al pari delle eventuali *cause di non punibilità*e, in generale, alle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato".

(38) La fattispecie incriminatrice in parola presenta tratti comuni con il delitto di false risposte all'amministrazione finanziaria di cui all'art. 11, D.L. n. 201/2011, conv. con L. n. 214/2011: per un commento a tale disposizione si vedano, tra gli altri, S. Cavallini, *Il nuovo delitto di "false risposte all'amministrazione finanziaria", tra vecchie e nuove emergenze, norme simboliche ed autentici labirinti interpretativi*, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 313 ss. e A. Lanzi - P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, Milano, 2014, 367 ss.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(39) In questo senso I. Bricchetti - M. Faggioli, *L'emersione del nero avviene solamente pagando il dovuto*, in *Guida dir.*, 4/2015, 40.

(40) Di identica opinione, I. Bricchetti - M. Faggioli, *L'emersione del nero*, cit., 40.

(41) Si veda sul punto M. Dinoia, *Profili penali*, cit., 82.

(42) Si permetta l'inelegante rinvio ad A. Ingrassia, *Le (caleidoscopiche)*, cit., 21

(43) Per i rapporti tra abuso dello scudo fiscale e riciclaggio si veda Cass. 22 settembre 2010, n. 35763; sulla relazione tra illecito ricorso allo scudo fiscale e truffa ai danni dello Stato, Cass. Pen., Sez. V, 29 marzo 2007, n. 12910, in *Riv. pen.*, 2008, 1058 ss. con nota di A. Gentile, *Truffa e falsità nella dichiarazione in materia di scudo fiscale: quali rapporti tra le due fattispecie alla luce della recente giurisprudenza di legittimità?*, nonché in *Rass. trib.*, 2010, 1157 ss. con nota critica di F. Ardito, *Profili penali dello scudo fiscale*; più di recente Cass. 19 giugno 2013, n. 34986.

(44) Si tratta dell'art. 19 *bis*, D.L. n. 350/2001, su cui si rinvia per un commento a I. Caraccioli, *Il reato di false attestazioni in materia di scudo fiscale*, in *Il Fisco*, 2002, 1671 ss.

(45) È appena il caso di sottolineare che debba trattarsi di condotte tenute dopo l'introduzione del delitto di autoriciclaggio, ovvero dopo il 15 dicembre 2014.

(46) Si veda Cass. 29 marzo 2007, n. 12910, cit.; più di recente Cass. 19 giugno 2013, n. 34986, cit.

(47) In questi esatti termini Cass. 19 giugno 2013, n. 34986, cit., richiamando Cass. 29 marzo 2007, n. 12910.

(48) È il caso deciso in Cass. 29 marzo 2007, n. 12910, cit.

(49) Si veda per tale condotta Cass. 19 giugno 2013, n. 34986, cit.

(50) Si tratta di Cass., SS.UU., 28 ottobre 2010, n. 1235, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2011, con nota di P. Caccialanza, *Le Sezioni Unite escludono il concorso fra reati fiscali e truffa aggravata ai danni dello Stato*; nonché con note di G. Aronica, *Le Sezioni unite escludono il concorso tra truffa ai danni dello Stato e "frode fiscale"*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2011, 237 ss.; L. Della Ragione, *I tormentati rapporti tra frode fiscale e truffa ai danni dello Stato al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1334 ss.; G. Ruta, *Truffa ai danni dello Stato e frode fiscale: limiti al principio di specialità*, in *Cass. pen.*, 2011, 2501 ss.; A. Scarcella, *Specialità, concorso e consunzione nei reati tributari: per le Sezioni Unite c'è frode e frode*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 567 ss.; R. Urbani, *Frode fiscale e truffa aggravata: le Sezioni Unite tornano sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1223 ss.

(51) Tra gli altri, A. Tomassini, Voluntary disclosure *in cerca di chiarimenti*, in *Lex 24*, 1° dicembre 2016; D. Deotto - M. Piazza - A. Tomassini, *Le incertezze sui calcoli frenano la* voluntary bis, in *Quotidiano del Fisco*, 27 febbraio 2017.

LA TRUFFA CONTRATTUALE AI DANNI DELLO STATO PER ASSUNZIONE AD IMPIEGO PUBBLICO

Beltrani Sergio

Cass. pen. Sez. II, 03 giugno 2009, n. 26269

c.c. art. 2126

c.c. art. 2129

Sommario: La decisione - La natura giuridica del reato di truffa - La truffa contrattuale ai danni dello Stato: profili generali - Il momento consumativo del reato nella truffa contrattuale ai danni dello Stato per assunzione

La decisione

Chiamata a valutare, all'esito del subprocedimento cautelare, la legittimità di un sequestro disposto a carico di un soggetto indagato, tra l'altro, in ordine al reato di truffa finalizzata all'assunzione ad un pubblico impiego, ed in particolare la sussistenza del necessario *fumus* in relazione alle retribuzioni percepite dall'indagato dopo l'assunzione, ottenuta esibendo un falso diploma di infermiere, la seconda sezione penale della Corte di cassazione, dopo essersi riportata integralmente ai principi già affermati dalle Sezioni unite con la sentenza 16 dicembre 1998, Cellammare (1), ha ritenuto che l'attività svolta da un infermiere all'interno di una struttura ospedaliera pubblica in difetto della necessaria qualificazione professionale, pur potendo eventualmente integrare gli estremi del reatodi abusivo esercizio di una professione, non risulta intrinsecamente illecita; di conseguenza, la corresponsione del salario da parte del datore di lavoro pubblico non integra gli estremi del danno patrimoniale necessario ai fini della configurabilità del reato ipotizzato.

Il provvedimento impugnato è stato, pertanto, annullato senza rinvio.

La decisione offre lo spunto per riesaminare l'orientamento giurisprudenziale assolutamente dominante (dopo il citato intervento delle Sezioni unite) in tema di configurabilità del danno e momento consumativo del reato.

La natura giuridica del reato di truffa

Il delitto di truffa (dal tedesco "Trug ", letteralmente "inganno, frode ") (2) ha natura giuridica di reatoistantaneo e di danno, e si perfeziona nel momento in cui alla realizzazione della condotta tipica da parte dell'autore abbia fatto seguito la *deminutio patrimonii* del soggetto passivo (3).

Una autorevole dottrina (4) definisce il danno in funzione della nozione di patrimonio, ovvero come "diminuzione della strumentalità del patrimonio, cioè della sua capacità di soddisfare bisogni materiali o spirituali del titolare", che abbraccia "tutte le molteplici forme di danno patrimoniale meritevoli di tutela e rispondenti alle diverse ipotesi criminose: 1) sia la riduzione o il mancato incremento delle attività (il c.d. danno emergente (...) e il c.d. lucro cessante (...); sia l'incremento delle passività (...); 3) sia la diminuzione della funzione strumentale del patrimonio, non accompagnata né da una diminuzione delle attività, né dall'incremento delle passività (...); 4) sia le mere

turbative del godimento della cosa, comportando anch'esse una riduzione della funzione strumentale della cosa in godimento". Il danno patrimoniale così configurato "va constatato in concreto, di volta in volta, non essendo ammissibile - per il principio di offensività - un danno presunto (*in re ipsa*)": pertanto, non sussiste delittocontro il patrimonio per mancanza di danno patrimoniale in tutti i casi in cui non esiste diminuzione della strumentalità patrimoniale o addirittura esiste un incremento della strumentalità patrimoniale.
Non vengono, pertanto, condivise "certe tendenze giurisprudenziali a degradare, attraverso la "dematerializzazione " e la "depatrimonializzazione " del requisito del danno e la proiezione eticizzante della tutela verso valori dematerializzati, spiritualizzati (libertà del consenso, buona fede, rispetto di regole della convivenza civile: es., della disciplina pubblicistica dell'equo canone nel mercato delle abitazioni), i delitti patrimoniali di aggressione con la cooperazione della vittima a reati senza offesa patrimoniale e semplicemente contro la libertà contrattuale. Sicché si finisce, così, per incentrare il disvalore di tali fattispecie sul solo momento della "condotta " di inganno, violenza, suggestione, sulla rimproverabilità morale, sociale, giuridica, della medesima anziché sul momento effettuale di essa. Per degradare il danno patrimoniale, requisito tipico - e, quindi, autonomo dal "mezzo " e, perciò, oggetto di specifico accertamento concreto - in un danno *in re ipsa* e, come tale, presunto in tutti i casi. Per ridurre i delitti "plurioffensivi " a meri reati monoffensivi della libertà del consenso. Per confondere il contratto invalido, perché viziato da inganno o violenza, coi delitti di truffa o estorsione, dimenticandosi che, se tali reati sempre invalidano il contratto, il contratto invalidato da tali vizi non è sempre delitto patrimoniale, richiedendo questo anche il danno. Per operare un'analogia in *malam partem*. Per costituire, in breve, un attentato ad un diritto penale patrimoniale a base oggettiva, incentrato sull'offesa del diritto soggettivo patrimoniale" (5).

La truffa contrattuale ai danni dello Stato: profili generali

In relazione alla specifica fattispecie oggetto della sentenza in commento, è configurabile la c.d. truffacontrattuale (quella, cioè, finalizzata ad ottenere la stipula di un contratto che il *deceptus*, se non raggirato, non avrebbe stipulato, od avrebbe stipulato a condizioni diverse), che sussiste "indipendentemente dal fatto che il "*deceptus* " abbia pagato il giusto corrispettivo della controprestazione effettivamente fornitagli, realizzandosi l'illecito per il solo fatto che si sia addivenuti alla stipulazione di un contratto che, senza gli artifici e raggiri posti in essere dall'agente, non sarebbe stato stipulato" (6).
Con riguardo ad essa, gli elementi dell'ingiusto profitto e del danno sussistono "anche in assenza di squilibrio tra i valori delle controprestazioni, in quanto ingiusto profitto e danno sono costituiti dal vantaggio e dal pregiudizio rispettivamente derivanti alle parti dalla stipula del contratto": la truffa contrattuale è, pertanto, configurabile "anche se si sia pagato il giusto corrispettivo della controprestazione effettivamente fornitagli (nella fattispecie non vi sono stati indennizzi di sinistri),

realizzandosi l'illecito per il solo fatto che si sia addivenuti alla stipulazione di un contratto che, senza gli artifici e raggiri posti in essere dall'agente, non sarebbe stato stipulato" (7). Si è, conseguentemente, ritenuto che "la sussistenza dell'ingiusto profitto e del correlativo danno non sono esclusi dal fatto che il raggirato abbia corrisposto il prezzo del servizio fornito quando risulti che esso sia stato acquistato per effetto di raggiri" (8).
Ed anche la dottrina (9) ribadisce che il danno patrimoniale "non può essere presunto, ritenuto *in re ipsa*, cioè nel solo fatto che senza l'inganno non sarebbe stato posto in essere tale atto dispositivo".
Quanto al momento consumativo, la giurisprudenza osserva, in generale, che, "poiché la truffa è reatoistantaneo e di danno, che si perfeziona nel momento in cui alla realizzazione della condotta tipica da parte dell'autore abbia fatto seguito la *deminutio patrimonii* del soggetto passivo, nell'ipotesi di truffa contrattuale il reato si consuma non già quando il soggetto passivo assume, per effetto di artifici o raggiri, l'obbligazione della*datio* di un bene economico, ma nel momento in cui si realizza l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente e la definitiva perdita dello stesso da parte del raggirato" (10), in quanto "l'evento delittuoso punito*dall'art. 640 c.p.* (...) è costituito proprio dal conseguimento del profitto con altrui danno. Danno che non solo deve avere contenuto economico, ma deve consistere anche per il soggetto passivo in una lesione del bene tutelato, concreta ed effettiva, e non soltanto potenziale" (11).
La truffa contrattuale in danno dello Stato (o di altro ente pubblico) si consuma anche a mezzo di un negozio giuridico apparentemente valido, ma, nella sua essenza, viziato dalla mancanza di un corretto processo volitivo del soggetto passivo (determinatosi alla stipulazione del negozio per l'errore in lui ingenerato dai raggiri e dagli artifici del soggetto attivo): pertanto, nel valutare la sussistenza del reato, il giudice non può limitare la sua analisi all'accertamento della mera conformità a diritto dell'atto amministrativo di disposizione patrimoniale in favore del privato, dovendo necessariamente accertare anche che all'emanazione dell'atto la pubblica amministrazione non si sia determinata in quanto indotta in errore dagli artifici o raggiri posti in essere dal privato medesimo; in tal caso, infatti, "l'ingiusto profitto ed il danno vanno individuati - indipendentemente dalla legittimità formale del deliberato amministrativo - nel vantaggio e nel pregiudizio, rispettivamente derivanti alle parti, dalla emanazione di un atto dispositivo che, in assenza dei predetti artifizi o raggiri, non sarebbe stato emanato" (12).

Segue: la configurazione dell'elemento del danno nella truffa contrattuale ai danni dello Stato per assunzione

Le Sezioni unite penali (13), chiamate a valutare "l'ipotizzabilità in concreto di un danno patrimoniale per la pubblica amministrazione, nell'ipotesi di artifici o raggiri - ad esempio, mediante la produzione di falsa documentazione - finalizzati all'assunzione nel pubblico impiego", hanno affermato che "nel delitto di truffa,

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

mentre il requisito del profitto ingiusto può comprendere in sé qualsiasi utilità, incremento o vantaggio patrimoniale, anche a carattere non strettamente economico, l'elemento del danno deve avere necessariamente contenuto patrimoniale ed economico, consistendo in una lesione concreta e non soltanto potenziale che abbia l'effetto di produrre - mediante la "cooperazione artificiosa della vittima " che, indotta in errore dall'inganno ordito dall'autore del reato, compie l'atto di disposizione - la perdita definitiva del bene da parte della stessa; ne consegue che in tutte quelle situazioni in cui il soggetto passivo assume, per incidenza di artifici e raggiri, l'obbligazione della dazione di un bene economico, ma questo non perviene, con correlativo danno, nella materiale disponibilità dell'agente, si verte nella figura di truffa tentata e non in quella di truffa consumata".

L'orientamento è stato successivamente ribadito, nei medesimi termini, dalla giurisprudenza (14); una decisione (15)ha, peraltro, operato alcune interessanti precisazioni in ordine alla qualità della prestazione ricevuta dalla P.A. nei casi di truffa per assunzione, ed alle conseguenze che possono derivarne in ordine alla configurazione del danno, evidenziando che le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni unite (quanto alla irrilevanza delle retribuzioni versate al soggetto agente quale corrispettivo delle prestazioni lavorative oggetto dell'assunzione truffaldinamente ottenuta) sono espressamente subordinate, nel testo della decisione, "al fatto che, oltre all'imprescindibile requisito della liceità, risulti accertata l'esplicazione della prestazione lavorativa richiesta, vale a dire che la prestazione di lavoro resa dalla persona irregolarmente assunta sia in tutto equivalente a quella che avrebbe dovuto rendere l'effettivo vincitore del concorso. Solo tale condizione, infatti, vale ad escludere l'esistenza di un danno per la P.A. consistente nel pagamento della retribuzione, perché questa avrebbe dovuto essere comunque corrisposta. In caso contrario il danno patrimoniale consiste proprio nel fatto che la P.A. sia comunque obbligata a pagare la retribuzione per una prestazione che non ha i requisiti richiesti".

La dottrina ha osservato che la configurabilità della truffa in assunzione ad un impiego o lavoro è controversa proprio a causa delle divergenze sul danno patrimoniale, segnalando la discutibile tendenza giurisprudenziale alla depatrimonializzazione di esso, che porta all'affermazione di un danno *in re ipsa* ed all'anticipazione del momento consumativo prima di un'effettiva *deminutio patrimonii*, concludendo, peraltro, sulla scia dell'orientamento delle Sezioni Unite, che "anche la truffa in assunzione è configurabile, purché sia accertata l'esistenza dei requisiti del reale danno patrimoniale (spese per la procedura di assunzione, periodica retribuzione, qualora la carenza dei requisiti professionali impedisca all'assunto l'espletamento delle mansioni assegnategli) e del profitto ingiusto (indebita costituzione del rapporto di impiego e dei connessi benefici previdenziali; periodica retribuzione nel caso suddetto)" (16).

Altra dottrina ha anche osservato che il profilo del danno, in tali casi, non può essere identificato nel mero interesse alla regolarità delle procedure di assunzione nei pubblici concorsi (17).

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Segue: considerazioni

La citata decisione delle Sezioni unite (sentenza Cellamare) non appare incondizionatamente condivisibile.

Va, in primo luogo, evidenziato che la limitazione del danno (patrimoniale) alle mere spese che la pubblica amministrazione dovrà sostenere per eliminare le conseguenze dell'erronea assunzione del *deceptor* crea seri problemi di compatibilità con l'elemento psicologico del reato, atteso che un tale profilo di danno, secondo l' *id quod plerumque accidit*, esula dal fuoco del dolo generico di truffa, costituito dalla "coscienza e volontà di indurre, con artifici e raggiri, taluno in errore e di determinarlo in tal modo ad un atto di disposizione patrimoniale con altrui danno ed ingiusto profitto per sé od altri" (18); in tal modo, si finisce con l'ammettere la possibilità di giungere all'affermazione di penale responsabilità del *deceptor* imputandogli un elemento che egli non si è realmente rappresentato né ha voluto.

In verità, valutando la fattispecie in una prospettiva diversa, tipica del procedimento amministrativo, "può ben ritenersi che il danno è valutabile economicamente e corrisponde alla differenza tra la retribuzione corrisposta e quella che sarebbe spettata in relazione alla professionalità ed al titolo effettivamente posseduto e non può la valutazione del danno risolversi, riduttivamente, nelle spese da sostenere per riparare l'errore e rettificare la graduatoria "" (19).

D'altro canto, le stesse Sezioni unite hanno, in motivazione, osservato che, nella fattispecie esaminata, la corresponsione delle retribuzioni risultava " *dovuta*", " *in forza della sinallagmaticità del rapporto*", " *una volta accertata l'esplicazione della prestazione lavorativa richiesta*". Con ciò, sia pur implicitamente e forse inconsapevolmente, si legittima l'interprete chiamato ad individuare le connotazioni del "danno ", a pervenire a diverse conclusioni, a seconda che l'attività fraudolenta, posta in essere ai fini dell'indebita assunzione, si sia sostanziata nella falsa rappresentazione del possesso di requisiti meramente formali indispensabili ai fini dell'assunzione, ma non inerenti alle capacità professionali richieste e quindi insuscettibili di incidere in concreto "sul pieno e corretto svolgimento dell'attività lavorativa", oppure nel possesso di requisiti sostanziali, riguardanti specifiche capacità professionali, la cui carenza impedisca in concreto al soggetto agente di compiere adeguatamente la propria attività lavorativa, e di adempiere le proprie obbligazioni, ed arrechi un danno effettivo e specificamente quantificabile per l'ente (20), in termini di minorata efficacia della funzione pubblica al cui assolvimento l'assunzione era finalizzata.

Nel primo caso, infatti, in accordo con i principi affermati dalle Sezioni unite, lo Stato e/o l'ente pubblico non subiscono, per effetto della (pur indebita) corresponsione delle retribuzioni, alcun danno, avendo comunque potuto trarre utile vantaggio dall'espletamento dell'attività lavorativa in realtà espletata *sine titulo* (che, civilisticamente, comporterebbe, comunque, la necessità di corrispondere al *deceptor* un indennizzo, a norma *dell'art. 2041 c.c.*, ove la P.A. abbia riconosciuto

l'utilità della sua prestazione di attività lavorativa, pur se soltanto implicitamente, ovvero attraverso l'utilizzo in concreto di essa (21)).
Nel secondo caso, al contrario, "la corresponsione e la percezione delle retribuzioni in costanza del rapporto di impiego instaurato con la frode integrano, rispettivamente, gli estremi del danno patrimoniale e dell'ingiusto profitto"(22) .
In difetto della necessaria qualificazione professionale, la prestazione ciononostante resa non può che risultare inadeguata, e, di conseguenza, la retribuzione risulta (in tutto o quanto meno in parte, in proporzione al *quantum* di de-qualificazione professionale del *deceptor*) corrisposta *sine titulo*, integrando gli estremi del necessario danno patrimonialmente valutabile per lo Stato (o l'ente pubblico) e dell'indebito profitto in favore del privato *deceptor*.
In virtù di queste considerazioni, la decisione in commento non può che destare perplessità, soprattutto ove si consideri che l'attività lavorativa prestata in concreto dal soggetto agente, risultava non soltanto professionalmente inadeguata al soddisfacimento degli interessi pubblici sottostanti (in difetto del necessario titolo abilitativo), ma addirittura penalmente illecita (*ex art. 348 c.p.*), e quindi tale da non potere (e non dovere) assolutamente essere retribuita: di qui, l'evidente danno patrimoniale del soggetto pubblico che tale inadeguata ed indebita attività aveva retribuito.

Il momento consumativo del reato nella truffa contrattuale ai danni dello Stato per assunzione

Le Sezioni unite, con la sin qui più volte citata sentenza Cellammare, sono state anche chiamate a decidere "se - anche ai fini del computo del termine di prescrizione del reato - la truffa in danno di un ente pubblico, finalizzata all'assunzione nel pubblico impiego ed al conseguimento del diritto a periodici emolumenti correlati all'espletamento dell'attività lavorativa, abbia natura di reato istantaneo, esaurendosi con la costituzione del rapporto e non rilevando penalmente il pagamento dei singoli ratei, o di reato continuato, con riguardo alla prima ed alle successive riscossioni, ovvero di reato permanente o "a consumazione prolungata ", protraendosi nel tempo fintanto che avviene la corresponsione degli emolumenti", ed in proposito hanno ritenuto che "la truffa finalizzata all'assunzione ad un pubblico impiego si consuma nel momento della costituzione del rapporto impiegatizio, sempre che sia individuabile e dimostrata l'esistenza di un danno immediato ed effettivo, di contenuto economico-patrimoniale, che l'amministrazione abbia subito all'atto ed in funzione della costituzione del rapporto medesimo".
Nell'affermare tale principio, le Sezioni unite hanno ribadito che, ai fini della configurabilità del delitto *de quo*, occorre fare riferimento esclusivamente a spese, esborsi ed oneri effettivamente sostenuti dall'amministrazione nella procedura di costituzione del rapporto di impiego, esulando dal concetto di danno rilevante le conseguenze meramente virtuali del reato (come le spese da sostenere per riparare l'errore e rettificare la graduatoria o per indire le nuove procedure di assunzione),

quelle di natura non immediatamente patrimoniale (come l'assunzione di persona sprovvista dei necessari requisiti professionali e l'alterazione della graduatoria del concorso), ovvero quelle estranee all'ambito di tutela proprio della norma incriminatrice (quale il pregiudizio per gli altri concorrenti).

Nel medesimo senso si è pronunciata la decisione in commento [(23)].

Il CED della Corte di cassazione riporta un solo precedente sopravvenuto contrario (massimato) [(24)], la cui sintetica motivazione consiste, peraltro, nel mero richiamo di una massima conforme precedente (Cass. n. 12027/1997), senza alcun riferimento alla sopravvenuta decisione delle Sezioni Unite sin qui più volte citata, ed in difetto di ulteriori autonome argomentazioni.

Segue: considerazioni

Anche questa seconda affermazione delle Sezioni unite non appare incondizionatamente condivisibile.

Va, innanzitutto, rilevato che, nei casi in oggetto, il profitto del *deceptor* risulta ingiusto proprio perché l'assunzione è avvenuta, in realtà, *sine titulo*, ed a nulla può rilevare, in proposito, il fatto che la P.A. abbia, in ipotesi, tratto giovamento dalla prestazione di lavoro erogata dal predetto, che potrebbe assumere rilevanza unicamente in relazione al profilo del "danno " (avendo pur sempre la P.A. ricevuto una controprestazione in cambio della retribuzione erogata), ma non fa venir meno l'ingiustizia del profitto.

Ciò comporta che la truffa in assunzione ad un pubblico impiego "non può ritenersi consumata al momento della nomina del dipendente - momento in cui si realizza unicamente l'estremo del danno per la pubblica amministrazione - bensì al momento della percezione della prima retribuzione (secondo il prevalente indirizzo che configura la riscossione delle successive somme come ulteriori episodi di truffa avvinti dalla continuazione), ovvero al momento della cessazione della condotta illecita (secondo la tesi più recente che parla di reato "a consumazione prolungata ", il quale si protrae finché non vengono interrotte le riscossioni). È, infatti, in tali momenti che l'agente realizza il profitto perseguito, dovendosi al riguardo tenere presente che la truffa si consuma nel momento in cui si verifica l'ultimo degli eventi provocati dalla condotta ingannatrice, sia esso il danno o il profitto, ovvero nel momento in cui si verificano entrambi gli eventi, se simultanei" [(25)].

La contraria conclusione cui sono pervenute le Sezioni unite risulta, a ben vedere, anche contraddittoria, poiché la stessa sentenza Cellammare afferma che, non costituendo la truffa reato di pericolo ("a differenza di altre ipotesi criminose che pure offendono il patrimonio per le quali basta una situazione di pericolo, l'evento consumativo risulta esplicitamente tipizzato in forma di conseguimento del profitto con il danno altrui, elementi questi dell'arricchimento e del depauperamento che sono collegati tra loro in modo da costituire concettualmente due aspetti di un'unica realtà"), ai fini della sua consumazione il danno ed il profitto devono essere effettivamente realizzati: invero, "anche a voler ammettere che il profitto possa

consistere già nell'avere ottenuto la nomina all'impiego, esso avrebbe comunque carattere potenziale, in relazione al "conseguente diritto al futuro trattamento retributivo e previdenziale " (26).
Invero, l'agente normalmente "non pone in essere artifizi e raggiri a danno di un ente pubblico solo per ottenere l'assunzione alle dipendenze di questo, bensì, verosimilmente, al fine di assicurarsi il conseguente trattamento economico; in altre parole, una truffa limitata alla fase della nomina al pubblico impiego è un simulacro di truffa non corrispondente alla realtà delle cose, una figura che della truffa contiene tutti i requisiti tecnici, ma che risulta priva del contenuto sostanziale del reato di cui *all'art. 640 c.p.* " (27).
Dalla già ammessa possibilità che il danno patrimoniale della P.A. sia integrato della corresponsione di retribuzioni a soggetti professionalmente non adeguati, possono derivare importanti conseguenze in relazione all'individuazione del momento consumativo del reato, e conseguentemente alla struttura della truffa in assunzione.
Vi è consenso pressoché unanime sull'impossibilità di configurare la truffa in assunzione come reatopermanente ("perché si perfeziona nel momento stesso in cui si concretano tutti gli elementi che lo costituiscono e non consente né una protrazione ininterrotta dell'attività criminosa dell'agente, con la costituzione di uno stato soggettivo od oggettivo antigiuridico duraturo, né la possibilità per l'agente di far cessare volontariamente tale stato in modo giuridicamente efficace") (28).
Va anche esclusa la sua configurabilità come reato continuato poiché, pur ammettendo (in difetto di una pluralità di azioni od omissioni) l'applicazione per analogia *in bonam partem* della disciplina dettata *dall'art. 81, comma 2, c.p.* anche ad una condotta unica integrante la materialità del reato, difetterebbero, nella specie, le plurime violazioni di legge, poiché "ciò che consente di violare con una medesima condotta più volte la stessa norma è il bene altamente personale da essa tutelato (es.: vita o incolumità fisica; in tal caso, se più sono i soggetti passivi, più sono i reati); si ha invece un'unica violazione ove il bene tutelato sia di natura diversa (es. patrimonio, come nel caso, appunto, della truffa)" (29).
Né - come anticipato - appare possibile qualificare il reato come istantaneo, ovvero destinato a consumarsi nel momento stesso dell'indebita assunzione, poiché in tale momento potrà essere enucleabile un effettivo danno patrimoniale per l'ente pubblico, ma non certo l'ingiusto profitto del *deceptor*.
Prima di giungere alle conclusioni, non sembra inutile ricordare che:
- si ha perfezione quando il reato è realizzato in tutti gli elementi richiesti dalla fattispecie legale nel loro contenuto minimo;
- si ha consumazione quando il reato perfetto raggiunge in concreto la sua massima gravità.
Ciò premesso, sembra legittimo concludere che la truffa per assunzione ad un pubblico impiego debba configurarsi come reato ad evento frazionato (ovvero a consumazione prolungata), nell'ambito del quale è possibile distinguere:
- il momento della perfezione, che coincide con quello dell'indebita assunzione;

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

- il momento della consumazione , che si verifica all'atto dell'ultima erogazione di denaro in favore del *deceptor* (a titolo retributivo ovvero anche di t.f.r.): "stante, infatti, il carattere non primario del bene giuridico offeso, nonché l'unicità del soggetto passivo, nella serie di esborsi effettuati dall'ente, che costituiscono il frutto di un'unica condotta illecita, deve essere ravvisato un evento lesivo unico, seppur frazionato nel tempo" (30) .

---

(1) In *Ced Cass.*, n. 212079 - 81.

(2) In diritto romano, il precedente del reato fu costituito dal *crimen extraordinarium*, introdotto in epoca Severiana, di " *stellionatus* " (da " *stelio* ", rettile velenoso la cui pelle può assumere colorazioni diverse in relazione al diverso grado di esposizione alla luce), fattispecie sussidiaria rispetto al *furtum* ed al *falsum*, e dai confini ampi ed imprecisi, ricomprendendo anche condotte (ad es., il falso giuramento per conseguire un profitto) non assimilabili in senso stretto a quelle integranti la truffa come oggi concepita.

(3) L'affermazione è assolutamente pacifica in giurisprudenza: cfr. Cass., Sez. Un., 16 dicembre 1998, Cellammare, in*Ced Cass.*, n. 212079 - 81, e Sez. Un., 21 giugno 2000, Franzo ed altri, *ivi*, n. 216429; Sez. II, 21 febbraio 2003, Toldo, *ivi*, n. 223627).

(4) Mantovani, *Diritto penale - Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2002, 2a ed., 39 ss.

(5) Trattasi di preoccupazioni condivise anche da Fiandaca e Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, tomo II, *I delitti contro il patrimonio*, Padova, 2002, 178, e da Sgubbi, *Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1982, 377.

(6) Cass., Sez. II, 23 settembre 1997, Marrosu, in *Ced Cass.*, n. 210456.

(7) Cass., Sez. II, 29 ottobre 2008, Del Prete ed altro, in *Ced Cass.*, n. 242296.

(8) Cass., Sez. II, 4 marzo 2003, De Francesco, in *Ced Cass*, n. 224759.

(9) Mantovani, *op. cit.*, 195 s.

(10) Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000 *cit.*; Sez. II, 30 marzo 2001, Scarselli, in *Ced Cass.*, n. 219394;Sez. II, 17 gennaio 2008, Damiani, *ivi*, n. 239435; Sez. II, 11 luglio 2008, Miano, *ivi*, n. 240659.

(11) Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000 *cit.*, in motivazione; così già Sez. Un., 22 marzo 1969, Carraro, in *Ced Cass.*, n. 111418, e Sez. Un. 30 novembre 1974, Forneris, *ivi*, n. 128996.

(12) Cass., Sez. V, 27 marzo 1999, P.G. in proc. Longarini ed altri, in *Ced Cass.*, n. 214867. Si è, ad es., ritenuto che "integra il delitto di truffa contrattuale l'acquisto di un immobile, di proprietà di un ente pubblico già concesso in locazione al privato acquirente, alla cui vendita l'ente pubblico si è determinato in forza dell'attestazione del privato, contraria al vero, dell'esistenza delle condizioni richieste dall'ente stesso per la cessione dell'immobile, pur quando il corrispettivo di vendita sia stato regolarmente pagato" (Cass., Sez. II, 2 aprile 2007, P.M. in proc. Massa ed altro, in *ivi*, n. 236472).

(13) Cass., Sez. Un., 16 dicembre 1998 *cit.*

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(14) Cass., Sez. II, 30 marzo 2001 *cit.*; Sez. I, 15 aprile 2002, P.G. in proc. Mattiolo, in *Ced Cass.*, n. 222178; Sez. II, 24 gennaio 2002, Migliorini, *ivi*, n. 226745, e 18 giugno 2008, Cardini ed altro, *ivi*, n. 240698, entrambe in tema di truffe aventi ad oggetto il conseguimento di titoli di credito.

(15) Cass., Sez. VI, 29 ottobre 2003, Rizzi, non massimata.

(16) Mantovani, *op. e loc. cit.*

(17) Fiandaca e Musco, *op. e loc. cit.*

(18) Mantovani, *op. cit.*, 167.

(19) Così Fenu, *Truffa ai danni di ente pubblico per assunzione all'impiego. Momento consumativo del reato. Profitto e danno*, in *Cass. pen.*, 1999, 1425 ss.; La Cute, *Truffa (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLV, Milano, 265 s.

(20) Per questi rilievi, cfr. anche Leoncini, *La truffa in assunzione ad un pubblico impiego*, in *Cass. pen.*, 1999, 2483 s.

(21) *Cass. civ., Sez. III, 14 ottobre 2008, n. 25156,* in *Ced Cass.*, n. 605225: "L'azione di indebito arricchimento nei confronti della P.A. differisce da quella ordinaria, in quanto presuppone non solo il fatto materiale dell'esecuzione di un'opera o di una prestazione vantaggiosa per l'Amministrazione stessa, ma anche il riconoscimento, da parte di questa, dell'utilità dell'opera o della prestazione. Tale riconoscimento, che sostituisce il requisito dell'arricchimento previsto *dall'art. 2041 cod. civ.* nei rapporti tra privati, può avvenire in maniera esplicita, cioè con un atto formale, oppure può risultare in modo implicito da atti o comportamenti della P.A. dai quali si desuma inequivocabilmente un effettuato giudizio positivo circa il vantaggio o l'utilità della prestazione promanante da organi rappresentativi dell'amministrazione interessata, mentre non può essere desunta dalla mera acquisizione e successiva utilizzazione della prestazione stessa; siffatto giudizio positivo, in ragione dei limiti posti dall' *art. 4 della legge n. 2248* all. E del 1865, è riservato esclusivamente alla P.A. e non può essere effettuato dal giudice ordinario, che può solo accertare se e in quale misura l'opera o la prestazione del terzo siano state effettivamente utilizzate".

(22) Leoncini, *op. e loc. cit.*, per la quale, inoltre, "la soluzione proposta non si pone in contrasto con lo scopo perseguito dall'ordinamento di tutelare in via primaria gli interessi economici del lavoratore subordinato (sottesa alla previsione *dell'art. 2126 c.c.*): la suddetta tutela, infatti, è limitata alle ipotesi in cui il lavoro sia stato effettivamente prestato e non può essere estesa, invece, al caso ora descritto".

(23) Analogamente, anche Cass., Sez. II, 7 novembre 2003, P.G. in proc. Angoscia, non massimata.

(24) Cass., Sez. V, 13 gennaio 2006, Leone, in *Ced Cass.*, n. 233633: "In tema di truffa contrattuale, l'ingiusto profitto, con correlativo danno del soggetto passivo, consiste essenzialmente nel fatto costituito dalla stipulazione del contratto, indipendentemente o meno dallo squilibrio oggettivo delle rispettive prestazioni, sicché la sussistenza dell'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità deve essere valutata con esclusivo riguardo al valore economico del contratto in sé, al momento della sua stipulazione, e non con riguardo all'entità del danno risarcibile,

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO
che può differire rispetto al valore, in ragione dell'incidenza di svariati fattori concomitanti o successivi, tra cui la decisione del *deceptus* di agire o meno in sede civile per l'annullamento del contratto".
(25) Fanelli, Commento a Sez. Un. 16 dicembre 1998, Cellammare, in *Foro it.*, 1999, II, 148 ss.
(26) Fanelli, *op. e loc. cit.*
(27) Fanelli, *op. e loc. cit.*
(28) Cass., Sez. Un., 16 dicembre 1998 cit.; nel medesimo senso, in dottrina, Leoncini, *op. e loc. cit.*, a parere della quale, in particolare, "una condotta autenticamente "permanente ", cioè protraentesi continuativamente nel tempo (e non già "reiterata ", come gli ulteriori comportamenti fraudolenti eventualmente posti in essere per mantenere il soggetto passivo nello stato di errore, i quali, tra l'altro, risultano irrilevanti ai fini dell'integrazione della condotta, esauritasi al momento dell'induzione in errore) potrebbe essere individuata unicamente nel contegno omissivo, con il quale l'agente persista, per la durata del rapporto, nel silenzio sulla carenza dei requisiti necessari all'assunzione. E che, come tale, deve essere considerato atipico ai sensi dell'art. 640".
(29) Leoncini, *op. e loc. cit.*
(30) Leoncini, *op. e loc. cit.*; nel medesimo senso, Mantovani, *op. cit.*, 165, nonché, in giurisprudenza, Cass., Sez. II, 9 novembre 2006, Quarta, non massimata, ma in relazione a fattispecie diversa (erogazione di finanziamento agevolato *ex* *l. n. 488 del 1992*).

Appunti in tema di frode informatica

Simone Ferrari

Cass. pen. Sez. V, 24 novembre 2003, n. 4576

La norma incriminatrice della frode informatica comincia a trovare applicazione. Anzi, in futuro — pensiamo — rivestirà un ruolo di primo piano nella lotta contro i *computer criminals.*

Condividiamo, perciò, l'osservazione secondo cui, in base alle previsioni che è possibile fare oggi con i dati disponibili (con riferimento agli episodi forniti tanto dal mondo bancario quanto dalla Pubblica Amministrazione) si può fondatamente ritenere che la moltitudine di reati che verranno commessi nei prossimi anni con il *computer* e sul*computer* potranno, in gran parte, essere inquadrati nel delitto di frode informatica (1).

Lo dimostra la decisione in questione. Il Tribunale di Catania, in sede di riesame, confermava l'ordinanza emessa dal G.i.p. di Siracusa, con la quale veniva disposta la custodia cautelare in carcere nei confronti del ricorrente, indagato per furto aggravato (artt. 61, n. 7; 81, 2° comma; 624 e 625, n. 4, c. p.), per aver sottratto 30.000 euro da un conto corrente, accedendovi tramite Internet e operando immediati bonifici in favore del proprio conto corrente. La Cassazione, invece, ravvisando gli estremi del

delitto di frode informatica, ha annullato l'ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale di Catania per nuovo esame.

Orbene, al fine di comprendere le ragioni di fondo di questa pronuncia, pare opportuno procedere ad un'analisi — seppur solo sommaria — della struttura del reato *de quo*.

La frode informatica è prevista nell'art. 640 *ter* c. p. [2], introdotto dal legislatore [3] allo scopo di evitare forzature interpretative della tradizionale figura della truffa. Infatti, si era posto il problema se quest'ultima si prestasse a reprimere le cosiddette frodi informatiche, commesse cioè mediante l'utilizzazione abusiva dei *computers* [4].

Va chiarito fin da subito che la frode informatica è un titolo autonomo di reato e non una circostanza del delitto di truffa: ciò risulta dalla rubrica dell'articolo, nonché dalla struttura autonoma della condotta illecita [5].

Nello stesso senso della sentenza in commento, si è affermato che l'oggetto della tutela è costituito non solo dal patrimonio del danneggiato, ma anche dalla regolarità di funzionamento dei sistemi informatici e dalla riservatezza che deve accompagnarne l'utilizzazione [6].

Soggetto attivo può essere qualsiasi persona. Se si tratta di un operatore del sistema, il quale agisce con abuso della sua qualità, il delitto è aggravato e si procede d'ufficio. Soggetto passivo è colui che riceve il danno patrimoniale, ma lo è pure colui che ha diritto al buon funzionamento del sistema informatico o telematico. Entrambi questi soggetti possono validamente proporre la querela richiesta per la procedibilità della forma base del reato [7].

La struttura oggettiva della condotta punibile soltanto *apparentemente* ripropone lo schema tradizionale della truffa: mancano invero sia l'estremo dell'induzione in errore del soggetto passivo, sia gli artifici o raggiri (entrambi i requisiti sono difficilmente ipotizzabili operando sul *computer*, che è una macchina priva delle caratteristiche dell'essere umano) [8].

Se cosí è, pare non del tutto esatta l'asserzione — peraltro avallata nella motivazione della sentenza in epigrafe — secondo la quale «il reato di frode informatica ha la medesima struttura e quindi i medesimi elementi costitutivi della truffa dalla quale si differenzia solamente perché l'attività fraudolenta dell'agente investe non la persona (soggetto passivo), di cui difetta l'induzione in errore, bensí il sistema informatico di pertinenza della medesima, attraverso la manipolazione di detto sistema» [9].

In quest'ordine di idee, si è scritto, che il prodotto del sistema informatico o telematico viene ad essere equivalente all'atto di disposizione richiesto per il delitto di truffa [10].

L'assunto, pur autorevole, non ci persuade. In particolare, da un lato, non è chiaro cosa si intenda per «prodotto del sistema informatico o telematico»; d'altro lato, pensiamo sia comunque una forzatura — considerata la diversità dei due illeciti — equiparare tale «prodotto» all'atto di disposizione patrimoniale (evento naturalistico implicito) [11]richiesto per la truffa.

La condotta fraudolenta, produttiva dell'altrui danno e dell'ingiusto profitto, benché possa realizzarsi «in qualsiasi modo» ovvero «con qualsiasi modalità», deve

necessariamente consistere: in una «alterazione del funzionamento di un sistema informatico o telematico» (12); ovvero in un «intervento senza diritto su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti».

Nel caso di specie, ad avviso della Cassazione, proprio questa seconda forma di condotta tipica — ai fini della ricorrenza o meno del reato di cui all'art. 640 *ter* c. p. — non è stata presa in considerazione dal Tribunale di Catania.

Piú in dettaglio, «sistema informatico» è ogni sistema di trattamento automatico dell'informazione attraverso mezzi elettronici (13). Vi sono compresi pure i sistemi che utilizzano carte a microprocessori, *microchips*, lettori ottici, CD, DVD (14) e simili. Vi sono incluse anche le memorie complementari di massa, nonché le apparecchiature di *input*(tastiera, *mouse*, *scanner*, ecc.) e quelle di *output* (*monitor*, stampante, ecc.). Restano fuori considerazione i mezzi elettronici che sostituiscono le normali serrature (15).

Cosí, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che, riferendosi l'espressione «sistema informatico» di cui all'art. 640 *ter* c. p. ad una pluralità di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo attraverso l'utilizzazione (anche in parte) di tecnologie informatiche, sia la rete telefonica di cui si serve la Telecom sia il centralino di una singola filiale costituiscono un sistema che si avvale di tali tecnologie (16).

«Sistema telematico» è la connessione a distanza, con mezzi elettronici, fibre ottiche, cavi, ecc., tra piú sistemi informatici. Un esempio per tutti: Internet (17), che, nella vicenda *de qua*, è lo strumento con il quale l'agente ha posto in essere la condotta criminosa.

«Dati» sono le informazioni già codificate in modo da essere interpretabili dal *computer*. «Informazioni» sono le notizie che devono essere poste ad oggetto della elaborazione tramite *computer*. «Programmi» sono i gruppi di istruzioni che servono per fare lavorare i *computers* per realizzare un compito (18).

«Alterare un sistema informatico» significa operare sull' *hardware* o sul *software* per rendere impossibile o difficoltoso il suo corretto funzionamento. «Alterare un sistema telematico» vuol dire incidere negativamente sulla trasmissione o sulla ricezione dei dati. «Intervenire su dati, informazioni o programmi» significa alterare l'oggetto sul quale il sistema informatico o telematico lavora, in modo che l' *output* ne sia reso impossibile o sia viziato nel contenuto. Dati, informazioni e programmi devono infine essere contenuti nel sistema informatico o telematico oppure devono essere ad esso «pertinenti»: vale a dire, destinati all'utilizzo in esso (19).

Notato che — dirigendosi la condotta dell'agente su una «cosa», cui si fa compiere un «lavoro», nel senso della scienza economica — non v'è possibile questione circa l'ammissibilità o no del nesso causale, ricordiamo che il legislatore, riprendendo il modulo descrittivo utilizzato nell' *art. 640 c. p.*, richiede che, in conseguenza della condotta tenuta dal soggetto attivo, si verifichino danno altrui e profitto ingiusto dell'agente o di altri (20).

Il «profitto ingiusto», può essere conseguenza e dell'entrata in possesso delle informazioni contenute nella memoria del sistema e dell'impedimento del loro utilizzo da parte dell'avente titolo. Il «danno», anch'esso patrimoniale, è, a sua volta, da ricostruirsi avendo come riferimento il dato concreto rappresentato dalle conseguenze, in termini di *deminutio patrimonii* o di suo mancato incremento, subite dalla vittima in relazione alla condotta tenuta dall'agente(21).

Il reato si consuma nel momento in cui l'agente consegue *effettivamente* l'ingiusto profitto con correlativo danno patrimoniale altrui (22).

Il delitto è doloso e a consentirne la realizzazione è sufficiente il dolo eventuale. È da escludere che sia necessario un dolo specifico: infatti, non vi è alcun elemento soggettivo che si proietti oltre ciò che si richiede venga realizzato (23).

Non sorgono specifici problemi nemmeno per quanto riguarda la possibilità di realizzazione del fatto in forma tentata o plurisoggettiva.

Il primo capoverso della disposizione in discorso prevede un inasprimento della reazione sanzionatoria se ricorre una delle circostanze contemplate dall'art. 640, 2° comma, n. 1, c. p., «ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema».

Riguardo alla circostanza aggravante costituita dal «pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare», occorre osservare che essa, essendo stata abolita la «leva militare obbligatoria» (24), ha perso oggi la sua ragion d'essere.

«Operatore di sistema» non è il semplice tastierista, ma solo colui che abbia un accesso privilegiato al sistema, grazie alla conoscenza delle sue caratteristiche di funzionamento, della *password*, ecc. (25). La circostanza speciale in parola — la cui realizzazione (afferendo alla condotta tenuta dall'agente) richiede l'intervento determinante del dolo, proprio in relazione alla nota dell'«abuso» della qualità, postulante quindi un rapporto dato con il soggetto passivo del reato — *ex* *art. 68 c. p.* è da ritenersi «contenente» rispetto alla circostanza comune di cui all' *art. 61, n. 11, c. p.* (26).

Può esservi concorso formale col delitto di falso informatico (art. 491 *bis* c. p.), nonché col delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615 *ter* c. p.) (27).

Nel caso di specie, pertanto, la Corte di cassazione ha correttamente escluso la configurabilità del furto aggravato, ritenendo invece sussistente la frode informatica.

Da ultimo, qualche rilievo di carattere *criminologico*.

La criminologia moderna, si insegna, non si limita ad indagare sui reati noti, perché si ingegna anche di contribuire alla scoperta di quelli ignoti e dei loro autori. Le modalità con cui un delitto viene commesso, studiate e fatte conoscere dalla «criminologia speculativa», possono essere individuate come espressive di una data personalità criminale ed orientare le indagini nella giusta direzione. Dunque, le acquisizioni della criminologia speculativa non esauriscono la loro importanza sul piano della conoscenza, ma sono suscettibili di impieghi operativi, confluendo cosí in quella che viene definita «criminologia applicata». In seno a quest'ultima acquista un

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

particolare peso la «criminologia investigativa», cioè quella parte della criminologia che si indirizza alla scoperta del reato e del colpevole ed è, perciò, funzionale alle esigenze della giustizia penale. Per il suo tramite confluiscono nella criminologia scienze che hanno acquisito un proprio metodo e raggiunto la maturità ben prima di volgersi allo studio del reato e nel quale applicano il proprio metodo, qualche volta adattandolo alle specificità dell'oggetto. Orbene, una di tali scienze è proprio l' *informatica*, indispensabile nel campo dei *computer crimes* [28]. Con l'ausilio di questa materia si dovrebbe cosí evitare che il «numero oscuro» [29] dei reati informatici — attualmente, ritengo, già elevato — assuma dimensioni devastanti.

---

[1] Resta, *I* computer crimes *tra informatica e telematica*, Padova, 2000, 137.

[2] «Chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032. «La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309 a euro 1.549 se ricorre una delle circostanze previste dal numero 1 del secondo comma dell'articolo 640, ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema. «Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze di cui al secondo comma o un'altra circostanza aggravante». Per una rassegna di dottrina e giurisprudenza sull'articolo citato, v. Fanelli, in Lattanzi, Lupo, *Codice penale*, XI, 2, Milano, 2000, 535.

[3] *Art. 10, L. 23 dicembre 1993, n. 547.*

[4] Fiandaca, Musco, *Diritto penale, parte speciale*, 3ª ed., II, 2, Bologna, 2002, 192.

[5] Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, III, Milano, 2003, 367.

[6] Fiandaca, Musco, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 193; Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 367: «Bene tutelato è il patrimonio di chi riceve il danno. Ed è tutelato pure il buon funzionamento del sistema informatico o telematico»; Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, 13ª ed. integrata e aggiornata da Conti, I, Milano, 1999, 368.

[7] Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 368.

[8] Fiandaca, Musco, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 193.

[9] Cass., Sez. VI, 4 ottobre 1999, De Vecchis, in *Cass. Pen.*, 2001, 481, con nota di Alesiani.

[10] Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 368.

[11] Marini, *Delitti contro il patrimonio*, Torino, 1999, 420.

[12] Secondo Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, cit., 368, questo primo comportamento è assai affine a quello contemplato dall'art. 635 *bis* c. p. («Danneggiamento di sistemi informatici e telematici») e si avvicina piú allo schema del danneggiamento che a quello della truffa.

(13) Secondo G.i.p. Trib. Brindisi, 25 febbraio 1999, D. L., in *Rep. Foro It.*, 2002, voce «Violazione di domicilio», n. 10, «costituisce sistema informatico previsto dalle norme in tema di reati informatici un sistema nel quale il trasporto dei dati avviene in forma numerica mediante sequenza di *bit*; è tale il centralino telefonico deputato allo smistamento delle comunicazioni».
(14) *Digital versatile disk.*
(15) Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 369.
(16) Cass., Sez. VI, 4 ottobre 1999, Piersanti, in *Foro It.*, 2000, II, 133, con nota di Fanelli.
(17) Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 369.
(18) Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 369.
(19) Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 370.
(20) Marini, *Delitti contro il patrimonio*, cit., 448.
(21) Marini, *Delitti contro il patrimonio*, cit., 448.
(22) Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 371.
(23) Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 370.
(24) *L. 14 novembre 2000, n. 331* .
(25) Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 371; G.i.p. Trib. Brindisi, 25 febbraio 1999, D. L., cit., n. 11: «deve qualificarsi operatore di sistema il dipendente in servizio nell'unità produttiva presso cui è installato il sistema informatico, il quale disponga di conoscenze superiori indispensabili per accedere al sistema».
(26) Marini, *Delitti contro il patrimonio*, cit., 449.
(27) Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 371; Cass., Sez. VI, 4 ottobre 1999, Piersanti, cit., 133: «l'oggetto della tutela del reato di cui all'art. 615 *ter* c. p. è costituito dal c.d. "domicilio informatico", da intendersi come spazio ideale (ma anche fisico in cui sono contenuti i dati informatici) di pertinenza della persona, il quale deve essere salvaguardato al fine di impedire non solo la violazione della riservatezza della vita privata, ma qualsiasi tipo di intrusione anche se relativa a profili economico-patrimoniali dei dati; pertanto, il suddetto reato è configurabile, in concorso formale con quello di cui all'art. 640 *ter* c.p., nella condotta dell'agente che, mediante la digitazione di una particolare sequenza di cifre su apparecchi telefonici collegati a linee interne di una filiale Telecom, effettui una serie di chiamate internazionali in danno della compagnia telefonica». *Contra*, Trib. Lecce, 12 marzo 1999, Scognamiglio, in *Foro It.*, 1999, II, 608, con nota di Fanelli.
Sul punto, la giurisprudenza di merito ha deciso che «la duplicazione dei dati acquisiti in occasione dell'accesso abusivo a sistema informatico o telematico non integra l'elemento materiale dell'art. 640 *ter* c.p., in quanto il reato di frode informatica colpisce solo gli interventi che consistono nell'adibire l'apparato a scopi diversi da quelli per cui era stato destinato o nel manipolarne arbitrariamente i contenuti. Al contrario, la duplicazione è da considerarsi condotta tipica del reato di cui all'art. 615 *ter* c.p., potendo "l'intrusione informatica" sostanziarsi sia in una semplice "lettura" dei dati, che nella "copiatura" degli stessi» (Trib. Torino, 4

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

dicembre 1997, Zara, in *Giur. It.*, 1998, 1923, con nota di Lusitano, *In tema di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici*).

(28) Vinciguerra, *Principi di criminologia*, Padova, 2004, 13.

(29) La c.d. «cifra oscura del crimine» si specifica in due differenti significati: come occultamento della commissione del reato e come occultamento del colpevole di un reato del quale è noto che fu commesso (Vinciguerra, *Principi di criminologia*, cit., 68).

PECULATO E FRODE INFORMATICA: CONCORSO DI NORME REALE O APPARENTE?

Corbetta Stefano

Cass. pen. Sez. II, 10 aprile 2013, n. 18909

c.p. art. 61

c.p. art. 640-ter

Sommario: Il caso - La decisione - I precedenti - La dottrina

Il caso

Il g.i.p del tribunale di Caltanissetta applicava la misura della custodia cautelare in carcere all'indagato per i delitti di frode informatica aggravata, peculato e di illecita concorrenza con minaccia o violenza, nell'ambito di un più ampio procedimento nel quale si procedeva, nei confronti di altri coimputati, anche per il reato di cui all'art. 416*bis* c.p. In particolare, l'indagato, gestore di un locale dove erano stati collocati gli apparecchi da gioco, in concorso, unitamente ad altri correi - i quali agivano nella loro attività come agenti contabili di fatto e quindi come incaricati di pubblico - aveva alterato il meccanismo del sistema informatico interno degli apparecchi in questione, così da non rispettare i requisiti di cui all'art. 110, comma 7, t.u.l.p.s., appropriandosi di somme di denaro, pari al 13,5% del costo di ciascuna partita, corrispondente al prelievo erariale unico sulle giocate, che, invece, avrebbero dovuto essere versate all'Amministrazione dei Monopoli. A seguito di istanza di riesame proposta dall'indagato, il tribunale di Caltanissetta annullava l'ordinanza di custodia cautelare limitatamente al delitto di *art. 314 c.p.* e sostituiva, relativamente ai restanti capi d'imputazione *ex* artt. 640- *ter* e 513- *bis* c.p., la misura della custodia cautelare in carcere con quella degli arresti domiciliari; ad avviso del tribunale, infatti, non è ammissibile il concorso formale fra il reato di peculato e quello di frode informatica. La decisione veniva impugnata dal p.m. per violazione di legge.

La decisione

La Suprema Corte ha respinto il ricorso. La Cassazione, in primo luogo, ha ritenuto sussistente il delitto di frode informatica affermando il principio secondo cui integra il reato *ex* art. 640- *ter* c.p. "l'introduzione, in apparecchi elettronici per il gioco di intrattenimento senza vincite, di una seconda scheda, attivabile a distanza, che li abilita all'esercizio del gioco d'azzardo (cosiddette *slot machine*), trattandosi della

attivazione di un diverso programma con alterazione del funzionamento di un sistema informatico". La Corte ha precisato che il reato di frode informatica, pur avendo la medesima struttura e ed i medesimi elementi costitutivi della truffa, se ne differenzia "perché l'attività fraudolenta dell'agente investe non la persona (soggetto passivo), di cui difetta l'induzione in errore, bensì il sistema informatico di pertinenza della medesima, attraverso la manipolazione di detto sistema". La Corte si è poi soffermata sui criteri distintivi tra il delitto di truffa commessa da un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio e il delitto di peculato, che sono stati enucleati nella modalità con cui l'agente si è impossessa del bene e nella preesistenza o meno del possesso della *res* in capo al soggetto attivo. Invero, "sussiste peculato quando l'agente fa proprio il danaro della pubblica amministrazione, del quale abbia il possesso per ragione del suo ufficio o servizio, mentre vi è truffa qualora il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, non avendo tale possesso, si sia procurato fraudolentemente, con artifici e raggiri, la disponibilità del bene oggetto della sua illecita condotta". In altri termini, ha chiarito la Cassazione, "nel peculato il possesso è un antecedente della condotta e gli artifici, i raggiri o la falsa documentazione non incidono sulla struttura del reato, ma servono per occultarlo", mentre nella truffa "la condotta fraudolenta è predisposta al fine di consentire al soggetto agente di entrare in possesso della provvista, in vista della successiva condotta appropriativa". Questi criteri possono essere utilmente impiegati per distinguere la frode informatica e il peculato, proprio perché il delitto *ex* art. 640-*ter* c.p. rappresenta, a ben vedere, "un'ipotesi speciale di truffa della quale conserva tutti gli elementi costitutivi fra cui proprio la condotta fraudolenta (artifizi e raggiri) finalizzata ad ottenere un ingiusto profitto con altrui danno, sia perché, l'unica differenza (soggetto passivo) fra le ipotesi di reato di cui agli artt. 640 e 640 *ter* c.p., non influisce sui criteri che servono a distinguere il peculato dalla truffa aggravata". La Suprema Corte ha perciò enunciato i seguenti principi di diritto: "L'elemento distintivo tra il delitto di peculato e quello di frode informatica, aggravata ai danni dello Stato *ex* art. 640- *ter*, comma 2, e 61 c.p., n. 9 c.p. è simile a quello fra il delitto di peculato ed il delitto di truffa aggravata *ex* art. 61 c.p., n. 9. Conseguentemente, l'elemento distintivo va individuato con riferimento alle modalità del possesso del denaro o d'altra cosa mobile altrui oggetto di appropriazione, ricorrendo il reato di peculato quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio se ne appropri avendone già il possesso o comunque la disponibilità per ragione del suo ufficio o servizio, e ravvisandosi invece il reato di frode informatica quando il soggetto attivo, non avendo tale possesso, se lo procuri fraudolentemente, facendo ricorso ad artifici o raggiri per procurarsi un ingiusto profitto con altrui danno". Nel caso di specie, il fatto era riconducibile nello schema legale del (solo) delitto di frode informatica, in quanto gli artifici ed i raggiri furono posti in essere dai concessionari (ossia dagli incaricati del pubblico servizio e, quindi, anche dall'indagato *ex* art. 117 c.p.) prima dell'appropriazione fraudolenta del denaro spettante allo Stato (ossia la percentuale del 13,5%), proprio al fine di realizzare l'appropriazione di tali somme, che, quindi, costituì un *posterius*, ossia l'effetto dell'attività fraudolenta. Per contro, sarebbe stato configurabile il delitto di peculato,

ove lo Stato fosse stato messo in grado di controllare le giocate e di quantificare il tributo dovuto sulla base della percentuale del 13,5%, ma di tale somma si fosse appropriato l'indagato il quale, per occultare l'appropriazione, avesse posto in essere artifizi o raggiri.

I precedenti

Non constano precedenti in termini. Quanto al rapporto tra i delitti di cui agli *artt. 314 e 640 c.p.* , nel senso che si ha truffa aggravata quando gli artifici o raggiri sono usati dall'agente per conseguire il possesso o l'affidamento del denaro o della cosa mobile, mentre ricorre il peculato quando il possesso del bene trova la sua origine in un affidamento libero e consapevole da parte del privato, cfr., tra le più recenti, Cass., Sez. VI, 25 maggio 2011, P.g. in c. Pacciani, in *Ced Cass.* n. 250901; Cass., Sez. VI, 4 novembre 2009, Troso, *ivi* n. 246070; Cass., Sez. VI, 6 maggio 2008, Savorgnano, *ivi* n. 241186.

La dottrina

C. Benussi, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, I, I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001, 237 ss.; S. Cagli, voce *Peculato e malversazione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, IX, 334 ss.; F. Palazzo - P. Tarquini, voce *Peculato*, in*Enc. giur. Treccani*, XXII, 1990; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, III ed., Milano, 2013, 47.

RECENTI PRONUNCE DELLE SEZIONI PENALI DELLA CORTE DI CASSAZIONE -TRUST

di Gabriele Ponteprino(*)

Sempre più frequentemente le Sezioni penali della Corte di cassazione sono chiamate a confrontarsi con l'istituzione di trust e con la complessa gestione dei beni in esso conferiti ai fini dell'accertamento di molteplici figure di reato. Le ultime pronunce della Suprema Corte si confrontano, per la prima volta, con la commissione di un abuso edilizio penalmente rilevante da parte di un trustee e, dando seguito ad una giurisprudenza ormai consolidata, con la costituzione di uno *sham trust* e di un trust autodichiarato allo scopo di eludere le disposizioni in materia tributaria.

Sommario: Premessa: la crescente rilevanza penale del trust - La responsabilità penale del trustee in materia di contravvenzioni edilizie - Due nuovi interventi sul trust simulato - La Cassazione conferma il sequestro preventivo di beni fittiziamente conferiti in trust - Il trust autodichiarato e la sottrazione fraudolenta di tributi - Osservazioni conclusive

Premessa: la crescente rilevanza penale del trust

Le sentenze in commento mettono in luce come l'esponenziale ricorso al trust, anche a livello meramente interno(1), non sia privo di notevoli implicazioni in ambito

penalistico, con le quali la giurisprudenza di merito e di legittimità è non di rado chiamata a confrontarsi(2).
La segregazione patrimoniale dei beni conferiti in trust consente di escluderli dal patrimonio del disponente, il c.d. *settlor*, mantenendoli allo stesso tempo distinti da quelli personali del gestore, il c.d. trustee(3). Tale soggetto, formalmente proprietario dei beni oggetto di trust, è infatti obbligato a gestirli e ad amministrarli con il solo scopo di svolgere il compito espressamente attribuitogli dal negozio istitutivo, nell'esclusivo interesse del beneficiario(4).
È però necessario che l'istituzione di un trust non si risolva in un semplice artifizio, volto esclusivamente al perseguimento di finalità illecite e all'elusione di norme imperative(5). La rilevanza penale dei negozi istitutivi di trust e della conseguente amministrazione dei beni oggetto di conferimento può essere apprezzata sotto un triplice profilo.
In primo luogo è possibile che il trustee incaricato di gestire il patrimonio facente parte del trust nei modi e secondo i limiti indicati nel negozio istitutivo non rispetti il vincolo, tradendo così l'affidamento del disponente e le aspettative del beneficiario. In proposito, merita menzione la sentenza n. 50672/2014 della Corte di cassazione; tale pronuncia ha ritenuto il trustee "infedele" responsabile del delitto di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p.(6) poiché, avendo la disponibilità dei beni conferiti in trust, ne ha fatto un uso del tutto del tutto incompatibile con quello imposto dalle prescrizioni contenute nel negozio istitutivo, perseguendo finalità personali o, comunque, diverse da quelle proprie del trust.
In altra recente pronuncia, la Suprema Corte ha avuto modo di individuare un secondo possibile profilo di rilevanza penale del trust *ex* art. 643 c.p., concentrando la sua analisi non tanto sul momento esecutivo quanto, piuttosto, sul momento genetico(7). Si è infatti ritenuto che l'induzione di un soggetto incapace alla costituzione di un trust possa assumere rilevanza penale, risultando astrattamente idonea a produrre l'effetto giuridico dannoso integrante il delitto di circonvenzione di incapace(8). I beni conferiti in trust verrebbero infatti sottratti al controllo del disponente, il quale subirebbe, pertanto, un evento pregiudizievole della sua sfera patrimoniale; occorre, peraltro, negare ogni automatismo probatorio, ribadendo la necessità di un'attenta verifica casistica circa l'effettiva lesività del negozio di segregazione patrimoniale nella sfera giuridica dell'incapace(9).
Il terzo e statisticamente più frequente ambito in cui l'istituzione di un trust assume rilevo penalistico concerne la realizzazione di operazioni fraudolente volte a generare l'apparenza di un assetto giuridico che si risolva nella mancata corrispondenza con la realtà(10). In sostanza, in questi casi, l'istituzione di un trust ha il solo scopo di celare l'identità dell'effettivo titolare dei beni in esso conferiti per eludere la disciplina in materia fiscale(11) ovvero al fine di sottrarre il patrimonio "separato" all'applicazione delle misure di prevenzione, del sequestro preventivo(12) e della confisca(13), specialmente in contesti di criminalità organizzata(14). In simili contingenze la giurisprudenza è concorde nel ritenere che debba esser data prevalenza alla realtà, valorizzando il dato dell'effettiva disponibilità dei beni in capo al disponente(15).

La responsabilità penale del trustee in materia di contravvenzioni edilizie

L'analisi del primo caso, posto recentemente al vaglio della Suprema Corte e nel quale assume centrale rilievo l'istituzione di un trust, concerne la contestazione di violazioni della normativa in materia edilizia(16). La Terza Sezione della Corte di cassazione, con la sentenza n. 56289/2017(17), ha infatti annullato con rinvio la sentenza del Tribunale di Lucca il 10 marzo 2017 che riteneva i tre imputati penalmente responsabili della fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 44, comma I, lett. a) del D.P.R n. 380/2001, condannandoli alla pena dell'ammenda(18).

La tesi accusatoria, sposata dal giudice di prime cure, sosteneva che i tre concorrenti nel reato, rispettivamente committente, progettista ed appaltatore avessero realizzato una pluralità di interventi edilizi non consentiti dal regolamento comunale in virtù di un permesso di costruire rilasciato a seguito di false indicazioni sullo stato dei luoghi.

Il difensore del committente, nel proporre ricorso per Cassazione, lamentava che il giudice di primo grado non avesse adeguatamente tenuto in considerazione il fatto che il suo assistito non risultava essere il pieno proprietario dell'immobile oggetto degli interventi edilizi illeciti, bensì il trustee, incaricato della gestione dei beni conferiti in trust nei limiti e secondo le modalità precisate nell'atto istitutivo del trust(19).

Il collegio difensivo valorizza la linea interpretativa seguita dalla già citata la sentenza n. 50672/2014, secondo cui il trustee non sarebbe titolare di "quel diritto di godere e disporre dei beni stessi in modo pieno ed esclusivo in cui si sostanzia il diritto di proprietà secondo la nota definizione dell'art. 832 c.c.", bensì "di una situazione reale di proprietà finalizzata e funzionale che si esercita su di un patrimonio separato ed autonomo"(20).

Una simile ricostruzione risulta peraltro non immune da profili di criticità: considerare beni "altrui" quelli che, una volta conferiti in trust, entrano formalmente a far parte del patrimonio del trustee indurrebbe a ritenere che essi rimangano di proprietà del disponente, facendo così venir meno la causa giustificativa del negozio istitutivo di trust e, di conseguenza, la sua stessa validità.

Occorrerebbe, pertanto, un radicale superamento del concetto "civilistico" di "altruità" e la valorizzazione del vincolo funzionale che impone al trustee precisi limiti gestionali e nella disponibilità dei beni, pur formalmente di sua proprietà(21).

La Suprema Corte, nell'accogliere le doglianze del committente-trustee, ha annullato con rinvio la sentenza di primo grado, ritenendo che mancasse la prova in merito all'elemento soggettivo necessario per integrare la contravvenzione di cui all'art. 44, comma I, lett. a) del D.P.R n. 380/2001(22).

Secondo la Terza Sezione, il giudice di merito avrebbe omesso di considerare che il contratto con l'appaltatore esecutore degli interventi edilizi era stato sottoscritto dal precedente trustee, il quale, prima di trasferire la gestione dei beni all'imputato, aveva anche conferito l'incarico all'architetto progettista.

La Corte di cassazione sostiene che il Tribunale di Lucca avesse ritenuto integrata la colpa in capo al committente sulla base della mera accettazione dell'incarico di trustee

trascurando, invece, di svolgere una specifica indagine sulle condotte da lui concretamente tenute una volta divenuto effettivamente titolare dei poteri gestori sui beni conferiti in trust.

Al giudice del rinvio è quindi richiesta una più accurata valutazione in merito ai possibili profili di negligenza, imprudenza ed imperizia addebitabili al trustee che si risolvano nelle contestate violazioni della normativa edilizia.

La decisione in commento sembra avvalorare la preminente importanza del compito demandato al singolo interprete; soltanto attraverso l'accurata disamina delle circostanze di fatto concretamente emergenti sarà infatti possibile "bilanciare" al meglio le esigenze repressive proprie del diritto penale con il crescente ricorso a forme di separazione patrimoniale e con la progressiva affermazione di un concetto di proprietà temporanea, "del tutto svincolato dal potere di disporre dei beni in misura piena ed esclusiva"(23).

Ad avviso di chi scrive, sarà interessante analizzare eventuali futuri casi di reati edilizi nei quali assuma rilievo l'istituzione di un trust e la creazione di patrimoni vincolati. Si ritiene, infatti, che questo ambito possa costituire un notevole banco di prova per l'individuazione degli eventuali risvolti penalistici del mancato rispetto dei vincoli prescritti nel negozio istitutivo e della loro eventuale contrarietà a norme imperative.

In particolare, non pare affatto agevole condurre una valutazione sugli eventuali profili di responsabilità penale in capo al disponente che, pur non essendo più il proprietario dei beni conferiti in trust, potrebbe, anche soltanto colposamente, concorrere con il trustee nella commissione di reati che reprimono la violazione di norme difficilmente conoscibili dal comune cittadino (si pensi proprio alle leggi e ai regolamenti richiamati nelle contravvenzioni edilizie) e che cagionano un'offesa non immediatamente percepibile *in rerum natura*.

Il c.d. guardiano, ove previsto visto dal negozio istitutivo, potrebbe invece esser chiamato a rispondere a titolo omissivo del reato commesso dal trustee per esser venuto meno o per aver adempiuto negligentemente a quei doveri di sorveglianza sulle condotte illecite del trustee(24).

Due nuovi interventi sul trust simulato

Le altre due fattispecie, recentemente esaminate dalla Suprema Corte(25), consentono di rilevare come l'autorità giudiziaria sia spesso chiamata ad indagare, seppur in via incidentale, la natura reale o fittizia dell'istituzione di un trust(26) ai fini dell'accertamento di possibili profili di responsabilità penale in capo al disponente, al trustee ed al beneficiario per il reato di cui all'art. 11 del D.Lgs. n. 74/2000(27).

Questo delitto, rientrante nella categoria dei reati di pericolo concreto eventualmente permanenti, è caratterizzato, a livello soggettivo, dal dolo specifico consistente nel fine di "sottrarsi al pagamento del proprio debito tributario".Sotto il profilo materiale è invece integrato da una condotta di natura simulatoria e fraudolenta, volta a vanificare la futura ed eventuale esecuzione tributaria coattiva(28). Trattandosi di reato di pericolo, la costante giurisprudenza di merito e di legittimità, in ossequio al principio costituzionale di offensività, ritiene opportuno lo svolgimento di un giudizio

di prognosi postuma sulla concreta idoneità delle condotte a mettere a rischio l'integrità del bene giuridico tutelato (che, nel caso di specie, risulta essere il patrimonio erariale)[29].

La Cassazione conferma il sequestro preventivo di beni fittiziamente conferiti in trust

Nel primo caso, oggetto della sentenza n. 269 del 9 gennaio 2018, la tesi accusatoria riteneva che i tre imputati avessero realizzato una serie di operazioni fittizie per sottrarsi al pagamento delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto per i periodi di imposta degli anni 2008 e 2009, rendendosi in tal modo responsabili del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte previsto dall'art. 11 del D.Lgs. n. 74/2000.

La ricostruzione fatta propria dal Gip del Tribunale dell'Aquila nel decreto di sequestro preventivo e confermata dal Tribunale del riesame del capoluogo abruzzese riteneva che gli imputati avessero dapprima costituito un titolo di credito fittizio, consistente in un decreto ingiuntivo, al fine di creare l'apparenza di un credito in realtà del tutto inesistente. In un secondo momento, il debitore fittizio avrebbe ceduto parte dei suoi averi per soddisfare il credito in questione; i beni ceduti sarebbero poi stati conferiti in un trust avente come beneficiari anche i figli dello stesso debitore. La complessa procedura, qui brevemente tratteggiata, avrebbe avuto il solo scopo di consentire al debitore fittizio di sottrarsi al pagamento delle imposte sul reddito e sul valore aggiunto.

Il trust risulterebbe, pertanto, di natura meramente simulata, risolvendosi in un'intestazione fittizia a favore di un trustee che, pur apparendo formalmente l'amministratore dei beni in esso conferiti[30], sarebbe in realtà una "testa di legno", prestanome del disponente e del debitore fittizio, effettivi titolari della diponibilità dei beni[31]. La fattispecie configurerebbe dunque uno *sham trust*, un negozio fraudolento che solo apparentemente darebbe luce a quella separazione patrimoniale tipica del trust, essendo in realtà un mero "schermo" per evitare la riscossione coattiva dei debiti tributari dei disponenti[32].

La dottrina civilistica italiana[33] e la giurisprudenza, anche di legittimità[34], impiegano ormai da anni la locuzione *sham trust* proprio per indicare quei trust i cui effetti non sono realmente voluti ma che siano realizzati "come mero espediente per creare un diaframma tra patrimonio personale e proprietà costituita in trust, con evidente finalità elusiva delle ragioni creditorie di terzi, comprese quelle erariali"[35].

I negozi aventi queste peculiarità sono ritenuti, a livello civilistico, radicalmente nulli e privi di qualsiasi effetto segregativo del patrimonio del disponente; l'onere di provare la natura simulata del trust incombe sul Pubblico ministero, il quale può fornirne la dimostrazione con ogni mezzo verificando, in particolare, quali siano le attribuzioni spettanti al disponente[36], i limiti alla libertà di azione del trustee e l'identità soggettiva dei beneficiari[37].

Una volta ottenuta la prova circa la natura simulata del trust, sull'autorità giudiziaria graverebbe, però, un ulteriore onere: sarebbe infatti necessario, come recentemente ribadito da una sentenza della Suprema Corte[38], dimostrare la sussistenza del dolo

specifico richiesto dall'art. 11 del D.Lgs. n. 74/2000. Il fine di evadere le imposte potrebbe, tuttavia, ritenersi presunto in virtù del positivo riscontro in merito alla simulazione del trust, elemento idoneo a costituire indizio grave, preciso e concordante dello scopo evasivo degli agenti(39).
Ebbene, nel caso di specie gli imputati, nel presentare ricorso avverso l'ordinanza cautelare di sequestro preventivo emessa dal Tribunale del Riesame de L'Aquila, ritengono che la natura simulata del trust non sia stata adeguatamente provata, risolvendosi in una apodittica "deduzione logica priva di qualsiasi riscontro negli atti". Si sostiene che il negozio stipulato dagli imputati non sarebbe uno *sham trust*, volto esclusivamente all'evasione delle imposte ed alla conseguente realizzazione delle condotte delittuose di cui al citato art. 11 ma un trust vero e proprio. In ipotesi accusatoria, tuttavia, il Tribunale del Riesame avrebbe del tutto trascurato di verificare la liceità dell'operazione posta in essere dalle parti, omettendo la fondamentale ricerca della causa concreta sottesa all'istituzione del trust medesimo(40).
La Corte di cassazione, infine, ha ritenuto inammissibili le doglianze dei ricorrenti, essendo inibita una valutazione sui vizi di motivazione delle ordinanze cautelari, con la sola eccezione della radicale mancanza o della manifesta contraddittorietà. I giudici di legittimità sostengono, inoltre, che i difensori dei ricorrenti abbiano redatto i motivi di ricorso, sia dal punto di vista delle questioni di fatto sia da quello delle ragioni di diritto, facendo largo uso della tecnica del copia-incolla dei motivi del precedente riesame, senza effettivamente censurare l'ordinanza emessa dal Tribunale de L'Aquila.
Occorrerà, dunque, attendere l'eventuale pronuncia di merito(41) per meglio apprezzare l'effettiva sussistenza di uno *sham* trust ovvero, al contrario, individuare gli specifici profili di meritevolezza dalla causa del negozio concretamente realizzato dagli imputati.
Si ritiene che, sebbene la Suprema Corte abbia dichiarato inammissibile il ricorso degli imputati, anche perché riguardante la fase cautelare, la sentenza esaminata sia, comunque, il chiaro segnale della delicatezza del compito demandato al giudice penale che si trovi di fronte ad un trust, specialmente nell'ambito di procedimenti concernenti reati tributari a carattere elusivo ovvero reati contro il patrimonio. È, infatti, tutt'altro che agevole verificare se l'istituzione di un trust, pur rappresentando una formidabile ed ormai irrinunciabile manifestazione di autonomia privata, si sia concretamente trasformato in uno strumento con cui gli stipulanti perseguano in tutto o in parte finalità illecite.

Il trust autodichiarato e la sottrazione fraudolenta di tributi

La sentenza n. 20862 dell'11 maggio 2018 ha annullato con rinvio, limitatamente alla sospensione condizionale della pena, la decisione della Corte d'Appello di Milano del 9 febbraio 2017 che, a sua volta, confermava la pronuncia emessa a seguito di giudizio abbreviato dal Gup presso il Tribunale meneghino con la quale l'imputato veniva condannato alla pena della reclusione di un anno per il delitto di cui all'art. 11 del D.Lgs. n. 74/2000.

Il ricorrente veniva considerato responsabile di aver costituito, insieme alla moglie, un trust immobiliare a beneficio della figlia e di sé stesso. Il giudice di prime cure riteneva che l'operazione configurasse un negozio simulato avente lo scopo di impedire la riscossione coattiva di tributi, integrante la fattispecie incriminatrice prevista dal citato art. 11. Questa tesi sarebbe suffragata da numerosi indici fattuali quali la coincidenza temporale tra la redazione dell'atto istitutivo e la notifica di otto cartelle esattoriali di pagamento e la peculiare "struttura giudica" di trust autodichiarato. Tale negozio, il cui riconoscimento interno non è affatto pacifico in giurisprudenza(42), consente al disponente di gestire personalmente i beni sottoposti a vincolo, rendendolo a sua volta trustee(43). L'assetto negoziale concretamente realizzato sarebbe un significativo indice di simulazione e, nel caso di specie, fugherebbe ogni dubbio in merito alla natura fittizia e fraudolenta dell'intera operazione di trasferimento degli immobili.
La difesa del ricorrente riteneva, al contrario, che il trust autodichiarato non fosse da considerarsi simulato bensì radicalmente nullo e, di conseguenza, del tutto inidoneo a neutralizzare la procedura di riscossione dei tributi; il giudice del merito avrebbe dovuto pertanto assolvere con formula piena il disponente. La dichiarazione di nullità, infatti, impedirebbe *ex tunc* la produzione di qualsiasi effetto pregiudizievole per le casse erariali, lasciando immutata la garanzia patrimoniale del disponente e della moglie.
La Corte di cassazione, nell'accogliere le tesi delle sentenze di merito, si sofferma, in primo luogo, sulla formulazione letterale della fattispecie delittuosa di cui all'art. 11 del D.Lgs. n. 74/2000. La norma sanziona, alternativamente, l'alienazione simulata o il compimento di altri atti fraudolenti "al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto". Secondo parte della dottrina la formulazione testuale del precetto non permetterebbe di chiarire i confini tra le due condotte tipizzate(44); in particolare, la fraudolenza sarebbe un concetto estremamente vago e dai confini non ben definiti, tanto da porsi in tensione con il fondamentale principio di determinatezza della norma penale(45).
La Terza Sezione, nel tentativo di ovviare al *deficit* di precisione del dettato normativo, conferma che l'alienazione simulata consiste in un'operazione deliberatamente contraria alla reale volontà dei contraenti; un atto è da considerarsi invece fraudolento quando, pur non realizzando un negozio simulato, sia comunque idoneo a "rappresentare ai terzi una realtà non corrispondente al vero, mettendo a repentaglio o comunque rendendo più difficoltosa l'azione di recupero del bene in tal modo sottratto alle ragioni dell'erario"(46).
La Corte di cassazione ritiene che la costituzione di uno *sham trust*, nel porre "uno schermo formale di attività o documenti apparentemente regolari o l'adozione di un atto formalmente lecito", possa non di rado assumere carattere fraudolento. Il trust autodichiarato, regolato ed ammesso dalla Jersey law del 1984, espressamente scelta dal disponente-imputato nell'atto istitutivo come legge applicabile al proprio negozio, non sarebbe di per sé inesistente o contrario a norme imperative, pur "facendo sorgere fortissimi dubbi di essere simulato". A detta dei giudici di legittimità non risulta

comunque dirimente, ai fini dell'integrazione del delitto di sottrazione fraudolenta di tributi, la natura di atto nullo o simulato del negozio istitutivo del trust autodichiarato. La fraudolenza dell'operazione è infatti di per sé idonea ad integrare la condotta tipica descritta dall'art. 11 ed a metter in pericolo o, comunque, a rendere più difficoltoso il corretto svolgimento della procedura di esecuzione coattiva.

La tesi proposta dal collegio difensivo risulta dunque fallace "in punto di diritto"; secondo la Suprema Corte gli atti civilmente nulli per contrarietà a norme imperative o per difetto di meritevolezza possono pacificamente realizzare la fattispecie delittuosa, creando "uno schermo formale tra il patrimonio personale e la proprietà costituita in trust"(47). L'esecuzione coattiva dovrebbe infatti esser preceduta da un'azione giudiziale di nullità del negozio istitutivo di trust che rallenterebbe inevitabilmente il soddisfacimento dell'erario, mettendo concretamente in pericolo il bene giuridico protetto. La Terza Sezione ritiene pertanto che il motivo ricorso sia manifestamente infondato; viene tuttavia disposto il rinvio ad altra Sezione della Corte d'Appello di Milano al solo fine di motivare la scelta di subordinare la sospensione condizionale della pena al risarcimento integrale del danno da parte del ricorrente. I giudici di merito hanno infatti trascurato di esaminare la richiesta di non subordinare la sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno, omettendo di prendere in considerazione l'assoluta incapacità economica dell'imputato.

Osservazioni conclusive

Le pronunce testé esaminate consentono di ribadire come alla complessità di un'analisi eminentemente casistica, si affianchi il rischio che, in mancanza di un espresso riconoscimento normativo del trust nel diritto italiano e di apposite fattispecie di reato che tengano in debita considerazione il progressivo ed inevitabile aumento di forme di segregazione patrimoniale(48), il compito demandato al giudice si complichi notevolmente. Le definizioni di volta in volta adottate potrebbero infatti dipendere, a fronte di un quadro normativo ancora frammentario, dalle risultanze emergenti nel singolo caso, in virtù di un approccio non del tutto conforme ad un sistema di *civil law* ed ai principi generali di legalità e certezza del diritto(49).

(*) Dottorando di ricerca in diritto penale dell'Università degli Studi di Genova

(1) Sulla rilevanza del trust interno e sulle implicazioni nei molteplici settori dell'ordinamento giuridico si vedano: L. Guaglione, *Studi di diritto civile*, Vol. I, 2016, Milano, pag. 249; A. Fusaro, "Una convenzione aliena per regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi", in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, II ed., Torino, 2017, pag. 273 e ss. Per una puntuale analisi dell'impatto del trust nell'ordinamento italiano e della crescente diffusione del c.d. trust "interno" si rinvia a M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, III ed.,

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Padova, 2016 nonché a M. Lupoi, "La metabolizzazione del trust", in M. Lupoi (a cura di), *Studi sul trust* in *Quaderni*,13, Milano, 2018, pag. 3 ss.

(2) Un'ampia ricostruzione dei possibili risvolti penalistici conseguenti all'istituzione di un trust è rinvenibile in C. Ascani - G. Marra, "Profili penalistici dei negozi fiduciari di scopo", Relazione al convegno "Dalla fiducia attraverso il trust verso gli affidamenti", Urbino, 16-17 ottobre 2014, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2015, pag. 495 ss.

(3) V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, pag. 646; F. Brizzi, "Il 'negozio illecito': leasing e trust come strumenti di dissimulazione della responsabilità", in *Archivio penale*, n. 2/2015, pag. 8.

(4) Una delle principali caratteristiche dell'istituzione di un trust è infatti quella di dar vita ad un vincolo non tanto sui beni quanto ad un vincolo sull'attività del trustee: "la variazione delle sue componenti" è da considerarsi un fattore del tutto fisiologico; in proposito si rimanda a M. Lupoi, *Istituzioni*, [*supra* nota 1], pag. 14.

(5) Sul punto si vedano, diffusamente, A. Di Amato, "Alcune considerazioni su trust e diritto penale", in questa *Rivista*, 2016, pag. 581 nonché M. Lupoi, "La reazione dell'ordinamento di fronte a trust elusivi", in questa *Rivista*,2005, pag. 333.

(6) Per un critico approfondimento si rinvia a P. Silvestre, "La fiducia violata, l'inadeguatezza del delitto di appropriazione indebita alle esigenze di tutela del trust", in *L'indice penale*, n. 1/2018, pag. 73 ss.

(7) Cass., Sez. II pen., 31 marzo 2017, n. 18295, in *De jure*.

(8) D. Minussi, *Costituzione di trust e perfezionamento del reato di circonvenzione di incapace*, 2017, in www.e-glossa.it.

(9) P. Silvestre, "La circonvenzione di incapace mediante costituzione di trust", in questa *Rivista*, 2018, pag. 35. Sul punto si veda GIP Salerno, ordinanza 3 luglio 2017, in www.quotidianogiuridico.it.

(10) A. Di Amato, "Rilevo, sotto il profilo penale, delle finalità nella istituzione di un trust", in questa *Rivista*, 2017, pag. 592 ss.

(11) Si veda *infra*, § 3.

(12) Sulla sequestrabilità dei beni conferiti in trust si vedano: Cass., Sez. V pen., 4 dicembre 2017, n. 12374, in *De Jure*, Cass., Sez. IV pen., 27 maggio 2014, n. 21621, in www.giurisprudenzapenale.it, G. Pelliccioli, "Trust e sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente", 8 marzo 2016 in www.dirittoegiustizia.it e, da ultimo, S. Giangrande, "Effettività della segregazione e sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di beni conferiti in trust: il caso dello *sham trust*", in M. Lupoi (a cura di), *Studi sul trust* in *Quaderni*, 13, Milano, 2018, pag. 358 ss.

(13) In dottrina si è efficacemente affermato che i trusts costituiscano "l'ultima isola di anonimato" per i soggetti che cerchino di nascondere la propria identità patrimoniale. Sul punto: P. Valente, *Elusione fiscale internazionale*, 2014, pag. 1146 ss.; si vedano inoltre F. Solari, "Irrilevante la costituzione di un trust se finalizzato

all'elusione della confisca", 2016, in www.dirittobancario.it; D. Minussi, "Beni in trust e sequestro preventivo penale finalizzato alla confisca", 2016, in www.e-glossa.it.

(14) Con riferimento al c.d. trust antimafia si vedano, diffusamente F. Brizzi, *Il "negozio illecito"*, [*supra*, nota 3], pag. 9, R. Razzante, "Normativa antiriciclaggio e trust", in M. Lupoi (a cura di), *Studi sul trust* in *Quaderni*, 13, Milano, 2018, pag. 347 ss., nonché Cass., Sez. III pen., 29 ottobre 2014, n. 3415, in *De jure*.

(15) C. Ascani - G. Marra, *Profili penalistici*, [*supra* nota 2], pag. 507.

(16) Per un'accurata analisi delle complesse fattispecie di reato in materia edilizia si rimanda a L. Ramacci, *I reati edilizi*, Milano, 2016, pag. 143 ss.

(17) Il testo della sentenza è reperibile in questa *Rivista*, 2018, pag. 328.

(18) "Salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica: *a)* l'ammenda fino a 10329 euro per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire"; una completa disamina di tale contravvenzione è rinvenibile in E. Gentile, *Le sanzioni penali dell'edilizia, l'art. 44 del DPR 380/2001*, Padova, 2011.

(19) Occorre ribadire che, secondo la ricostruzione più accreditata, la piena proprietà del bene in trust spetta effettivamente al trustee, il quale risulta però vincolato all'esercizio dei poteri previsti dalle norme istitutive del vincolo; si rimanda a M. Lupoi, *Istituzioni*, [*supra* nota 1], pag. 11 e, per quanto concerne gli aspetti più strettamente penalistici a F. Brizzi, *Il "negozio illecito"*, [*supra*, nota 3], pag. 9.

(20) Cass., Sez. II pen., 23 settembre 2014, n. 50672, in *De Jure*.

(21) Sul punto, diffusamente, P. Silvestre, *La fiducia violata*, [*supra*, nota 6], pag. 90.

(22) Trattandosi di fattispecie contravvenzionale la responsabilità potrebbe ascriversi a mero titolo di colpa, in ossequio al principio generale di cui all'art. 42, comma IV, c.p. Sul punto A. Peccioli, "Elementi generali di struttura dei reati urbanistici ed edilizi", in M. Pelissero (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, Torino, 2013, pag. 359.

(23) In questi termini: Cass., Sez. II pen., 23 settembre 2014, n. 50672 [*supra*, nota 20].

(24) Sul ruolo del guardiano e sui limiti gestionali del trustee si veda M. Lupoi, *Istituzioni*, [*supra*, nota 1], pag. 206 ss.

(25) Cass., Sez. III pen., 9 gennaio 2018, n. 269, in questa *Rivista*, pag. 325; Cass., Sez. III pen., 11 maggio 2018, n. 20862.

(26) F. Fioretti, "Il cattivo uso del trust in Italia, tra *sham trust* e trust 'ripugnanti'", 27 novembre 2017, in www.professionegiustizia.it.

(27) Per una diffusa panoramica sul ricorso a forme fittizie di segregazione patrimoniale ed, in particolare, alla costituzione di trust al fine di realizzare le condotte delittuose di cui all'art. 11 del D.Lgs. n. 74/2000 si rimanda a G. Gambogi, *Diritto penale d'impresa nel suo aspetto pratico*, Milano, 2018, pag. 843 ss.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(28) Si veda, su tutte, Cass., Sez. III pen., 6 marzo 2008, n. 14720, in *De Jure*.

(29) M. Pelissero, in Grosso - Pelissero - Petrini - Pisa, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2017, pag. 270.

(30) I beni in trust, per quanto formalmente appartenenti al trustee non sarebbero in realtà suoi: il diritto trasferito risulterebbe non tanto limitato nel suo contenuto quanto nel suo effettivo esercizio, "essendo preordinato funzionalmente alla realizzazione degli interessi del beneficiario". In questi termini si veda G. Pelliccioli, *Trust e sequestro preventivo*, [*supra*, nota 12].

(31) E. Bruno, "Sham Trust nullo se il settlor mantiene il controllo dei beni conferiti", 26 luglio 2017, in www.dirittoegiustizia.it.

(32) Il termine *sham*, letteralmente tradotto dalla lingua inglese significa "finto", "fasullo" ed indica, fin dalla pronuncia della Court of appeal britannica resa nel 1967 in materia di *leasing*, un atto giuridico compiuto dalle parti ai fini di generare nei terzi l'apparenza su una determinata situazione giuridica. Si veda, sul punto M. Conaglen, "*Sham Trusts*", in *The Cambridge Law Journal*, Vol. 67, n. 1, 2008, pag. 176 ss.

(33) Un recente studio sul trust simulato è stato condotto da E.L. Perriello, *Lo sham trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Camerino, 2017.

(34) Cass., Sez. V pen., 30 marzo 2011, n. 13276, in questa *Rivista*, 2011, pag. 408.

(35) In questi termini: Cass., Sez. V pen., 7 novembre 2014, n. 46137, in www.dirittobancario.it.

(36) Un "elemento chiave" che potrebbe indurre i giudici a optare per la natura simulata del negozio sarebbe la permanenza in capo al disponente del potere di revocare l'incarico conferito al trustee ovvero di sostituirlo a sua discrezione.

(37) E. Bruno, *Sham Trust*, [*supra*, nota 31].

(38) Cass., Sez. III pen., 21 aprile 2017, n. 36801, in questa *Rivista*, pag. 651.

(39) A. Di Amato, *Rilevo, sotto il profilo penale*, [*supra*, nota 10], pag. 593.

(40) Una simile operazione è resa di precipua importanza in virtù della natura astratta del negozio istituivo di trust e della sua origine del tutto estranea ai sistemi giuridici di *civil law*.

(41) I delitti contestati si riferiscono, infatti, ai periodi di imposta 2008 e 2009 e, a chi scrive, non pare azzardato ipotizzare la maturazione della prescrizione e la conseguente estinzione dei reati oggetto del capo di imputazione prima della pronuncia di una sentenza di primo grado.

(42) Contraria è, tra le altre, Cass., 25 febbraio 2015, ord. n. 3886, in *De Jure*.

(43) M. Lupoi, *Istituzioni*, [*supra*, nota 1], pag. 289.

(44) Sul punto P. Dibari, "La normativa penale tributaria e i rischi del trust", in M. Lupoi (a cura di), *Studi sul trust* in *Quaderni*, 13, Milano, 2018, pag. 355.

(45) Si auspica, infatti, un intervento legislativo idoneo a fugare le incertezze interpretative a meglio chiarire i confini della fattispecie in esame; S. Dorigo, "I nuovi

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

confini giurisprudenziali del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte", in *Dir. prat. trib.*, n. 4/2017, pag. 1577.

(46) In tal senso si veda: Cass., Sez. III pen., 5 luglio 2016, n. 3011, in *De jure*.

(47) Cass., Sez. V pen., 30 marzo 2011, n. 13276, in questa *Rivista*, 2011, pag. 408.

(48) Merita pregio la soluzione adottata dalla Repubblica di San Marino che, dotandosi di una legge sul trust (Legge n. 42 del 1° marzo 2010) ha adottato una serie di sanzioni penali e amministrative che ben si adattano a questo istituto. Sul punto C. Ascani - G. Marra, *Profili penalistici dei negozi fiduciari di scopo*, [*supra*, nota 2], pag. 509.

(49) P. Silvestre, *La fiducia violata*, [*supra*, nota 6], pag. 90, M. Lupoi, *Istituzioni*, [*supra*, nota 1], pag. 289.

Un caso specifico di induzione e circonvenzione di incapace.
CAMPANIA - REATI CONTRO IL PATRIMONIO
Gatta Gian Luigi, Turchetti Sara, Varraso Gianluca
Trib. Napoli, 11 dicembre 2009

Nel corso dell'istruttoria emergeva che la vittima, affetta da infermità mentale con un grado di invalidità pari all'81%, aveva contratto matrimonio con H. per `fare un piacere' ad un amico d'infanzia, reale convivente della cittadina bielorussa, e che in cambio di tale `favore' aveva ricevuto la somma di euro 2000. Il giudice ha ritenuto che il fatto integrasse tutti gli estremi del delitto di circonvenzione di persona incapace, vale a dire: *abuso* dello stato di infermità e *induzione* al compimento di un atto dannoso (per sé o per altri).

Quanto all' **abuso**, inteso come *sfruttamento delle caratteristiche della persona che la rendono vulnerabile* (per tutti, in dottrina, vedi Vasciaveo, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini - Marinucci, II ed., 2006, *sub* art. 643, 4661; in giurisprudenza, v. peraltro Cass., Sez. Un., 15 dicembre 1973, C., CED 126263, per la quale non costituirebbe abuso la *semplice richiesta avvenuta senza insistenza*), non paiono esservi dubbi che tale **approfittamento** sia stato integrato dalla condotta posta in essere dagli imputati, consapevoli dello stato di infermità psichica della vittima. Tuttavia, il giudice, aderendo ad una tesi propugnata anche di recente dalla giurisprudenza, per cui l'abuso consisterebbe quantomeno in una **pressione morale** *idonea al risultato avuto di mira dall'agente* (Cass. 1 luglio 2008, R., CED 240658; su questa linea, v. già Cass., Sez. Un., 15 dicembre 1973, C., CED 126263, per la quale non costituisce abuso la *semplice richiesta avvenuta senza insistenza*), ritiene provato l'approfittamento attraverso la circostanza che con l'atto di matrimonio la vittima "aveva assunto permanenti e gravosi obblighi e che dal vincolo coniugale non era derivato alcun reale e concreto rapporto affettivo o personale tra la vittima e la `moglie' che non avevano neppure mai convissuto". Sul punto ci pare doveroso sottolineare che la **giurisprudenza di legittimità** in tema di elementi oggettivi del delitto in esame

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

spesso pare **sovrapporre** gli elementi **abuso** e **induzione**: talora, infatti, afferma che " *le condotte di abuso e induzione* consistono *rispettivamente* in qualsiasi *pressione morale* idonea al risultato avuto di mira dall'agente e in tutte *le attività di sollecitazione e suggestione* capaci di far sì che il soggetto passivo presti il suo consenso al compimento dell'atto dannoso" (Cass. 1 luglio 2008, R., CED 240658), altre volte afferma che per *l'induzione "è sufficiente che il colpevole si giovi delle condizioni del soggetto passivo"* (Cass. 18 gennaio 1984, C., CED 164151). Aderendo ad un'interpretazione letterale, parrebbe corretto ritenere (in linea con la definizione fatta propria dalla dottrina) che l'**abuso** consista in un `semplice' **sfruttamento** *delle caratteristiche della persona che la rendono vulnerabile* e che sia, invece, l' **induzione** a richiedere un comportamento **suggestivo o sollecitativo** da parte del reo. Ad ogni modo, accertata, secondo i parametri forniti dalla giurisprudenza, la sussistenza di entrambi gli elementi della condotta, il giudice non fatica a dimostrare l'esistenza di un **atto** *dannoso per l'agente o per altri*: l'atto, infatti, può avere anche carattere **non patrimoniale**, come nel caso di specie (la formula "atti che importino qualsiasi effetto giuridico" abbraccia anche, per es., l'adozione, la legittimazione del figlio naturale o il matrimonio: cfr. Vasciaveo, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini - Marinucci, cit., *sub art. 643 c.p.* , 4662). Inoltre, per la sussistenza del delitto non si richiede la verificazione di un danno per la vittima, ma è sufficiente che l'atto sia "anche solo **potenzialmente dannoso** e pregiudizievole" (Cass., Sez. Un., 15 dicembre 1973, C., CED 126263). E, di certo, potenzialmente dannoso per la vittima è contrarre un matrimonio che implica tutta una serie di effetti giuridici, in ultima analisi anche di natura patrimoniale, per i coniugi (sulla natura di *reato di pericolo* del delitto in esame, cfr. Cass. 29 gennaio 1988, L., CED 177777).

Fonte: Cassazione Penale, fasc.1, 2019, pag. 218

Autori: Cristina Colombo

Nota a: Cassazione penale , 18 luglio 2018, n.35446, sez. II

LA «CAPACITÀ» DELLA VITTIMA E LA MODALITÀ DI CONDOTTA NELLA CIRCONVENZIONE DI INCAPACE - The «Capacity» of the Victim and the Conduct Modality in "Undue Influence on Persons not Compos Mentis"

Sommario Premessa. — 1. Considerazioni sulla capacità della vittima e le modalità di condotta nella circonvenzione di incapace.

PREMESSA

La circonvenzione di incapace è un delitto contro il patrimonio, collocato nel Capo II "Dei delitti contro il patrimonio mediante frode" (1). La condotta consiste nell'abusare – dei bisogni, delle passioni, o dell'inesperienza di una persona minore, ovvero dello stato di infermità o deficienza psichica (2) di una persona – e nell'indurre, cioè influire, sul processo di formazione dell'altrui volere al punto da determinare la volontà della vittima. L'evento si sostanzia nel compimento di un atto giuridico idoneo a provocare

un danno alla vittima e un profitto all'autore (o a terzi) (3). Pertanto, il delitto ricorre nei casi in cui un soggetto, o più soggetti, inducano la vittima a compiere atti giuridici per sé stessa dannosi (4).

A questo proposito, se già prima di fermarsi alla formulazione definitiva (5), operata dal legislatore dell'ormai lontano 1930, la circonvenzione di persone incapaci aveva subito numerose trasformazioni legate sia al cambiamento dei rapporti interpersonali, che ai tipi di tutela delle persone minori e incapaci, l'evoluzione storico-sociale successiva ha rappresentato il punto di partenza per indagare sulle caratteristiche del reato e sulla stesura attuale comparandola con le diverse previsioni dei codici passati. È emersa, così, la volontà di espandere la portata della norma per offrire una protezione maggiore alle particolari categorie di soggetti passivi indicate nella stessa. Con l'intento di colmare le lacune del Codice Zanardelli, che limitava solamente ai minori agli interdetti e agli inabilitati la posizione di vittima nel reato in oggetto (6), il Codice Rocco ha ampliato la sfera dei soggetti passivi ed ha inserito accanto alla figura dei minori le categorie degli infermi e deficienti psichici (7) (in sostituzione degli interdetti e inabilitati).

Proprio l'esame della fattispecie di circonvenzione di persone incapaci porta necessariamente ad individuare delle precise tipologie di vittima – minore (8), incapace e deficiente psichico (9) – indirizzando poi l'approfondimento verso il rapporto vittima-autore, sottolineando l'importanza di un'analisi corretta e puntuale delle possibili e 'differenti' modalità di abuso ed induzione adoperate dal soggetto agente.

La vittima gioca involontariamente un ruolo decisivo in quanto scelta per le sue precise caratteristiche che la rendono "favorente" il delitto di circonvenzione. Si tratta di una vittima preferenziale (10) oggetto di un rapporto creato 'ad arte', fondato sulla persuasione, spesso sulla dipendenza e sulla pressione psicologica. In definitiva, la vittima viene indotta a fare ciò che vuole l'autore della circonvenzione (11).

Ad avvalorare la frequenza di un comportamento così iniquo nei confronti della vittima vi sono diverse pronunce da cui traspare l'importanza sia della ricerca di elementi caratterizzanti la fattispecie in oggetto, che la presenza basilare dell'abuso, dell'induzione e del perseguimento del fine criminoso. Ancorché, in alcune situazioni, la circonvenzione sia posta in essere in maniera talmente subdola da rendere l'abuso quasi impercettibile in quanto la fiducia viene costruita nel tempo sfruttando malattia, debolezze e generosità della vittima, oltreché bisogni, passioni o inesperienza (12). Ad accomunare numerosi casi vi è l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza che sostiene come, una volta accertata l'attività di induzione nei confronti di questa vittima 'fragile', siano completamente indifferenti i mezzi di cui l'agente si avvale per riuscire nel suo scopo e del tutto irrilevanti le varie forme che l'abuso può assumere, anche in considerazione del fatto che la norma incriminatrice non specifica le modalità di condotta concretanti l'abuso (13).

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

1. CONSIDERAZIONI SULLA CAPACITÀ DELLA VITTIMA E LE MODALITÀ DI CONDOTTA NELLA CIRCONVENZIONE DI INCAPACE

La sentenza in esame si sofferma sulla fattispecie della circonvenzione, ex art. 643 c.p., sottolineando l'attuale apertura verso soggetti passivi non necessariamente incapaci e contestualmente la rilevanza della condotta frazionata in considerazione del fatto che «più episodi dannosi si consumano in danno della medesima vittima ad opera dello stesso autore», dando modo di approfondire sia l'aspetto sociologico-giuridico che quello squisitamente penalistico.

In questo modo la disposizione attuale dell'art. 643 c.p. giunge ad individuare il soggetto passivo prescindendo dalla pronuncia di interdizione (o inabilitazione), finendo col ricomprendere tutti quei soggetti che, in passato, venivano tutelati esclusivamente da un punto di vista civilistico, ma non da quello penale.

Sollevato al punto 1.3. il «difetto di motivazione quanto alla prova dello stato di minorazione psichica non essendovi stato di incapacità né indebolimento delle capacità cognitive e neppure prova della percezione soggettiva di un simile stato da parte del ricorrente», la suprema Corte, nella pronuncia in oggetto, ha bocciato il ricorso rispondendo «.... errata, sotto il solo profilo di stretto diritto, deve ritenersi l'affermazione, secondo la quale uno degli elementi materiali del reato sarebbe l'incapacità d'intendere e volere, laddove è sufficiente la lettura dell'art. 643 c.p., per avvedersi che così non è atteso che la norma richiede una infermità psichica o la deficienza psichica ossia un'alterazione dello stato psichico che, sebbene meno grave della infermità, tuttavia, è comunque idonea a porre il soggetto passivo in uno stato di minorata capacità in quanto le sue capacità intellettive, volitive o affettive, fanno scemare o diminuire il pensiero critico».

In merito vi è da dire come già con la sentenza n. 18817, depositata il 18 aprile 2017, la Corte di cassazione aveva sottolineato come la fattispecie di cui all'art. 643 c.p. non esige che il soggetto passivo – minore, interdetto o inabilitato – sia in stato di incapacità di intendere e di volere ritenendo sufficiente la presenza di una «minorata capacità psichica, con compromissione del potere di critica e di indebolimento di quello volitivo, tale da essere soggetto all'altrui opera di suggestione e pressione». Di conseguenza, tale delitto può essere commesso anche in danno di "un soggetto in stato di deficienza psichica, intendendosi per tale una alterazione dello stato mentale, ontologicamente meno grave ed aggressiva dell'infermità, dipendente da particolari situazioni fisiche, età avanzata, fragilità di carattere, o da anomale dinamiche relazionali, idonee a determinare una incisiva menomazione delle facoltà intellettive e volitive, inficiando il potere di autodeterminazione, di critica e di difesa del soggetto passivo dall'altrui opera di suggestione» (14). Da tempo si sentiva il bisogno di allargare la forbice di tutela nei confronti della categoria delle vittime preferenziali di questo reato, in cui rientrano tutte quelle persone che si trovano in una condizione di

minorata difesa e di fragilità dovuta dall'età avanzata, allo stato di salute o per la loro disabilità (15), rispondendo alla necessità di garantire ad ognuno il diritto all'autodeterminazione (16). E, forse, proprio per questi motivi l'esame della circonvenzione viene rivolto innanzitutto all'individuazione della vittima 'propria' dell'abuso e dell'induzione (17), da considerarsi non solo dal un punto di vista esclusivamente penalistico, ma anche psicologico.

Pertanto, la prova dell'induzione non deve necessariamente essere fornita attraverso episodi specifici od elementi diretti, ben potendo il convincimento del giudice fondarsi su prove indirette, indiziarie e presuntive e sui continui, stretti e duraturi rapporti dell'agente con la vittima (18).

L'incapacità del soggetto passivo è sicuramente un elemento-chiave nell'analisi della circonvenzione. In effetti, la valutazione delle condizioni di circonvenibilità subisce un'interpretazione sia a livello soggettivo che a livello oggettivo. Innanzitutto, l'età, l'infermità o la deficienza psichica rappresentano le condizioni personali che caratterizzano il soggetto passivo del reato, presupposti che devono sussistere nel momento in cui il fatto viene commesso. Se per l'individuazione della minore età del soggetto circonvenuto si utilizza un criterio legale che fissa tale limite al compimento del diciottesimo anno (ex art. 2 c.c.) e per l'accertamento dell'infermità psichica del soggetto passivo si adopera un criterio esclusivamente clinico, per rintracciare in un soggetto un eventuale stato di deficienza psichica il legislatore non si è servito di criteri legali, bensì di criteri di carattere sociale al fine «... di rendere la norma il più possibile aderente alla realtà ...» (19). L'intento legislativo è quello di ampliare la sfera di applicazione della norma, offrendo protezione a tutti i minorati psichici.

Spetta al giudice penale accertare – solitamente tramite analisi peritale – la minorazione psichica del soggetto passivo e tale accertamento va compiuto in relazione al tempo in cui è stato commesso il fatto costituente reato. Chiamato ad accertare la sussistenza dello stato di infermità o deficienza psichica «nel momento in cui è stato commesso il fatto costituente reato» dovrà confermare la minorazione psichica del soggetto circonvenuto (20).

Per applicare la sanzione penale non è, comunque, sufficiente che sia stato commesso un fatto di reato, non giustificabile e rimproverabile, ma è necessario il relativo accertamento in sede processuale e il collegamento tra la fattispecie e la realtà criminologica. Il diritto penale deve, così, collegarsi alle corrispondenti esigenze processuali per "provare" concretamente l'esistenza della fattispecie nel rispetto del principio di non colpevolezza "in dubio pro reo", del diritto al silenzio "nemo tenetur se detegere", del principio di legalità, di offensività e di colpevolezza. Tuttavia, la giurisprudenza insegna che spesso, in presenza di difficoltà di prova, ci si avvale di una modificazione delle regole o di un "modellamento" della fattispecie (21). E questo perché se l'interazione fra sapere giuridico e scientifico, che caratterizza l'accertamento processuale nell'ambito di quelle che vengono definite manipolazioni mentali, venisse ad esigere una prova scientifica forte – che psicologia, psichiatria e neuroscienze non sono in grado di fornire – si obbligherebbe il giudice ad una difficile

ricerca del superamento della soglia dei ragionevoli dubbi. (22). Risulta così evidente come, ormai, le difficoltà probatorie originate dalle interazioni psichiche vengano superate dalla giurisprudenza facendo leva su elementi diversi dal vero e proprio condizionamento mentale, come elementi indiretti, indiziari o presuntivi (23).

L'esteriorizzazione del condizionamento viene valutata dalla 'sensibilità' dell'interprete, a cui è demandato il compito di valutare valore e contenuto delle idee altrui. Il convincimento del giudice deve basarsi su una valutazione logica della prova che possa condurre ad un accertamento storico dei fatti. La precipua natura dei condizionamenti psichici, benché non consenta di contenere gli stessi all'interno di schemi dotati di assoluto valore deduttivo, non giustificherebbe l'inosservanza della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, dovendo comunque il fatto passare la verifica dello schema di valutazione pertinente al caso concreto. Un simile risultato può ritenersi conseguito quando l'accertamento giudiziale sia «sostenuto dalla certezza razionale, ossia da un grado di conferma così elevato da conferire certezza. Il principio dell'oltre il ragionevole dubbio rappresenta il limite della libertà di convincimento del giudice, apprestato dall'ordinamento per evitare che l'esito del processo sia rimesso ad apprezzamenti discrezionali, soggettivi confinanti con l'arbitrio»(24).

Ora, a fianco del soggetto passivo, come si è già riferito anche solo affetto da minorata capacità psichica, da una forma di suggestione di tipo non patologico o da una fragilità di carattere e dell'elemento materiale del reato, si ritrovano i due concetti essenziali di abuso e di induzione tra cui sussiste un legame di dipendenza (25). La condotta di abuso serve a specificare il concetto di induzione: l'abuso è, cioè, lo strumento per indurre il soggetto passivo a compiere l'atto dannoso (26). Abusare significa approfittare delle condizioni personali della vittima, manipolare la vittima per conseguire il fine illecito indicato nella norma. La condotta di abuso viene, pertanto, a mancare quando l'agente non è assolutamente a conoscenza delle particolari condizioni personali della vittima (27).

Brevemente, considerata la circonvenzione un tipico delitto di abuso, se questo manca, l'induzione non basta per l'esistenza del reato. Ecco allora che, in vista del particolare rapporto che si instaura tra l'abuso e l'induzione, è possibile rintracciare un nesso che lega queste due condotte: l'abuso dell'agente deve avere cagionato l'effetto di indurre la vittima a compiere un atto dannoso. Di conseguenza è necessario che tra l'abuso – consistente appunto nel profittare delle suddette condizioni del soggetto passivo a scopi illeciti – ed il compimento dell'atto dannoso, intercorra un rapporto di causalità che si manifesti "attraverso" l'induzione (28). La funzione dell'induzione è quella di sviluppare sulla psiche della vittima un'influenza volta ad ottenere un consenso che altrimenti l'incapace non avrebbe mai dato se le sue facoltà mentali fossero state nella norma. Quest'opera di persuasione e di determinazione compiuta dall'agente non deve, dunque, necessariamente consistere in una speciale attività più o meno intensa o duratura, né prevedere l'uso di mezzi coattivi. I mezzi usati dal soggetto attivo per realizzare l'opera di induzione, in effetti, sono irrilevanti, potendosi utilizzare consigli,

esortazioni o pressione morale, in quanto il delitto non richiede una specifica modalità di condotta.

Esaminati gli elementi caratterizzanti, rimane l'individuazione del momento consumativo che rappresenta uno degli aspetti più interessanti del reato di circonvenzione, in quanto suscettibile di offrire molteplici soluzioni, incidenti sulla natura della stessa fattispecie. È possibile parlare di circonvenzione, come reato di danno o di pericolo, soltanto una volta individuato il momento consumativo del delitto. Il punto di partenza è il testo di legge che, nel descrivere l'evento del reato a cui il circonvenuto viene indotto, parla di un atto produttivo di qualsiasi effetto giuridico dannoso. Tuttavia, se dalla formula della legge – che appare comprensiva del danno, oltre che della possibilità di danno, lasciando spazio alla configurazione giuridica di un reato di pericolo (29) – non si comprende con immediatezza se la consumazione del reato si faccia coincidere con il compimento dell'atto pregiudizievole o con la produzione dell'effetto dannoso (30), la tesi dominante in dottrina e giurisprudenza, secondo cui la consumazione del reato coincide con il momento in cui il circonvenuto, indotto dall'agente, realizza l'atto, risulta conforme alla ratio della norma.

Così, è richiesto che l'agente ponga in essere un'attività, prolungata nel tempo, di induzione allo scopo di condizionare la vittima e determinarla (31) all'atto dannoso, in pregiudizio suo o di altri. Lo svolgimento del reato secondo questa modalità, mostra come il compimento dell'atto sia un'attività distinta, non solo da un punto di vista logico, ma anche cronologico dal compimento dell'opera d'induzione (32). Si parlerà, quindi, di reato consumato solo quando l'attività di induzione abbia raggiunto il suo fine, cioè il perfezionamento dell'atto pregiudizievole.

E, la consumazione del reato verrà a coincidere con il momento in cui il circonvenuto, indotto dall'agente, realizza l'atto. Infatti, come sostiene la sentenza in esame: «Deve...essere ribadito che in presenza di stipula da parte di soggetto ritenuto incapace di preliminare e successivo definitivo, il delitto di circonvenzione di persone incapaci assume la forma tipica del delitto a consumazione frazionata poiché più episodi dannosi si consumano in danno della medesima vittima ad opera dello stesso autore. E poiché ciascuno dei suddetti negozi giuridici comporta effetti dannosi per la vittima incapace, il preliminare perché da esso sorgono obblighi, ed il definitivo poiché ad esso è collegato l'effetto traslativo della proprietà ove si tratti di vendita, ciascuno di essi è idoneo ad integrare l'ipotesi di cui all'art. 643 c.p., con la conseguenza che ove vengano stipulati entrambi si profila una prosecuzione della condotta delittuosa».

Questa soluzione, perfettamente aderente alla lettera della legge, risponde anche alla ratio della norma che presuppone un preciso svolgimento del reato (33). Il 'necessario' svolgimento del reato mostra chiaramente come il compimento dell'atto sia un'attività distinta, non solo da un punto di vista logico, ma anche cronologico dal compimento dell'opera d'induzione (34). Il perfezionamento e la consumazione del reato rappresentano, così, due momenti cronologici dello stesso attraverso i quali è possibile

individuare le conseguenze applicative sul piano processuale e sostanziale, pertanto, il reato si definisce perfetto nel momento in cui può ritenersi tipico, antigiuridico e colpevole.

Il perfezionamento indica che tutti gli elementi sono stati posti in essere dal reo e il reato è produttivo di offesa. Nello specifico, in riferimento alla circonvenzione come fattispecie appartenente ai reati caratterizzati dalla persistenza in essere o frazionabilità della condotta offensiva il proporzionale accrescimento della soglia dell'offesa per effetto del decorso temporale consente di valutare una disuguaglianza da integrare tra perfezionamento e consumazione (35).

A riguardo, se i reati a condotta frazionata (36) sono quelli in cui l'offensività è ripartita in singoli segmenti di condotta che complessivamente integra la lesione del bene giuridico presidiato la circonvenzione ne è un esempio.

Gli interventi giurisprudenziali in materia di tempus commissi delicti hanno dimostrato come la linea guida seguita dalla interprete nell'individuare il momento del perfezionamento e quello della consumazione è l'offensività della condotta: l'origine dell'offesa determina il perfezionarsi del delitto; la cessazione, la sua consumazione.

Il delitto è, pertanto, capace di estendersi cronologicamente così che la stessa dilatazione temporale diventa parte costitutiva dell'esecuzione criminosa, funzionale, in alcuni casi ad aumentare il profitto ingiusto conseguito dall'agente.

Il tempo diventa allora un fattore ontologico, ovvero un'estensione temporale prodotta dal frazionamento del fatto tipico. Nel caso in esame, l'induzione e l'abuso sono ben gestiti, volti a prolungarsi nel tempo, rappresentano 'frazioni' di una condotta unica e perdurante.

Concludendo. Il codice Rocco con questa fattispecie ha effettivamente manifestato una maggiore sensibilità nei confronti delle situazioni di diseguaglianza cercando di ristabilire l'equilibrio compromesso dalla condizione di una delle parti che, risultando chiaramente più debole, è caratterizzata dalla presenza di diversi limiti, soprattutto riguardo la propria libertà negoziale, collegati ad una vera e propria condotta di approfittamento. Così il patrimonio individuale e la libertà negoziale trovano la loro tutela nel fatto che la vittima esprime una volontà forzata e non genuina: se avesse potuto, non avrebbe consentito.

La ratio solidaristica della norma rispecchia, infine, il bisogno di sopperire alla condizione di incapacità di autotutela della parte debole.

INSOLVENZA FRAUDOLENTA

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Cass. pen. Sez. II, 30/03/2018, n. 28168
I.S.S. e altri

INSOLVENZA FRAUDOLENTA

La messinscena del bonifico bancario costituisce prova della dissimulazione del proprio stato di insolvenza, idonea dunque a determinare la compiuta integrazione del reato di insolvenza fraudolenta e non di quello di truffa.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2018

Cass. pen. Sez. II Sent., 14/10/2016, n. 50996 (rv. 268350)
INSOLVENZA FRAUDOLENTA

REATI CONTRO IL PATRIMONIO - Delitti - Insolvenza fraudolenta - In genere - Inadempimento fraudolento di polizza fideiussoria - Terzo beneficiario avente azione diretta nei confronti del promittente - Qualifica di persona offesa - Sussistenza - Conseguenze

In tema di insolvenza fraudolenta, nella ipotesi di inadempimento di una polizza fideiussoria da parte del promittente, il terzo beneficiario che, in virtù di una specifica clausola contrattuale abbia la possibilità di agire in via diretta contro il promittente, deve ritenersi titolare dell'interesse protetto dalla norma e, quindi, legittimato anch'egli a proporre querela ai sensi dell'art. 120 cod. pen. (Rigetta, App. Udine, 21/09/2015)

FONTI

CED Cassazione, 2016

Cass. pen. Sez. II Sent., 11/11/2009, n. 45096 (rv. 245695)
S.G. c. P.M.

TRUFFA

REATI CONTRO IL PATRIMONIO - Delitti - Truffa - In genere - Insolvenza fraudolenta - Differenze tra i reati.

Il delitto di truffa si distingue da quello di insolvenza fraudolenta perché nella truffa la frode è attuata mediante la simulazione di circostanze e di condizioni non vere, artificiosamente create per indurre altri in errore, mentre nell'insolvenza fraudolenta la frode è attuata con la dissimulazione del reale stato di insolvenza dell'agente. (Rigetta, App. Roma, 10/07/2007)

FONTI

CED Cassazione, 2009

DA ALTALEX – DI GIOVANNI TRINGALI

1. Premessa

Il reato di insolvenza fraudolenta si pone, dal punto di vista del disvalore del fatto, in una posizione "mediana" tra il più grave reato di truffa ed il mero inadempimento contrattuale di natura civilistica. Da una parte abbiamo il creditore che confida nella solvibilità del debitore, dall'altra abbiamo l'agente che contrae un'obbligazione col proposito di non adempierla, dissimulando il proprio "reale" stato di insolvenza. Lo stato di insolvenza si pone come presupposto del reato, la sua dissimulazione ne è l'elemento caratterizzante, l'inadempimento dell'obbligazione fissa il momento consumativo, mentre il proposito di non adempierla è premessa indispensabile.

2. La norma

Art. 641 c.p. - Insolvenza fraudolenta

Chiunque, dissimulando il proprio stato d'insolvenza, contrae un'obbligazione col proposito di non adempierla è punito, a querela della persona offesa, qualora l'obbligazione non sia adempiuta, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a euro 516.

2. L'adempimento dell'obbligazione avvenuto prima della condanna estingue il reato.[1]

3. Bene giuridico protetto

Buona fede contrattuale.

4. Soggetto attivo

Chiunque.

5. Elemento soggettivo

Il dolo è composito e consiste:

- nel proposito iniziale di non adempiere l'obbligazione e, successivamente, nella volontà consapevole di non adempiere l'obbligazione,
- nel dissimulare il proprio stato di insolvenza.

La dissimulazione (che sostanzia la fraudolenza) può assumere diverse forme e può consistere in un comportamento positivo ma anche negativo, come ad es. la reticenza, il silenzio o la menzogna. In ogni caso la dissimulazione non deve arrivare ad integrare i veri e propri artifici o raggiri perché in tal caso potrebbe configurarsi la truffa.

Non costituisce il delitto di insolvenza fraudolenta la condotta di colui che assume un'obbligazione con la riserva mentale di non adempiere per causa diversa dallo stato di insolvenza (es. per ripicca).

Per insolvenza[2] deve intendersi l'impotenza a pagare nel momento in cui è contratta l'obbligazione: l'insolvenza sopravvenuta non integra il reato.

Detta condizione deve essere oggetto di specifica prova da parte de P.M., non potendosi far discendere l'affermazione dell'impossibilità di adempiere da una mera presunzione dello stato di insolvenza.

Il proposito dell'agente di non adempiere l'obbligo deve sussistere nel momento in cui questo prende giuridica consistenza, perché, se sopravvenisse, non avrebbe alcuna rilevanza, nonostante la condizione obiettiva del mancato pagamento; la prova dell'esistenza della volontà di non pagare l'obbligazione al momento della contrattazione può bene essere desunta anche dal comportamento successivo dell'agente[3].

Non si configura alcuna ipotesi criminosa, ma solo illecito civile, nel mero inadempimento non preceduto da alcuna intenzionale preordinazione.

6. Elemento oggettivo

Premesso lo stato di insolvenza, per la sussistenza del reato occorre che l'agente:

- contragga un'obbligazione[4] col proposito di non adempierla,
- non adempia l'obbligazione.

L'obbligazione deve essere di natura "contrattuale" e quindi volontaria, deve essere lecita e produttiva di effetti giuridici (un'obbligazione usuraria non potrebbe determinare insolvenza fraudolenta); infine, deve trattarsi di un'obbligazione di dare e non di svolgere una specifica attività in favore dell'altra parte.

Come si ricava dalla giurisprudenza, la prova del preordinato proposito di non adempiere alla prestazione dovuta sin dalla stipula del contratto, dissimulando lo stato di insolvenza, può essere desunta anche da argomenti induttivi seri e univoci, ricavabili dal contesto dell'azione e dal comportamento successivo all'assunzione dell'obbligazione, ma non esclusivamente dal mero inadempimento che, in sé, costituisce solamente un indizio del dolo.

7. Consumazione

Nel momento dell'inadempimento[5].

8. Prescrizione

Si riporta il primo comma dell'art. 157 del c.p.:

La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria.

9. Tentativo

E' inconcepibile perché fino a quando non c'è inadempimento non c'è reato, mentre quando quest'ultimo si verifica il delitto è consumato.

10. Procedibilità

A querela della persona offesa.

Il termine per la presentazione della querela decorre non già dalla data in cui si verifica l'inadempimento dell'obbligazione, ma da quella in cui il creditore acquisisce la certezza che l'obbligato, contraendo l'obbligazione, aveva dissimulato il proprio stato di insolvenza ed aveva contratto l'obbligazione con il proposito di non adempierla.

11. Giurisprudenza

a. Differenza con la truffa o dal semplice inadempimento contrattuale civile

Non viola il principio di correlazione tra accusa e sentenza la decisione di condanna con la quale il giudice, nel prendere in esame e valutare la condotta dell'imputato di non avere, in modo preordinato, adempiuto l'obbligazione contratta, qualifica l'originaria imputazione di insolvenza fraudolenta come truffa, perché la condotta tenuta dall'agente in entrambi i reati consiste in un comportamento fraudolento tale da ingenerare errore nella vittima (Sez. 2, Sentenza n. 29507 del 16/06/2015).

Il delitto di truffa si distingue da quello di insolvenza fraudolenta perché nella truffa la frode è attuata mediante la simulazione di circostanze e di condizioni non vere, artificiosamente create per indurre altri in errore, mentre nell' insolvenza fraudolenta la frode è attuata con la dissimulazione del reale stato di insolvenza dell'agente (Sez. 2, Sentenza n. 45096 del 11/11/2009).

Si realizza il reato di truffa e non quello di insolvenza fraudolenta nel caso in cui la parte lesa sia stata tratta in errore mediante la creazione di una situazione artificiosa da parte dell'imputato il quale non si sia limitato semplicemente a nascondere il proprio stato di insolvenza ma abbia rappresentato in un ampio arco di tempo circostanze inesistenti e sia ricorso ad artifici per farsi credere solvibile (V mass. n.

099786; (V mass. n. 102433; (V mass. n. 104366; (mass. n. 153571; (V mass. n. 154121) (Sez. 2, Sentenza n. 3395 del 29/11/1985).

La truffa contrattuale e l'insolvenza fraudolenta differiscono perché la prima di dette ipotesi di reato è caratterizzata da dolo iniziale che si manifesta attraverso artifizi e raggiri tali da influire sulla volontà del soggetto passivo inducendolo alla conclusione del contratto, mentre nella seconda ipotesi la volontà del soggetto passivo di concludere il contratto non è viziata dall'inganno altrui e le modalità dell'azione consistono soltanto nella dissimulazione dello stato di insolvenza. (Conf. mass. n. 149580) (Sez. 2, Sentenza n. 7433 del 21/03/1985).

In tema di delitto di truffa, anche la falsa affermazione di essere in grado di adempiere le obbligazioni, fatta da una delle parti all'altra, rafforzata inoltre da referenze sulla solvibilità e correttezza fornite da terzi, costituisce elemento idoneo a costituire il raggiro richiesto per la sussistenza del reato. (V mass. nn 154121, 153571, 119967, 113799, 104366, nel senso della sussistenza della insolvenza fraudolenta quando vi sia soltanto dissimulazione dello stato di insolvenza; (Conf mass. n. 149802; (Conf mass. n. 125850; (Conf mass. n. 119987) (Sez. 5, Sentenza n. 3475 del 23/01/1984).

L'inadempimento contrattuale integra gli estremi della truffa e non dell'insolvenza fraudolenta o del mero illecito civile quando sia l'effetto di un precostituito proposito fraudolento, estrinsecatosi in artifici atti a sorprendere l'altrui buona fede (Sez. 2, Sentenza n. 7745 del 24/02/1983).

Integra il reato di insolvenza fraudolenta la condotta di chi tiene il creditore all'oscuro del proprio stato di insolvenza al momento di contrarre l'obbligazione, con il preordinato proposito di non adempiere la dovuta prestazione, mentre si configura solo un illecito civile nel mero inadempimento non preceduto da alcuna preordinazione. (La Corte ha specificato che la prova della preordinazione può essere desunta anche da argomenti induttivi seri e univoci, ricavabili dal contesto dell'azione, nell'ambito del quale anche il silenzio può acquistare rilievo come forma di preordinata dissimulazione dello stato di insolvenza, quando fin dal momento della stipula del contratto sia già maturo, nel soggetto, l'intento di non far fronte agli obblighi conseguenti) (Sez. 2, Sentenza n. 39890 del 22/05/2009).

La differenza fra il delitto di truffa e quello di insolvenza fraudolenta sta in ciò che mentre nel primo la frode viene attuata mediante la simulazione di circostanze e condizioni non vere, artificiosamente create o prospettate per indurre altri in errore, nel secondo il fine illecito viene conseguito mediante la dissimulazione di una condizione vera e precisamente dell'insolvibilità dell'agente, il quale rende impossibile l'adempimento dell'obbligazione assunta. Se, peraltro, la dissimulazione e operata con raggiri ricorre il reato di truffa (nella specie, e stata ravvisata la truffa nel

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

comportamento di chi ritiri della merce, presentandosi come commerciante, a nome di un buon cliente, ossia sulla base di circostanze false prospettate come vere) (Sez. 2, Sentenza n. 11731 del 28/02/1977).

b. Rilevanza del silenzio

In tema di insolvenza fraudolenta ex art. 641 cod. pen., anche il silenzio può assumere rilievo quale forma di dissimulazione del proprio stato di insolvenza , quando tale stato non sia manifestato all'altro parte contraente ed il silenzio su di esso sia legato al preordinato proposito di non adempiere , cioè, quando sin dal momento in cui il contratto è stato stipulato vi era l'intenzione di non far fronte all'obbligo o agli obblighi scaturenti dal rapporto contrattuale (Sez. 2, Sentenza n. 29454 del 05/06/2003).

In tema di insolvenza fraudolenta il silenzio dell'imputato consistente nel tenere il creditore all'oscuro dello stato di insolvenza in cui versava ha rilievo quando sia legato al preordinato proposito di non adempiere alle obbligazioni assunte. Invece, l'inadempimento contrattuale non preordinato non costituisce tale delitto e ricade, normalmente, solo nell'ambito della responsabilità civile (Sez. 2, Sentenza n. 11904 del 21/10/1985).

c. Momento della consumazione

Il reato di insolvenza fraudolenta si consuma non nel momento in cui viene contratta l'obbligazione o in quello in cui viene a manifestarsi lo stato di insolvenza, bensì in quello dell'inadempimento, che costituisce l'ultima fase dell'"iter" criminoso, dovendosi pertanto accertare, ai fini della determinazione del momento consumativo, la data dell'inadempimento in base alle norme che disciplinano, in materia civile, l'adempimento delle obbligazioni, con particolare riguardo al termine per adempiere (Sez. 6, Sentenza n. 28117 del 26/03/2015).

In materia di insolvenza fraudolenta (art. 641 cod. pen.), l'inadempimento dell'obbligazione - elemento costitutivo del reato - non è configurabile qualora il termine per la prestazione dovuta non sia ancora scaduto. Nè il dolo specifico - consistente nel proposito di non adempiere l'obbligazione fin dal momento della sua esistenza giuridica - può essere desunto da eventuali difficoltà sopravvenute per l'inadempiente (anche se da parte di questi prevedibili) (Sez. 2, Sentenza n. 6478 del 13/05/1997).

Il reato di insolvenza fraudolenta si consuma non nel momento in cui viene contratta la obbligazione o in quello in cui viene a manifestarsi lo stato di insolvenza, bensì in quello dello inadempimento, che costituisce l'ultima fase dell'"iter" criminoso.

Occorre, quindi, accertare, ai fini della determinazione del momento consumativo del delitto previsto dall'art. 641 cod. pen., la data dell'inadempimento in base alle norme che disciplinano, in materia civile, l'adempimento delle obbligazioni, con particolare riguardo al termine per adempiere. (V mass. n. 169558; (Conf mass. n. 103762) (Sez. 2, Sentenza n. 5196 del 28/01/1986).

d. Varie

In tema di reato di insolvenza fraudolenta, l'integrale adempimento dell'obbligazione che estingue il reato, previsto dall'art. 641, comma secondo, cod. pen., deve avvenire "prima della condanna" e può, pertanto, attuarsi anche dopo la sentenza di primo o secondo grado e fino a che non sia stato deciso il ricorso per cassazione, a differenza del risarcimento del danno idoneo ad integrare la circostanza attenuante di cui all'art. 62, comma sesto cod. pen. che deve avvenire "prima del giudizio" (Sez. 2, Sentenza n. 23017 del 31/03/2016).

In tema d' insolvenza fraudolenta, la prova del preordinato proposito di non adempiere alla prestazione dovuta sin dalla stipula del contratto, dissimulando lo stato di insolvenza, può essere desunta anche da argomenti induttivi seri e univoci, ricavabili dal contesto dell'azione e dal comportamento successivo all'assunzione dell'obbligazione, ma non esclusivamente dal mero inadempimento che, in sé, costituisce un indizio equivoco del dolo. (Fattispecie in cui, la Corte ha ritenuto che l'acquisto della merce tramite assegni, post-datati e privi di copertura fino al giorno precedente la scadenza dei titoli, fosse espressione del successivo inadempimento ma non della preordinata dissimulazione dello stato di insolvenza) (Sez. 2, Sentenza n. 6847 del 21/01/2015).

Non integra il reato di insolvenza fraudolenta la condotta di colui che assume un'obbligazione con la riserva mentale di non adempiere per causa diversa dallo stato di insolvenza. (Nella specie l'imputato non pagava le cambiali, tranne la prima, asserendo che la scelta del mancato pagamento era collegata, come ripicca, ad un precedente acquisto di autovettura, che non andava bene su strada) (Sez. 2, Sentenza n. 46903 del 13/12/2011).

In tema di insolvenza fraudolenta, l'obbligazione, assunta dall'agente con il proposito di non adempierla, deve avere ad oggetto una prestazione di dare e non quella di svolgere una specifica attività in favore dell'altra parte, giacché uno degli elementi costitutivi del delitto è la dissimulazione del proprio stato di insolvenza. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso che potesse integrare il delitto di insolvenza fraudolenta - e non invece, come correttamente ritenuto dal giudice di merito, il delitto di truffa aggravata - il comportamento di un generale dei carabinieri che, assumendo fraudolentemente l'impegno di stabilire un contatto con elementi della malavita allo

scopo di ottenere notizie utili per favorire la liberazione di un sequestrato, aveva indotto i parenti della vittima a consegnargli la somma di un miliardo di lire) (Sez. 2, Sentenza n. 10792 del 23/01/2001).

Il termine per la presentazione della querela per il reato di insolvenza fraudolenta decorre non già dalla data in cui si verifica l'inadempimento dell'obbligazione, ma da quella in cui il creditore acquisisce la certezza che l'obbligato, contraendo l'obbligazione, aveva dissimulato il proprio stato di insolvenza ed aveva contratto l'obbligazione con il proposito di non adempierla. (Nella fattispecie è stato ritenuto termine iniziale quello del tentativo di esecuzione forzata esperito dal creditore) (Sez. 2, Sentenza n. 9552 del 18/09/1997).

Poiché l'art. 176, comma 17, del codice stradale - che punisce con la sanzione pecuniaria chiunque ponga in essere qualsiasi atto al fine di eludere in tutto o in parte il pagamento del pedaggio autostradale - espressamente ed inequivocabilmente stabilisce la sussidiarietà di tale illecito amministrativo rispetto alle fattispecie penali eventualmente concorrenti, nei cui confronti, pertanto, non si pone in rapporto di specialità, nell'ipotesi di omesso adempimento, da parte dell'utente, dell'obbligo di pagamento del pedaggio autostradale, ben può configurarsi, ove ne sussistano in concreto gli elementi costitutivi, il delitto di insolvenza fraudolenta (Sez. U, Sentenza n. 7738 del 09/07/1997).

12. Considerazioni conclusive

Il codice civile in tema di obbligazioni (art. 1175) stabilisce che: "Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza".

Premessa l'esistenza dello stato di insolvenza, dato per assodata la sua dissimulazione nonché il verificarsi dell'inadempimento dell'obbligazione contratta, il tutto si sposta nella verifica della sussistenza del proposito di non adempierla.

Il fatto che sussistano tre elementi essenziali del reato (stato di insolvenza, dissimulazione e inadempimento) e nonostante ciò il delitto potrebbe non sussistere, può sembrare stonato. Si consideri il caso di chi, avendo contratto l'obbligazione col proposito di adempierla si ritrovi, suo malgrado, in stato di insolvenza al momento in cui scade il termine per adempierla e decide, solo in quel momento, di dissimulare tale stato e conseguentemente – essendone impossibilitato – di non pagare il dovuto. Secondo la giurisprudenza, in questo caso, non vi sarebbe reato ma solamente illecito civile.

La prova del proposito di non adempiere l'obbligazione da parte degli inquirenti non è cosa semplice. La sussistenza dello stato di insolvenza (intesa non in senso assoluto

ma come mancanza attuale della possibilità di pagare al momento di contrarre l'obbligazione) ne è certamente un buon indizio, ma non è determinate. Si pensi al caso di chi, pur consapevole delle proprie difficoltà economiche al momento di assumere un'obbligazione, confidi ciecamente nel poter disporre di una somma di denaro sufficiente a soddisfare il proprio creditore nel momento della scadenza della sua obbligazione: non aveva il proposito di non adempiere.

Quanto detto ci fa concludere che quarto elemento costitutivo del reato (forse il più importante) è il proposito di non adempiere l'obbligazione.

[1] Si tratta di una causa speciale di estinzione della punibilità. "Prima della condanna" significa anche dopo la sentenza di primo o secondo grado e fino a che non sia stato deciso il ricorso per Cassazione.

[2] La condizione di insolvenza va intesa in senso ampio quale "mancanza attuale, totale o parziale, assoluta o relativa, della possibilità di pagare", con la conseguenza che deve considerarsi insolvente anche un soggetto non nullatenente in assoluto, ma sprovvisto di denaro al momento dell'ingresso in autostrada (Cfr. sentenza Trib. S.M.C.V., SEZ. G.I.P., dott. T. Perrella, ord. arch., 15.1.2005, n. 6616).

[3] Cass. n. 182/1974.

[4] Art. 1174 Cod. Civ. - Carattere patrimoniale della prestazione.

"La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale del creditore".

[5] Si ha inadempimento dell'obbligazione quando la prestazione non è eseguita al momento dovuto, o adempiuta nel luogo stabilito o nelle modalità convenute. Il mancato adempimento può essere totale o parziale; può essere definitivo (nel senso che non è più possibile adempiere) oppure può essere solo temporaneo (quando la prestazione non è stata effettuata ma è ancora possibile).

Giurisprudenza

LEGGE PENALELEGGI, DECRETI E REGOLAMENTI

Ignoranza della legge

FONTI DEL DIRITTO - Leggi - Legge penale - Ignoranza - Dubbio derivante da contrasti giurisprudenziali - Ignoranza inevitabile della legge penale - Fattispecie

L'incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma, non abilita da sola ad invocare la condizione soggettiva d'ignoranza inevitabile della legge penale; al contrario, il

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, fino cioè, secondo quanto emerge dalla sentenza 364 del 1988 della Corte Costituzionale, all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga l'incertezza sulla liceità o meno dell'azione stessa, dato che il dubbio, non essendo equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità. (Fattispecie in tema di usura, nella quale la Suprema Corte, in difetto di un orientamento giurisprudenziale di legittimità che ritenesse illecita la prassi bancaria oggetto di contestazione in tema di determinazione del tasso soglia - emerso soltanto dopo lo svolgersi dei fatti - ha ritenuto che nessuna censura potesse essere posta a carico degli imputati, presidenti di banche). (Rigetta, App. Reggio Calabria, 02/07/2010)

FONTI

CED Cassazione, 2011

Cass. pen. Sez. II, 07/06/2005, n. 35076

USURA

Con il delitto di usura impropria, p. e p. dall'art. 644, comma 3, secondo periodo, cod. pen., è stato introdotto un diverso trattamento sanzionatorio e, pertanto, non costituisce una ipotesi di abolitio criminis.

FONTI

Massima redazionale, 2008

Cass. pen. Sez. V, 30/05/2001, n. 31683
Penasso e Penasso e altri

USURA

Sussiste continuità normativa tra l'art. 644 bis c.p., formalmente abrogato dalla l. 7 marzo 1996 n. 108 (art. 1 comma 2) e la fattispecie criminosa inserita nel comma 3 del precedente art. 644, come modificato dall'art. 1 della stessa l. n. 108 del 1996, in quanto quest'ultima disposizione ha inglobato in sè gli elementi costitutivi del reato di usura impropria, qualificandone alcuni come circostanze aggravanti del reato di usura, ora previsto e punito dall'art. 644. Ne consegue che l'indicata successione normativa non dà luogo a un fenomeno di "abolitio criminis", ma si risolve solo nella diversità di trattamento punitivo del medesimo fatto, soggetto alla disciplina di cui all'art. 2 comma 3 c.p.

FONTI

Cass. Pen., 2002, 2787

PENALE - Usura di **Maurizio Bellacosa**
(Anno di pubblicazione: 1999)

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Mostra bibliografia

Mostra riferimenti

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il delitto di usura nella originaria formulazione dell'art. 644 c.p. - 3. L'introduzione del delitto di usura impropria (art. 644 bis c.p.). - 4. La nuova disciplina penale dell'usura: il bene giuridico tutelato dalle fattispecie introdotte dalla legge n. 108/1996. - 5. La fattispecie-base di usura con tasso-soglia predeterminato ex lege (art. 644, 1° e 3° co., I parte, c.p.). - 6. La fattispecie di usura con interessi sproporzionati a carico di chi versi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria (art. 644, 3° co., II parte, c.p.). - 7. La fattispecie di usura nel regime transitorio dell'art. 3 legge n. 108/1996. - 8. Il problema della punibilità della c.d. usura reale. - 9. La disciplina della prescrizione ed i suoi riflessi in ordine alla natura giuridica del reato di usura. - 10. Problematiche di diritto transitorio. - 11. L'usura con riguardo alle operazioni creditizie escluse dalla rilevazione dei tassi medi. - 12. L'elemento soggettivo. - 13. L'apparato sanzionatorio: le circostanze aggravanti e la confisca. - 14. La mediazione usuraria (art. 644, 2° e 3° co., cp.).

1. Premessa.

Con la legge 7-3-1996, n. 108, il legislatore, ad appena quattro anni dalla parziale riforma del 1992, ha nuovamente rivisto la disciplina penale dell'usura, muovendosi nella duplice direzione dell'estensione delle condotte punibili e dell'inasprimento del trattamento sanzionatorio (con pena che, per le ipotesi-base, arriva a sei anni di reclusione).

Eppure l'usura non era prevista come reato nel Codice Zanardelli del 1889, ispirato al principio economico liberista dell'autonomia negoziale delle parti e della libertà di contrattazione(1), e nell'originaria formulazione del Codice Rocco del 1930 (art. 644) era sanzionata con limiti edittali contenuti (due anni di reclusione nel massimo).

L'accentuata gravità del reato, prima avvertita dalla coscienza sociale e poi opportunamente rilevata dal legislatore, discende non solo dalle entità dei danni patrimoniali e dagli squilibri del mercato creditizio che esso produce, ma anche dalle connessioni intercorrenti tra il fenomeno usurario ed altri comportamenti criminosi(2). Vengono in considerazione, in primo luogo, la criminalità organizzata ed il riciclaggio, perché la concessione di prestiti ad interessi usurari è divenuta lo strumento operativo per reinvestire i proventi delle attività illecite delle organizzazioni mafiose e per consolidare il potere economico di queste ultime, attraverso l'acquisizione della proprietà delle imprese in difficoltà; in secondo luogo, comportamenti estorsivi, finalizzati ad ottenere il pagamento delle somme pretese dall'usuraio a titolo di interessi o di rate del capitale.

La legge n. 108/1996 presenta pertanto il pregio di fornire una risposta sanzionatoria adeguata alla lesività sostanziale del fenomeno usurario, nel tentativo di superare l'incompletezza e l'inefficacia degli strumenti repressivi offerti dalla legislazione del passato.

2. Il delitto di usura nella originaria formulazione dell'art. 644 c.p.

Il Codice Rocco descriveva il delitto di usura all'art. 644 come il fatto di chi, fuori dei casi preveduti dall'art. 643 in tema di circonvenzione di incapaci, «approfittando dello stato di bisogno di una persona, si fa da questa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, interessi o altri vantaggi usurari».

Come si vede, la definizione normativa del reato si incentrava su due requisiti fondamentali: l'«approfittamento dello stato di bisogno», che costituiva il nucleo centrale della fattispecie, nonché l'espressione più significativa del disvalore dell'illecito(3); e la «dazione o promessa di interessi o altri vantaggi usurari», che delineava, con una mera tautologia, il corrispettivo della prestazione ricevuta dalla vittima del reato.

Il requisito dell'«approfittamento» richiedeva lo sfruttamento o l'utilizzazione indebita a proprio vantaggio della posizione di inferiorità dell'altro contraente, realizzati anche senza una attività di induzione della vittima a compiere un atto(4), quanto meno limitandosi ad avvalersi della preesistente situazione di debolezza del soggetto passivo.

Per quanto concerne l'elemento dello «stato di bisogno», dottrina e giurisprudenza hanno sino ad oggi formulato svariate definizioni, che si muovono tra una concezione oggettivistica ed una concezione soggettivistica.

Secondo la concezione oggettivistica ed economica, lo stato di bisogno - pur non identificandosi con lo stato di necessità né di indigenza - presuppone la mancanza di beni di natura patrimoniale (5) e può configurarsi anche con riguardo ad un soggetto benestante che sia momentaneamente assillato da un bisogno di denaro, per contingente carenza di liquidità(6).

Per la concezione soggettivistica e psicologica - particolarmente seguita dalla più recente giurisprudenza di legittimità - lo stato di bisogno non è invece considerato dalla legge come una situazione materiale, ma come una condizione psicologica in cui la persona si trova e per la quale non ha piena libertà di scelta(7).

In tale ottica si è precisato che lo stato di bisogno non può identificarsi con una semplice o momentanea difficoltà finanziaria che induca a ricorrere preferenzialmente al finanziamento di privati, dovendo pur sempre raggiungere una intensità tale da limitare in modo sensibile la libertà di scelta(8).

In termini generali, lo stato di bisogno deve attenere ad aspetti essenziali della vita e deve riguardare beni fondamentali del soggetto passivo (o di persone nei confronti delle quali sussiste un obbligo di sostentamento), nonché l'esercizio del suo mestiere o della sua professione ovvero ancora il mantenimento della sua situazione patrimoniale(9). Ne conseguiva, con riguardo al reato di usura nella originaria formulazione dell'art. 644 c.p., che non potesse ritenersi integrato il delitto, per carenza del requisito dello stato di bisogno, qualora un imprenditore si fosse ripromesso, dal prestito ad interessi usurari, uno scopo di lucro, sotto il profilo dell'impiego del denaro ricevuto per aumentare gli affari commerciali o per realizzare

proficui investimenti produttivi svincolati da indifferibili esigenze[10]. La finalità di accumulare guadagni e di realizzare nuove possibilità di arricchimento non è infatti un bisogno, ma piuttosto un desiderio, non riconducibile come tale al fatto tipico descritto nell'originaria stesura dell'art. 644 c.p.[11].
Per quanto concerne poi il riferimento tautologico agli «interessi o altri vantaggi usurari», la scelta legislativa di affidare alla discrezionalità del giudice la valutazione caso per caso sulla usurarietà degli interessi rispondeva ad una precisa esigenza di politica criminale, basata sulla duplice considerazione che l'usura si potesse realizzare attraverso i più vari espedienti e che la misura degli interessi dipendesse dalle più diverse circostanze di tempo, di luogo, di persone e di rischio[12].
Le interpretazioni incentrate sul significato dell'aggettivo «usurario» sono risultate inevitabilmente incerte, sia in dottrina che in giurisprudenza, a causa del notevole tasso di indeterminatezza della formula normativa. Rispetto alla tesi secondo cui l'interesse usurario doveva essere connotato da «un eccesso che non rappresenta una controprestazione, bensì un lucro indebito» [13]ovvero alla tesi che ravvisava l'usurarietà nella «ingiustizia» del vantaggio[14], maggiore diffusione ha avuto l'interpretazione di tale requisito nel senso di «interessi manifestamente sproporzionati alla prestazione» in quanto notevolmente superiori a quelli corrisposti di regola per simili prestazioni[15].
La fattispecie di usura nella originaria formulazione dell'art. 644 c.p. si caratterizzava pertanto, da un lato, per la sua indeterminatezza, a causa del «vuoto» definitorio in ordine alla usurarietà degli interessi; dall'altro lato, per la ricchezza e pregnanza degli elementi costitutivi, in primis l'approfittamento dello stato di bisogno.
Poiché per l'integrazione del dolo occorreva la consapevolezza, in capo al soggetto attivo, dell'approfittamento dello stato di bisogno della vittima, erano notevoli le difficoltà di ordine probatorio, che hanno determinato una limitata applicazione della fattispecie incriminatrice.

3. L'introduzione del delitto di usura impropria (art. 644 bis c.p.).

Al fine di ampliare l'ambito delle condotte usurarie punibili, il legislatore, con l'art. 11 quinquies legge n. 356/1992, di conversione del d.l. n. 306/1992 (antimafia), ha introdotto, all'art. 644 bis c.p., il delitto di usura impropria, così formulato: «Chiunque, fuori dei casi previsti dall'art. 644, approfittando delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria di persona che svolge una attività imprenditoriale o professionale, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da lire quattro milioni a lire venti milioni».
Come si vede, nell'intento di superare le difficoltà di ordine probatorio suscitate dall'art. 644 c.p., il legislatore ha preferito, anziché riformulare gli elementi costitutivi del delitto di usura, disegnare una nuova fattispecie criminosa di più semplice accertamento processuale. Per l'integrazione del delitto di usura impropria non è stato infatti più richiesto, sia sul piano oggettivo che nel

riflesso soggettivo del dolo, il requisito dell'approfittamento dello stato di bisogno della vittima, ma si è ritenuto sufficiente un elemento più facilmente dimostrabile: l'approfittamento delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria di persona che svolge una attività imprenditoriale o professionale(16).
Non a caso l'art. 644 bis c.p. è stato introdotto ad opera di una legge antimafia (l. n. 356/992). Il legislatore aveva infatti acquisito consapevolezza delle strette interconnessioni tra l'attività usuraria e la criminalità organizzata ed aveva preso atto di un fenomeno frequentemente riscontrato negli ultimi anni: le associazioni mafiose concedono prestiti usurari alle imprese in difficoltà, seppur non ancora in stato di bisogno, e quando la situazione patrimoniale di queste ultime diviene ancor più deficitaria nel vano sforzo di pagare gli interessi, giungono a rilevare le proprietà delle medesime imprese in crisi(17). Tali comportamenti, difficilmente inquadrabili nello schema dell'art. 644 c.p. per la carenza del requisito dell'«approfittamento dello stato di bisogno» al momento del contatto tra l'organizzazione criminale e l'impresa in difficoltà, erano invece riconducibili al più esteso ambito applicativo dell'art. 644 bis c.p.
Anche la fattispecie di usura impropria riproponeva però i medesimi profili di indeterminatezza già presenti nell'art. 644 c.p.: persisteva infatti il riferimento tautologico agli «interessi usurari», accompagnato dal requisito delle «condizioni di difficoltà economica o finanziaria» che appariva ancor più sfumato e sfuggente rispetto alla nozione di «stato di bisogno»(18). Tali condizioni, nelle quali rientrava anche (a differenza dello «stato di bisogno»: v. *supra*, par. 2) una difficoltà economica meramente temporanea, individuavano una situazione di debolezza economico-patrimoniale caratterizzata da una carenza di mezzi finanziari, tale da spingere l'imprenditore o il professionista a sobbarcarsi l'onere di un prestito erogato a condizioni usurarie(19).
La mancanza del requisito dello «stato di bisogno» comportava poi un allargamento degli scopi, penalmente rilevanti, in vista dei quali la vittima del reato contraeva il prestito usurario. Il delitto di usura impropria era infatti integrato anche quando la somma ottenuta a tassi usurari fosse destinata ad investimenti produttivi, purché l'imprenditore o il professionista perseguisse lo scopo non di ampliare o sviluppare la propria attività, bensì di assicurare continuità, efficienza e competitività alla propria impresa o professione(20).

4. La nuova disciplina penale dell'usura: il bene giuridico tutelato dalle fattispecie introdotte dalla legge n. 108/1996.

La accresciuta coscienza sociale formatasi in ordine alla gravità del fenomeno usurario e la insoddisfacente risposta sul piano pratico-applicativo fornita dall'art. 644 bis c.p., hanno spinto il legislatore - dopo appena quattro anni dalla creazione del delitto di usura impropria - verso una nuova e più ampia riforma della disciplina penale dell'usura.
La legge 7-3-1996 n. 108 - promulgata a Camere sciolte, vale a dire in regime di prorogatio, con il conseguente sospetto di illegittimità costituzionale in

riferimento all'art. 61, 2° co., Cost. [21]- ha, tra l'altro, riformulato l'art. 644 c.p. ed abrogato l'art. 644 bis c.p., introducendo - in aggiunta ad una fattispecie di carattere transitorio (art. 3 l. n. 108/1996: v. *ultra*, par. 7) ed alla riformulazione del delitto di mediazione usuraria (v. *infra*, par. 14) - due nuove figure di usura.

La prima e più innovativa fattispecie - che può considerarsi l'ipotesi-base - è descritta dal nuovo art. 644, 1° e 3° co., c.p., in riferimento all'art. 2 legge n. 108/1996.

L'art. 644, 1° co., c.p. prevede: «Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da lire sei milioni a lire trenta milioni».

Il 3° co. dell'art. 644 c.p., nel disporre che la «La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari», rinvia all'art. 2 legge n. 108/ 1996 secondo cui: «Il limite... oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale*..., relativamente alla categoria di operazione in cui il credito è compreso, aumentato della metà».

Tale rilevazione del tasso effettivo globale medio è effettuata trimestralmente dal Ministero del Tesoro, con riferimento alle varie categorie omogenee di operazioni classificate annualmente con decreto del Ministro del Tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi.

La nuova e principale fattispecie di usura si caratterizza quindi, da un lato, per la predeterminazione normativa del tasso-soglia al di sopra del quale l'interesse diventa «usurario»; dall'altro lato, per la scomparsa del requisito dell'«approfittamento» dell'altrui «stato di bisogno» (previsto ora come circostanza aggravante dall'art. 644, 5° co., n. 3) e per l'assenza di qualsiasi riferimento alla situazione di debolezza economica della vittima del reato.

La seconda fattispecie di usura è descritta dal nuovo art. 644, 3° co.: «Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori...» al limite fissato dal citato art. 2 legge n. 108/1996, «e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria».

In tale figura criminosa, il legislatore, nel riproporre (ma senza il riferimento all'«approfittamento») il requisito delle «condizioni di difficoltà economica o finanziaria», già presente nell'abrogato delitto di usura impropria ex art. 644 bis c.p., ha introdotto la nuova nozione normativa di «interessi comunque sproporzionati», con ciò riprendendo quella che era una terminologia frequentemente adoperata in passato da dottrina e giurisprudenza per individuare la soglia di usurarietà dell'operazione finanziaria (v. *retro*, par. 2).

La radicale modifica degli elementi costitutivi del delitto di usura ripropone in termini mutati il dibattito interpretativo sull'individuazione del bene giuridico tutelato.

Secondo una prima concezione - che si ricollega alla dimensione individualistico-patrimoniale già prevalente in passato con riguardo alle norme ora riformulate o abrogate - nelle nuove fattispecie il bene protetto è in ogni caso il patrimonio del soggetto che versa in uno stato di difficoltà: difficoltà presunta iuris et de iure nell'ipotesi di tasso usurario ex lege (art. 644, 3° co., I parte) e accertata dal giudice nel caso di usurarietà determinata in concreto (art. 644, 3° co., II parte)(22).
Una diversa impostazione è invece nel senso che la nuova descrizione legale dell'art. 644 c.p. collochi l'illecito tra i reati plurioffensivi, in quanto la tutela del patrimonio e della libertà morale del soggetto passivo è accompagnata dalla tutela - in posizione prioritaria - dell'interesse pubblicistico alla correttezza e genuinità dei rapporti economici(23).
Secondo una ulteriore (ma per certi versi affine alla precedente) interpretazione, la fissazione normativa del tasso usurario persegue lo scopo di assicurare il corretto funzionamento del mercato finanziario, con la conseguenza che le nuove fattispecie tutelano l'ordinamento del credito, inteso come bene giuridico «strumentale» rispetto alla protezione del patrimonio dei singoli, che costituisce il «bene finale» di tutela(24).
Tale ultima concezione appare meritevole di sostegno, seppure in riferimento alla sola fattispecie-base con tasso usurario predeterminato ex lege. Si deve infatti considerare, in primo luogo, come la prospettiva di tutela dell'ordinamento del credito emerga chiaramente in sede di lavori preparatori della riforma, allorquando si è per la prima volta suggerita l'abolizione di qualsiasi riferimento alla condizione di debolezza economica della vittima dell'usura(25); in secondo luogo, che la presunzione iuris et de iure sopra ricordata appare una forzatura non ancorata, come tale, a dati tipici della fattispecie, mentre «al negozio oggettivamente usurario possono corrispondere motivazioni, contesti economici, ripartizioni del rischio che prescindono completamente da una condizione di inferiorità economica della vittima»(26); infine, che la fissazione di un tasso-soglia, in assenza di un requisito espresso di «sfruttamento» del soggetto passivo, svolge effettivamente una funzione di oggettiva regolamentazione pubblica del credito(27).
Tra l'altro, la tesi qui accolta, individuando un rapporto da mezzo a fine tra la tutela dell'ordinamento del credito e la protezione del patrimonio, ha il pregio di delimitare l'oggetto giuridico con sufficiente precisione e concretezza, superando qualsiasi perplessità connessa al carattere evanescente ed indefinito del bene giuridico «regolarità del mercato finanziario».

Con riguardo, invece, alla ben diversa fattispecie sussidiaria di usura descritta dall'art. 644, 3° co., II parte, c.p., in cui ricompare il requisito delle «condizioni di difficoltà economica o finanziaria», si ritorna ad un'ottica di tutela - in via diretta e primaria - del patrimonio del soggetto in posizione di debolezza ed inferiorità(28).

5. La fattispecie-base di usura con tasso-soglia predeterminato ex lege (art. 644, 1° e 3° co., I parte, c.p.).

La fattispecie principale di usura, descritta dall'art. 644, 1° e 3° co., c.p. in riferimento all'art. 2 legge n. 108/1996, presenta, rispetto alla previgente disciplina, una notevole estensione dei comportamenti punibile.

L'allargamento dell'ambito applicativo discende, in primo luogo, dalla scomparsa di qualsiasi requisito relativo alla condizione del soggetto passivo; in secondo luogo, per quanto concerne l'oggetto della prestazione del soggetto attivo, dal riferimento - accanto al «denaro» - ad «altra utilità», in sostituzione della precedente formula «altra cosa mobile». La prima e fondamentale novità comporta che per l'integrazione del reato è sufficiente la pattuizione ad un tasso d'interesse superiore al limite consentito. Ne consegue che ora l'usura si configura anche allorquando il prestito ad interessi elevati sia destinato a finalità speculative per l'incremento degli affari ovvero al soddisfacimento di esigenze voluttuarie.

La seconda innovazione normativa, relativa alla formula «altra utilità», consente invece di sanzionare anche le prestazioni aventi ad oggetto beni immobili ed apre nuovi spiragli per la punibilità delle forme di usura ed. reale (sul problema v. *infra*, par. 8).

Come già accadeva con la previgente disciplina, il reato di usura è configurabile con riguardo a qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive: non soltanto il mutuo, ma anche l'apertura di credito, la compravendita a rate o con patto di riscatto, il leasing, il factoring, ecc.

Il tasso diventa ex lege usurario quando supera della metà il tasso medio rilevato trimestralmente dal Ministero del Tesoro (sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi), con riferimento alla categoria omogenea di operazioni in cui è ricompreso il credito in questione(29).

Ai fini della rilevazione dei tassi effettivi globali medi, il d.m. 23-9-1996 ha individuato sette generali categorie omogenee di operazioni (divenute otto nelle Istruzioni della Banca d'Italia, per la suddivisione tra crediti personali e crediti finalizzati): apertura di credito in conto corrente; finanziamenti per anticipi su crediti e documenti e sconto di portafoglio commerciale; crediti personali e finalizzati; operazioni di factoring; operazioni di leasing; mutui; altri finanziamenti a breve e a medio/lungo termine. Il d.m. 24-9-1997 ha aggiunto una nuova categoria di operazioni, i prestiti contro cessione del quinto dello stipendio(30).

L'art. 644, 4° co., c.p. ha poi precisato quali siano le voci di costo delle operazioni creditizie rilevanti ai fini del calcolo del tasso-soglia, prevedendo che «Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito»(31).

Come si vede, la fattispecie-base di usura è strutturata secondo il paradigma della c.d. norma penale in bianco(32): nell'art. 644 c.p. il precetto è infatti soltanto generico e per la determinazione in concreto dei comportamenti punibili occorre l'intervento integrativo della fonte normativa secondaria, costituita dai decreti del Ministro del Tesoro.

Appare comunque rispettato il principio della riserva di legge ex art. 25, 2° co., Cost. - alla luce dei dettami interpretativi affermati dalla Corte Costituzionale - perché la legge n. 108/1996 ha sia indicato «con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa»(33), sia determinato «il nucleo fondante il contenuto d'illecito del reato»(34).
La legge in esame, nel prevedere che il reato sia integrato dalla pattuizione tra le parti di un interesse superiore del 50% al tasso medio praticato per quel tipo di operazione, ha infatti effettuato in modo sufficientemente compiuto la scelta dei comportamenti meritevoli di intervento repressivo, dettando altresì i parametri di riferimento per l'attività di integrazione ad opera della fonte secondaria (v. l'art. 2, 1° co., sui criteri di rilevazione del tasso effettivo globale medio, l'art. 2, 2° co., sui criteri di classificazione delle operazioni creditizie per categorie omogenee, l'art. 644, 4° co., c.p., sulle voci di costo rilevanti per la determinazione del tasso usurario). I decreti ministeriali si limitano pertanto a fornire un indispensabile contributo di natura tecnica ed esecutiva per specificare elementi di fattispecie legislativamente predeterminati(35).
La scelta operata dal legislatore di fissare normativamente il tasso usurario presenta l'indubbio pregio di aumentare il grado di determinatezza della fattispecie e consente così di restringere la discrezionalità interpretativa del giudice e di limitare le incertezze applicative. Essa comporta però anche il rischio di limitare l'accesso al credito legale, perché il pericolo - ora più elevato - per l'operatore bancario di incorrere in un comportamento usurario, può indurlo a razionare il credito alla clientela marginale(36).

6. La fattispecie di usura con interessi sproporzionati a carico di chi versi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria (art. 644, 3° co., II parte, c.p.).

Dopo aver sancito che «La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari», l'art. 644, 3° co., c.p.continua prevedendo che «Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria».
La ratio sottesa a tale fattispecie incriminatrice (che è stata definita di «usurarietà in concreto»)(37), così come emerge anche dai lavori parlamentari(38), è da ricercare nella preoccupazione di colmare possibili lacune di tutela; il legislatore ha perciò ritenuto meritevoli di repressione le prestazioni di denaro effettuate ad interessi che, seppur di poco inferiori al tasso usurario legalmente predeterminato, siano comunque «sproporzionati», allorquando la vittima versi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.
Il soddisfacimento di tale esigenza repressiva ha però comportato una riduzione del livello di determinatezza della fattispecie criminosa(39), con il conseguente dubbio di violazione dell'art. 25, 2° co., Cost.

La genericità della previsione normativa emerge con riguardo a ben quattro componenti descrittive della fattispecie: gli interessi o vantaggi «comunque sproporzionati», le «concrete modalità del fatto», le «operazioni similari» e le «condizioni di difficoltà economica o finanziaria».

Per quanto concerne il riferimento normativo agli «interessi, ... altri vantaggi o compensi che ... risultano comunque sproporzionati», tenuto conto del «tasso medio praticato per operazioni similari», è emblematico l'uso della terminologia frequentemente adoperata in passato per definire la usurarietà degli interessi, da parte sia della prevalente dottrina sia di quella giurisprudenza che aveva ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 644 anteriforma(40). Sembra quasi che il legislatore, avvertendo il rischio di incorrere in censure di indeterminatezza della fattispecie, abbia voluto seguire, come criteri-guida di costruzione normativa, i canoni definitori consolidatisi sotto il vigore della previgente disciplina.

Per delimitare il concetto di «sproporzione» può essere utile il riferimento al criterio offerto dall'art. 1448, 2° co., c.c., che prevede la possibilità di rescissione per lesione del contratto a prestazioni corrispettive qualora la lesione ecceda la metà del valore della prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata(41).

Per quanto concerne il parametro valutativo delle «concrete modalità del fatto», una indicazione di rilievo - seppur non decisiva perché priva di adeguata motivazione - emerge dai lavori parlamentari, laddove si dice che si tratta di un riferimento «ad ipotesi diverse dal prestito bancario»(42).

Con riguardo, infine, alle «condizioni di difficoltà economica o finanziaria», si tratta del medesimo connotato descrittivo della situazione della vittima, già presente nell'abrogato art. 644 bis c.p. (v. *supra*, par. 3), seppur privo dell'ulteriore requisito dell'«approfittamento».

In definitiva, a causa della compresenza di più concetti e nozioni sfuggenti ed indefiniti - tra l'altro in assenza di ulteriori elementi della fattispecie precisi e delimitati - appare realmente fondato il vizio di illegittimità costituzionale dell'art. 644, 3° co., c.p. per violazione del principio di tassatività e determinatezza della norma penale ex art. 25, 2° co., Cost.(43).

Come ulteriore motivo di critica, la fattispecie in esame comporta poi un evidente rischio di restrizione del credito nei confronti dei soggetti economicamente più deboli, a causa dell'elevato pericolo, per gli operatori bancari, di incorrere in comportamenti usurari; proprio con riguardo ai soggetti in difficoltà, che non sono in grado di offrire adeguate garanzie, le banche infatti applicano normalmente tassi più elevati, alla luce del maggior rischio economico connesso all'operazione finanziaria(44).

Nell'ottica di un ampliamento degli ambiti applicativi della normativa antiusura, la fattispecie in esame svolge però una funzione di estremo rilievo, consentendo di sanzionare i comportamenti usurari connessi alle operazioni creditizie escluse dalla rilevazione dei tassi medi (v. *infra*, par. 11) ed offrendo altresì lo spunto per la punibilità della c.d. usura reale (v. *infra*, par. 8).

7. La fattispecie di usura nel regime transitorio dell'art. 3 legge n. 108/1996.

L'art. 3 legge n. 108/1996 prevede una fattispecie transitoria e temporanea di usura (comprendente anche la mediazione usuraria) applicabile ai comportamenti posti in essere nel periodo (di circa un anno) intercorso tra l'entrata in vigore della legge n. 108/1996 e la pubblicazione della prima rilevazione trimestrale dei tassi effettivi globali medi (d.m. 22-3-1997). In tale periodo è punito, con la stessa pena prevista dall'art. 644, 1° co., c.p., «chiunque, fuori dei casi previsti dall'art. 643..., si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, da soggetto in condizioni di difficoltà economica o finanziaria, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e ai tassi praticati per operazioni similari dal sistema bancario e finanziario, risultano sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità. Alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dall'art. 644 primo comma, del codice penale, procura a soggetto che si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria una somma di denaro o altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto, risulta sproporzionato rispetto all'opera di mediazione».

Come si vede, tale fattispecie ricalca essenzialmente i medesimi elementi descrittivi dell'ipotesi residuale di usura ex art. 644, 3° co., c.p., riproducendone gli stessi profili di indeterminatezza. Il carattere temporaneo della fattispecie rileva anche ai fini dell'art. 2, 4° co., c.p., in tema di successione di leggi penali.

8. Il problema della punibilità della c.d. usura reale.

Durante il vigore della precedente disciplina, la dottrina prevalente correttamente sottolineava come l'art. 644 c.p. punisse la sola usura c.d. pecuniaria, in quanto l'incriminazione riguardava esclusivamente le sovvenzioni di denaro o di altre cose mobili; non rientrava perciò nell'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice, la c.d. usura reale, vale a dire quella in cui la attività del soggetto consiste nel fornire un servizio o nel prestare un'attività professionale (si pensi alla richiesta di un corrispettivo esagerato per l'affitto di un appartamento ovvero al caso del chirurgo chiamato d'urgenza che pretenda un compenso estremamente elevato per svolgere la propria opera professionale)(45).

A seguito della riforma intervenuta con la legge n. 108 del 1996, il problema della punibilità della c.d. usura reale si presenta in temini rinnovati, alla luce dell'introduzione del riferimento ad «altra utilità» nella descrizione dell'oggetto della prestazione fornita dal soggetto attivo.

Alcuni Autori hanno inteso tale modifica testuale nel senso che il nuovo art. 644 c.p. ricomprenda i casi di c.d. usurareale(46). A ben veder, però, una simile interpretazione - seppur conforme all'intenzione del legislatore (47) - appare il frutto di una lettura incompleta del testo normativo.

La fattispecie-base di usura con la predeterminazione legale del tasso (art. 644, 1° e 3° co., I parte), in quanto incentrata sul superamento del tasso-soglia rilevato trimestralmente, risulta infatti compatibile con la sola usura pecuniaria.

La fattispecie residuale di usura ex art. 644, 3° co., II parte, c.p., che si riferisce anche ai «compensi sproporzionati» rispetto alla controprestazione, può invece applicarsi all'usura reale, ma solo a condizione di interpretare estensivamente il termine «tasso», come equivalente anche di «tariffa» o «prezzo»(48).

9. La disciplina della prescrizione ed i suoi riflessi in ordine alla natura giuridica del reato di usura.

Con riguardo all'originaria formulazione dell'art. 644 c.p. - nonché con riferimento al delitto di usura impropria ex art. 644 bis c.p. - la dottrina e la giurisprudenza pressoché unanimemente individuavano un reato istantaneo la cui consumazione si radicava nel momento della pattuizione del compenso usurario e, qualora gli interessi fossero stati corrisposti periodicamente, ritenevano integrata la figura del c.d. reato istantaneo con effetti permanenti(49).

Il problema della individuazione della natura giuridica del reato sembra presentarsi con caratteri innovativi alla luce della legge n. 108 del 1996, non tanto per una diversità strutturale della nuova fattispecie di usura stricto sensu, quanto per la specifica previsione del nuovo art. 644 ter c.p. (introdotto dall'art.11 l. n. 108/1996), secondo cui: «La prescrizione del reato di usuradecorre dal giorno dell'ultima riscossione sia degli interessi che del capitale».Tale disposizione, rapportata ai principi generali - in tema di prescrizione - dell'art. 158 c.p. («Il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione;... per il reato permanente..., dal giorno in cui è cessata la permanenza») potrebbe indurre a ritenere che, con riguardo alla nuova fattispecie di usura, si verifichi una situazione di perdurante consumazione sino al giorno dell'ultima riscossione degli interessi e del capitale.

A tal riguardo, i primi commenti della dottrina si sono attestati su posizioni differenziate: c'è chi ha continuato a sostenere la tesi tradizionale del reato istantaneo(50); chi invece ha ritenuto di configurare un reato permanente o eventualmente permanente(51); chi, infine, ha mantenuto una posizione dubitativa e problematica(52).

A favore della tesi del reato istantaneo, si è sostenuto che la nuova disposizione dell'art. 644 ter c.p. si sia limitata a fissare una deroga all'art. 158 c.p. - motivata dall'esigenza di estendere i limiti temporali per la repressione dell'usura - senza però incidere sull'individuazione del momento consumativo del delitto e sulla struttura complessiva del reato. In direzione opposta, si è invece affermato che la nuova norma abbia fornito una precisa indicazione circa la natura permanente del reato.

Purtroppo, a causa dell'estrema sinteticità sul punto, anche i lavori parlamentari della legge n. 108/1996 non evidenziano con chiarezza la voluntas legis(53). Per la configurabilità del reato permanente propende la constatazione che, qualora vi sia una dazione periodica degli interessi, si realizzi effettivamente una perdurante lesione del patrimonio del soggetto passivo; una indicazione di senso inverso emerge però dalla assenza, nella descrizione della fattispecie tipica, di una condotta unitaria che si protragga senza soluzione di continuità(54). Né appare utile e decisivo

l'inquadramento dell'usura nell'ambito dei «reati istantanei con effetti permanenti» ovvero nell'ambito dei «reati eventualmente permanenti»: si tratta infatti di categorie prive di reale autonomia, che si limitano a registrare il mero dato fenomenico costituito dalla lesione protratta nel tempo al bene protetto(55).

In definitiva, alla luce del carattere ambivalente ed equivoco del testo normativo, appare problematica l'affermazione della natura istantanea o permanente del reato di usura, nell'ipotesi di un'operazione finanziaria continuativa che sia ab origine illecita per la previsione - già al momento della stipula - di un tasso usurario.

Diversamente si pone il problema nel caso - che pure rileva a fini pratici - in cui al momento della pattuizione del finanziamento sia previsto un tasso inferiore al limite usurario, che successivamente - in pendenza dell'operazione - diventi superiore al nuovo tasso soglia frattanto rilevato. In tale ipotesi, nonostante una giurisprudenza di stampo civilistico di contenuto difforme(56), si deve escludere - alla luce di una serie di considerazioni di carattere logico e giuridico - che possa diventare usuraria un'operazione finanziaria ab initio pienamente regolare.

In primo luogo, qualora al momento della pattuizione sia previsto un tasso inferiore alla soglia limite, l'attuale formulazione della fattispecie di usura impedisce di ravvisare nella stipula del contratto un mero «presupposto della condotta» rispetto al quale considerare significativo il successivo comportamento omissivo del creditore che non riduca il tasso frattanto divenuto usurario. Poiché infatti la dizione del nuovo art. 644 c.p. - che in questa parte ricalca la pregressa («si fa dare o promettere, ... in corrispettivo di una prestazione») - incentra la condotta esecutiva del delitto nella definizione tra le parti del vincolo sinallagmatico e quindi delle prestazioni reciproche, il momento di perfezionamento (o di «consumazione formale») dell'usura si radica ancor oggi nella pattuizione del credito, a prescindere dalla natura istantanea o permanente del reato. Pertanto, anche se si configurasse l'usura come un reato permanente, il perdurante stato di consumazione dovrebbe iniziare comunque al momento della pattuizione, per poi svilupparsi con carattere di unitarietà.

In secondo luogo, a voler imporre la verifica di usurarietà in un momento successivo alla stipula di un contratto ab origine lecito e regolare, si determinerebbe una irragionevole ed inammissibile compressione dell'autonomia privata negoziale; si imporrebbe infatti al creditore l'obbligo di modificare - in senso per lui sfavorevole - le previsioni di un contratto che era pienamente legittimo al momento della pattuizione e che era parametrato alle condizioni di mercato, alle scelte imprenditoriali, ai rischi ed all'alea vigenti in quel preciso momento storico. Tale ultima considerazione appare rafforzata se rapportata alla previsione di cui all'art. 4 legge n. 108/1996, sostitutiva dell'art. 1815,2° co., c.c.: «Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi». La previsione di una sanzione come la nullità, con perdita di efficacia ex tunc, appare infatti irragionevole se riferita all'ipotesi di mancata riduzione entro la nuova soglia limite di un tasso già regolare al momento della stipula dell'operazione finanziaria, perché finirebbe addirittura per travolgere i ratei del debito legittimamente riscossi sulla base di un tasso inferiore al limite di usurarietà di riferimento.

Una lettura di segno opposto rispetto a quella qui proposta determinerebbe pertanto un sospetto di illegittimità costituzionale con riferimento al principio dell'art, 41, 1° co., Cost. - secondo cui «l'iniziativa economica privata è libera» - a meno che non si voglia allargare a dismisura la tutela del debitore, con totale sacrificio delle ragioni e delle scelte imprenditoriali ed operative riferibili al creditore.

In terzo luogo, il riconoscimento di una verifica di usurarietà relativa ad un momento successivo all'attivazione del rapporto finanziario determinerebbe una irragionevole ed ingiustificata disparità di trattamento (rilevante ex art. 3 Cost.) tra le parti contrattuali, perché addosserebbe esclusivamente sul creditore non già la normale alea sottesa a qualsiasi contratto sinallagmatico, bensì il rischio ulteriore - collegato al modificarsi del tasso medio - non prevedibile al momento della stipula, con evidente trattamento di favore per il debitore.

Da ultimo, sia l'art. 644, 4° co., c.p. (che individua le voci di costo dell'operazione rilevanti ai fini della determinazione del tasso usurario), sia l'art. 2,2° co., legge n. 108/1996 (che fa riferimento anche alla «durata», tra gli elementi da tener presenti nella classificazione delle operazioni creditizie) fissano l'attenzione sul momento della pattuizione iniziale.

In definitiva, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, si può ragionevolmente ritenere che, a prescindere dal dibattito circa la natura istantanea o permanente del reato, il delitto di usura abbia comunque il suo momento di perfezionamento nella pattuizione tra le parti, con la conseguente impossibilità di ravvisare in capo al creditore un obbligo - penalmente sanzionato - di rettificare il tasso ab origine lecito, che successivamente risulti superiore alla soglia limite rilevata(57).

10. Problematiche di diritto transitorio.

Le medesime argomentazioni tecnico-giuridiche sopra sviluppate, rapportate ai principi generali dell'art. 2 c.p. in tema di successione di leggi penali nel tempo, consentono di rispondere ad un ulteriore quesito di rilievo, relativo alla sorte dei rapporti finanziari antecedenti all'entrata in vigore della legge n. 108/1996, ma ancora in essere a tale momento.

Per le considerazioni dianzi svolte (v. *supra*, par. 9), occorre in primo luogo sottolineare come l'eventuale originaria negoziazione a tassi superiori a quelli ora presi in considerazione dai decreti ministeriali di rilevazione, se lecita al momento della stipula, non potrà dar luogo ad alcun illecito penale nel corso della successiva fase di percezione dei ratei e degli interessi(58).

Volendo poi inquadrare il tema nel più ampio e generale contesto della successione di leggi penali nel tempo, occorre verificare - attraverso il raffronto tra la nuova e la previgente normativa in materia di usura - quale, tra le distinte situazioni previste nei primi tre commi dell'art. 2 c.p. (disposizione introduttiva di nuove incriminazioni, disposizione abrogatrice di precedenti incriminazioni, disposizione modificativa di precedenti incriminazioni), sia quella applicabile ai casi in esame.

Il raffronto tra l'originaria formulazione dell'art. 644 c.p. e l'art. 644 bis c.p., da un lato, e la nuova figura residuale di usuraex art. 644, 3° co., II parte, c.p., dall'altro lato, evidenzia la omogeneità e continuità degli elementi costitutivi delle varie fattispecie incriminatrici. La nuova figura ha infatti, in primo luogo, conservato la medesima condotta esecutiva di base (per il rinvio implicito all'art. 644, 1° co.: «si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione...»); in secondo luogo, ha precisato il carattere usurario degli interessi adoperando una formula definitoria - «interessi... comunque sproporzionati rispetto alla prestazione...» - frequentemente utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riguardo alla normativa previgente (v. *supra*, par. 6); infine, pur abbandonando il requisito dell'«approfittamento», ha riproposto il riferimento alle «condizioni di difficoltà economica o finanziaria» della vittima, che era già presente nell'art. 644 bis c.p. e che si rapportava al più ristretto concetto di «stato di bisogno» contenuto nell'originario art. 644 c.p.

In presenza di tale omogeneità e continuità delle fattispecie incriminatrici, la situazione in esame appare riconducibile all'ipotesi di successione meramente modificativa di leggi penali, di cui all'art. 2, 3° co., c.p., con la conseguente regola della retroattività della disposizione più favorevole al reo.

Ne consegue che, con riguardo alle condotte già definibili come usurarie prima dell'entrata in vigore della legge n. 108/1996, perché sussumibili nell'ambito delle fattispecie di cui all'art. 644 c.p. (ante-riforma) ovvero di cui all'art. 644 bis c.p., continuerà ad applicarsi la normativa previgente, che prevede una disciplina di maggior favore per il reo.

Il raffronto tra le abrogate disposizioni incriminatrici in materia di usura e la nuova figura di cui all'art. 644, 1° e 3° co., c.p.parametrata al superamento del tasso-soglia stabilito ex art. 2 legge n. 108/1996, mette invece in luce una disomogeneità e «frattura» degli elementi costitutivi delle fattispecie astratte. La nuova norma, infatti, da un lato, segna il passaggio da una fattispecie speciale ad una generale, a seguito della scomparsa del requisito dell'«approfittamento» dell'altrui «stato di bisogno» ovvero delle «condizioni di difficoltà economica o finanziaria»; dall'altro lato, precisa e specifica, a seguito della definizione di «interesse usurario», un elemento già genericamente ricompreso nelle previgenti fattispecie.

Si delinea così una situazione di «specialità reciproca o bilaterale» che evidenzia una discontinuità tra le vecchie e la nuova fattispecie astratta. A causa della diversità strutturale degli elementi costitutivi delle varie fattispecie, la modifica normativa in esame descrive pertanto non una successione meramente modificativa di leggi penali (art. 2, 3° co., c.p.), bensì un fenomeno di «nuova incriminazione» ex art. 2, 1° co., c.p., con la conseguente regola della irretroattività della nuova disposizione incriminatrice.

Ne discende che nel caso di un'operazione finanziaria lecita, stipulata prima dell'entrata in vigore della legge n. 108/1996, non può applicarsi retroattivamente la nuova normativa repressiva riferita al superamento del tasso-soglia; né conseguentemente sussiste in capo al creditore alcun obbligo, penalmente sanzionato,

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

di adeguamento dell'interesse pattuito, anche se il tasso effettivo globale dovesse risultare superiore alla soglia limite frattanto rilevata.

11. L'usura con riguardo alle operazioni creditizie escluse dalla rilevazione dei tassi medi.

Come si è già detto (v. *supra*, par. 5), il d.m. 23-9-1996 ed il d.m. 24-9-1997 hanno individuato - ai fini della rilevazione dei tassi effettivi globali medi - otto generali categorie omogenee di operazioni creditizie.

Dal canto suo, la Banca d'Italia - che, ai sensi dell'art. 2 legge n. 108/1996, interviene sia nel procedimento di rilevazione trimestrale dei tassi medi che in quello di classificazione annuale delle operazioni per categorie omogenee - ha emanato, con nota del 30-9-1996, successivamente più volte integrata (da ultimo con nota del 30-4-1998), le «Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura», che prevedono espressamente, al par. B2, ben dodici categorie di operazioni escluse dalla rilevazione dei tassi medi, e precisamente: operazioni con non residenti; operazioni in valuta estera; posizioni classificate a sofferenza; crediti ristrutturati o in corso di ristrutturazione; operazioni a tasso agevolato; operazioni a tassi promozionali e convenzionati; finanziamenti revocati; posizioni relative a utilizzi per soli saldi liquidi, che non hanno fatto registrare saldi contabili a debito; posizioni affidate con utilizzo contabile nullo nel periodo di riferimento; finanziamenti finalizzati alla commercializzazione di specifici beni concessi a tassi di favore da parte di intermediari specializzati, spesso collegati alle imprese produttrici dei medesimi beni, generalmente nell'ambito di contratti di fornitura; operazioni di finanziamento effettuate nei confronti di società del gruppo di appartenenza; finanziamenti effettuati con fondi raccolti mediante emissioni di «obbligazioni di serie speciale con la clausola di convertibilità in azioni di società terze», regolati a condizioni prossime a quelle della relativa provvista.

Sorge allora il problema - trascurato nell'ambito dei lavori preparatori - di verificare quale tra le due fondamentali fattispecie di usura introdotte dalla legge n. 108/1996 sia applicabile in riferimento alle operazioni finanziarie escluse dalla rilevazione dei tassi medi.

Con riguardo a tali ultime operazioni, nulla esclude la configurabilità della fattispecie residuale di usura di cui all'art. 644, 3° co., c.p., che, pur accennando agli «interessi, anche se inferiori» al limite di usurarietà ex art. 2 legge n. 108/1996, non distingue tra operazioni incluse od escluse dalla rilevazione dei tassi medi e contiene un generico riferimento alle «concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari». Potrà pertanto rispondere di usura il creditore che - nell'ambito delle citate operazioni escluse dalla rilevazione dei tassi medi - pattuirà interessi «comunque sproporzionati» a carico di chi versi «in condizioni di difficoltà economica o finanziaria».

Più problematica appare invece la possibilità di applicare la fattispecie di usura di cui all'art. 644 c.p. parametrata alla definizione normativa di «interesse usurario» ex art. 2 legge n. 108/1996.

Da un lato, infatti, ragioni di equità e di uniformità di trattamento, nonché il timore di fornire ai creditori facili strumenti di elusione della normativa antiusura, suggeriscono di assoggettare pienamente al controllo di usurarietà ex art. 2 legge n. 108/1996 anche le operazioni escluse dalla rilevazione, facendo riferimento ai tassi soglia rilevati per categorie affini; dall'altro lato, il divieto di analogia vigente in materia penale (ex art. 14 delle preleggi) impedisce di estendere le previsioni normative in materia di usura fino a ricomprendervi quelle situazioni che, in virtù degli atti integrativi della legge n. 108/1996 (decreti ministeriali ed Istruzioni della Banca d'Italia), appaiano estranee all'ambito di applicabilità della stessa legge. Tale ultima considerazione risulta, tra l'altro, rafforzata alla luce della dizione letterale dell'art. 2, 4° co., legge n. 108/1996, secondo cui «Il limite... è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione... *relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso*, aumentato della metà».

Ad ogni modo, la fattispecie residuale di cui all'art. 644, 3° co., II parte, c.p. fornisce da sola uno strumento repressivo adeguato per sanzionare i comportamenti usurari connessi alle operazioni creditizie escluse dalla rilevazione dei tassi medi. Il parametro normativo del «tasso medio praticato per operazioni similari» sarà in tal caso facilmente individuabile attraverso il riferimento a quel finanziamento incluso nella rilevazione dei tassi, che risulti affine - per tipologia, caratteristiche strutturali, rischi operativi, garanzie prestate, natura ed importo - alla operazione esclusa: così, ad esempio, per un mutuo erogato a non residenti (v. par. B2, n. 1, delle Istruzioni della Banca d'Italia) si potrà far riferimento - come «tasso medio praticato per operazioni similari» - al tasso medio rilevato per un mutuo della stessa natura e di corrispondente fascia di importo concesso a residenti.

12. L'elemento soggettivo.

Le fattispecie di usura richiedono, sotto il profilo psicologico, il dolo generico.

Per quanto concerne la fattispecie-base, la semplificazione della struttura oggettiva del reato rende più facile l'accertamento del dolo: è sufficiente infatti la volontà di farsi dare o promettere - in corrispettivo della prestazione di denaro o di altra utilità - interessi superiori al limite legale.

La volontà colpevole è esclusa dall'errore di fatto, se il soggetto attivo calcoli male gli interessi ottenuti o qualifichi erroneamente il tipo di operazione stipulata, a causa di una errata percezione della situazione concreta[59].

Con riguardo all'errore di diritto sulla norma extrapenale (introdotta dai decreti ministeriali) integratrice del precetto, che fissi il tasso o classifichi le operazioni creditizie[60], per quanto sembrerebbe configurabile un errore sul fatto ex art. 47, 3° co., c.p.[61], è facile prevedere che la giurisprudenza - sulla scia dell'orientamento consolidatosi nel senso dell'interpretatio abrogans dell'art. 47, 3° co. - ravvisi un errore su legge penale ex art. 5 c.p.[62].

Con riferimento alla fattispecie residuale di usura ex art. 644, 3° co., c.p., la prova dell'integrazione del dolo presenta invece dei margini di incertezza in ordine alla

consapevolezza del carattere sproporzionato degli interessi [63] ovvero delle condizioni di difficoltà della vittima.

13. L'apparato sanzionatorio: le circostanze aggravanti e la confisca.

La legge n. 108/1996 ha inasprito il trattamento sanzionatorio dell'usura, prevedendo, sia per la fattispecie-base che per quella residuale, la reclusione da uno a sei anni e la multa da lire sei milioni a lire trenta milioni. È stata poi rivista ed ampliata la disciplina delle circostanze aggravanti (v. art. 644, 5° co., cp.). Le pene sono aumentate da un terzo alla metà:

1) «se il colpevole ha agito nell'esercizio di una attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare». L'applicabilità di tale aggravante richiede un vincolo di sfruttamento o un collegamento funzionale tra l'attività professionale svolta e la condotta usuraria[64];

2) «se il colpevole ha richiesto in garanzia partecipazioni o quote societarie o aziendali o proprietà immobiliari». La delimitazione della portata applicativa di tale aggravante risulta problematica ove si consideri che, nella pratica, raramente si riscontrano atti di costituzione di garanzie reali secondo le forme del diritto civile, mentre più spesso l'usuraio pretende atti di disposizione di immobili o di quote di società nella forma di cessioni definitive o di contratti preliminari[65]. In tali casi appare difficile la scelta tra la applicabilità dell'aggravante in questione, attraverso un'interpretazione estensiva del termine «garanzia» [66] ovvero la configurabilità delle sole ipotesi-base di usura, facendo rientrare il fatto nell'ampio concetto di vantaggio usurario[67];

3) «se il reato è commesso in danno di chi si trova in stato di bisogno». La compresenza nel medesimo contesto normativo del concetto di «difficoltà economica o finanziaria» e di quello di «stato di bisogno» impone, da un punto di vista sistematico, l'accoglimento di una nozione restrittiva di quest'ultimo requisito, inteso come bisogno attinente alle necessità fondamentali della persona, tale da porla in una situazione di assillo impellente[68];

4) «se il reato è commesso in danno di chi svolge attività imprenditoriale, professionale o artigianale». Al di là dell'interpretazione rigidamente letterale, deve escludersi l'applicazione di tale aggravante ai casi di usura qualitativamente avulsi da lavoro imprenditoriale, professionale o artigianale del soggetto passivo, poiché la ratio dell'ipotesi aggravata risiede nell'esigenza di tutelare l'attività svolta dai soggetti indicati e non già i soggetti in quanto tali[69];

5) «se il reato è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale durante il periodo previsto di applicazione e fino a tre anni dal momento in cui è cessata l'esecuzione». Tale aggravante non è collegata a particolari connotazioni del fatto di usura, ma alla maggiore pericolosità del soggetto attivo ed appare quindi ispirata ad un «diritto penale dell'autore»[70].

La legge n. 108/1996 prevede anche due ipotesi di confisca obbligatoria[71].

Ai sensi dell'art. 644, ult. co., cp., nel caso di sentenza di condanna o anche di patteggiamento per il delitto di usura, è obbligatoria la confisca «dei beni che

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero di somme di denaro, beni ed utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni».

L'art. 6 legge n. 108/1996 si limita a ribadire l'applicabilità, nel caso di condanna o di patteggiamento per il delitto di usura, della confisca speciale (già prevista dall'art. 12 sexies d.l. 8-6-1992 n. 306, modificato dall'art. 2 d.l. 20-6-1994 n. 399) avente ad oggetto il denaro, i beni o le altre utilità «di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica».

14. La mediazione usuraria (art. 644, 2° e 3° co., cp.).

L'art. 644, 2° co., c.p. prevede, come autonomo titolo di reato, il delitto di mediazione usuraria, che ricorre nei confronti di chi «fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma, procura a taluno una somma di denaro od altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario».

Il fatto tipico descritto nella norma in esame - riferibile, come soggetto attivo, al «mediatore» (nel senso dell'art. 1754 c.c.) - non esige che la sovvenzione procurata al soggetto passivo sia usuraria, ma si limita a richiedere che sia usurario il compenso per la mediazione.

Il carattere usurario di tale compenso non può essere parametrato al tasso-soglia predeterminato ex lege ai sensi dell'art. 2legge n. 108/1996[72], poiché l'attività di mediazione non rientra tra le operazioni creditizie prese in considerazione ai fini della rilevazione dei tassi medi. In virtù dell'espressa previsione dell'art. 644, 3° co., c.p., il compenso usurario è invece quello che, tenuto conto delle concrete modalità del fatto e del tasso medio praticato per operazioni similari, risulti comunque sproporzionato all'opera di mediazione, allorquando il soggetto passivo versi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria. Nel caso in cui l'usurario finga di dover cercare un finanziatore e si faccia dare o promettere, oltre agli interessi usurari, anche un compenso usurario per la sua asserita mediazione, l'agente risponderà del solo delitto di usura ex art. 644, 1° co., c.p., posto che la mediazione è fittizia e l'espediente serve a camuffare il maggior interesse usurario a carico della vittima[73].

Il delitto richiede il dolo generico. Si applicano le circostanze aggravanti previste dall'art. 644, 5° co., c.p.

---

[1] Per cenni di carattere storico sul reato di usura, v. BERTO-LINO, *Le opzioni*, cit., 776; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 1996, 375; FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1996, 207; SELLAROLI, *Il tasso*, cit., 213; SANTACROCE, *La nuova*, cit., 1533.

[2] In argomento v. SANTACROCE, *La nuova*, cit., 1535; ID., *Usura, riciclaggio e sistema bancario: linee di una strategia composita di contrasto*, *GP*, 1995, II,

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

246; INSOLERA, *Usura*, cit., 126; CAPERNA-LOTTI, *Il fenomeno*, cit., 83; MACCARI-MAZZA, *Usura e riciclaggio*, in *Riv. pen. ec.*, 1996, 260.

(3) V. FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1992, 173; sulla funzione di stigmatizzazione etico-sociale dell'«approfittamento dello stato di bisogno», v. MANNA, *La nuova*, cit., 10.

(4) V. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 1992, 328; FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1992, 173; *contra* CAVALIERE, *L'usura*, cit., 1228.

(5) V. FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1992, 174.

(6) V. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 1992, 328; FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1992, 175; CAVALIERE, *L'usura*, cit., 1233; Cass., 25-1-1985, *GP*, 1985, II, 782.

(7) Così Cass., 5-5-1993, *CP*, 1995, 55; nello stesso senso Cass., 13-1-1989, *CP*, 1992, 82; v. anche GAROFANO, *Sullo «stato»*,cit., 2282.

(8) V. Cass., 15-4-1981, n. 3396, Lucarelli; Id., 22-11-1983, n. 10025, De Leo; Id., 18-2-1988, *GP*, 1989, II, 60.

(9) Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1992, 174; in senso analogo VIOLANTE, *Usura*, cit., 384; GROSSO, *Usura*, cit., 1143; DE ANGELIS, *Usura*, cit., 2.

(10) V. Cass., 5-7-1989, *RP*, 1990, 511; Id., 18-2-1988, cit.

(11) V. FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1992, 174; VIOLANTE, *Usura*, cit., 383; v. anche PROSDOCIMI, *Aspetti*, cit., 580.

(12) V. Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, II, 467.

(13) Così MANZINI, *Trattato*, cit., 805.

(14) V. VIOLANTE, *Usura*, cit., 385; DE ANGELIS, *Usura*, cit., 3.

(15) V. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 1992, 327; MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, 194; Cass., 22-4-1983, *RP*, 1984, 558. Accoglie tale interpretazione anche Id., 26-6-1990, *RP*, 1991, 1066, che ha ritenuto «manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 644 c.p. prospettata sotto il profilo dell'indeterminatezza della previsione, in quanto - pur non fornendo la norma alcuna previsione sulla natura usuraria degli interessi pattuiti per la prestazione e rimettendo al giudice di decidere quando essi abbiano tale natura - è chiaro che il giudice deve riferirsi alla nozione comune, secondo cui sono usurari gli interessi sproporzionati alla prestazione, e cioè notevolmente superiori a quelli che di regola vengono corrisposti per simili prestazioni».

(16) Si consenta il rinvio a BELLACOSA, *Usura*, cit., 1.

(17) V. BELLACOSA, *Usura*, cit., 1; FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1992, 180.

(18) V. MANNA, *La nuova*, cit., 15.

(19) Così BELLACOSA, *Usura*, cit., 2.

(20) Si consenta il rinvio a BELLACOSA, *Usura*, cit., 3 ed agli esempi *ivi* citati; v. anche MUCCIARELLI, *Commento*, cit., 141.

(21) V. FUSARO, *Con l'approvazione del testo a Camere sciolte si crea un precedente con forti perplessità*, *Guida al diritto*, *Il Sole 24 Ore*, 23-3-1996, 53; MANNA, *La nuova*, cit., 61.

(22) Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1996, 212.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(23) Così CRISTIANI, *Guida*, cit., 32; in senso analogo, v. Mucciarelli, *Commento*, cit., 514; propende per la tutela del «sano esercizio dell'attività creditizia» CERASE, *L'usura*, cit., 2614.

(24) Così MANNA, *La nuova*, cit., 69; v. anche BERTOLINO, *Le opzioni*, cit., 798, per la quale, nonostante la preoccupazione pubblicistica di disciplina del credito, prevale l'obiettivo di tutela del patrimonio privato. Già in riferimento all'originario art. 644 c.p. individuava il bene protetto nell'ordinamento del credito FLORIAN, *Il delitto d'usura. Nota economìca-giuridica*, *GI*, 1935, IV, 94.

(25) V. l'intervento dell'On. Grasso nella seduta della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 27-9-1994: «bisognerebbe fare anche un salto in avanti prevedendo che l'usura si determini oggettivamente, indipendentemente dalle condizioni soggettive della vittima. In tale modo la norma interverrebbe a livello più generale a difesa del mercato».

(26) Così INSOLERA, *Usura*, cit., 132.

(27) V. INSOLERA, *Usura*, cit., 132.

(28) Ritengono che le due fattispecie di usura ex art. 644 c.p. non siano omogenee quanto ad oggetto di tutela, INSOLERA, *Usura*, cit., 133 e CAVALLO, *Una nuova*, cit., 3223.

(29) La prima rilevazione trimestrale dei tassi effettivi globali medi è avvenuta con d.m. 22-3-1997, *G.U.*, n. 76 del 2-4-1997; la seconda con d.m. 24-6-1997, *G.U.*, n. 150 del 30-6-1997; la terza con d.m. 25-9-1997, *G.U.*,*n.* 228 del 30-9-1997; le successive con d.m. 23-12-1997, *G.U.*,*n.* 303 del 31-12-1997, con d.m. 23-3-1998, *G.U.*, n. 72 del 27-3-1998 e con d.m. 24-6-1998, *G.U.*, n. 150 del 30-6-1998.

(30) Il d.m. 23-9-1996 è pubblicato *G. U.*,*n.* 226 del 26-9-1996; il d.m. 24-9-1997, *G.U.*, n. 225 del 26-9-1997.

(31) Il d.m. 22-3-1997, all'art. 1, 2° co., ha precisato che i tassi effettivi globali medi «non sono comprensivi della commissione di massimo scoperto eventualmente applicata». Le Istruzioni della Banca d'Italia - il cui fondamentale valore di riferimento, per la verifica del rispetto del limite di usurarietà, è stato espressamente riconosciuto dall'art. 3, 2° co., del d.m. 22-3-1997, nonchè dai successivi decreti ministeriali di rilevazione trimestrale - hanno previsto, al par. C4, che, ai fini del calcolo del tasso, sono «inclusi: 1) le spese di istruttoria e di revisione del finanziamento; 2) le spese di chiusura della pratica; 3) le spese di riscossione dei rimborsi e di incasso delle rate se stabilite dal creditore; 4) il costo dell'attività di mediazione svolta da un terzo, se necessaria per l'ottenimento del credito; 5) le spese per le assicurazioni o garanzie, imposte dal creditore, intese ad assicurare al creditore il rimborso totale o parziale del credito in caso di morte, invalidità, infermità o disoccupazione del debitore; 6) ogni altra spesa contrattualmente prevista connessa con l'operazione di finanziamento». Sono invece «esclusi: a) le imposte e tasse; *b*) il recupero di spese, anche se sostenute per servizi forniti da terzi; *c*) le spese legali e assimilate; *d)* gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo; *e)* gli oneri applicati al cliente

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

indipendentemente dalla circostanza che si tratti di rapporti di finanziamento o di deposito; *f)* le spese connesse con i servizi accessori; g) le spese per le assicurazioni e garanzie diverse da quelle di cui al precedente punto 5». La Banca d'Italia ha poi precisato che «le penali a carico del cliente previste in caso di estinzione anticipata del rapporto, in quanto meramente eventuali, non sono da aggiungere alle spese di chiusura della pratica» e sono quindi escluse dal calcolo del tasso. In argomento, v. anche la circolare dell'AB.I. del 27-11-1996 (prot. LG/ST 6464).

(32) V. CAPERNA-LOTTI, in AA.VV, *Legge*, cit., 38; MANNA, *La nuova*, cit., 63; IZZO-SOLOMBRINO, *Le nuove*, cit., 22; SANTACROCE, *La nuova*, cit., 1540.

(33) V. C. Cost., 5/8-7-1971 n. 168, *GP*, 1972, I, 50, con riferimento all'art. 650 c.p. In senso conforme al testo, v. CAPERNA-LOTTI, in AA.VV., *Legge*, cit., 38; MUCCIARELLI, *Commento*, cit., 547.

(34) V. C. Cost., 14-6-1990 n. 282, *FI*, 1991, I, 3027, con riferimento alla l. n. 818/1984 in tema di certificato di prevenzione incendi. In senso contrario al testo, v. MANNA, *La nuova*, cit., 65, il quale perviene per altra via all'affermazione della compatibilità con la Costituzione dell'art. 644 c.p., nella prospettiva di una «tecnica incrociata» di tutela, «in quanto può fondatamente riconoscersi anche al provvedimento amministrativo, di fissazione del tasso usurario, la funzione di operare già a monte il bilanciamento di interessi, nell'ottica dell'art. 41, 2° co., della Costituzione, tra l'iniziativa economica privata, qui intesa sotto il profilo del mercato finanziario, ed i beni individuali, che in tal caso vengono in considerazione essenzialmente con riferimento al patrimonio dei singoli».

(35) In termini generali, sulla compatibilità con la riserva di legge dell'apporto di natura tecnica della fonte subordinata, v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. gen., Bologna, 1989, 63; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1988, 86.

(36) V. DONATO-MORERA, *Riflessioni*, cit., 55; FILOTTO, *L'usura e il sistema finanziario italiano*, in AA.VV., *L'usura*, cit., 154; TAGLIAVINI, *Fenomeni illegali e riflessi sul sistema bancario: l'«u-sura strumentale»*, in AA.VV., *L'usura*, cit., 178.

(37) Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1996, 214.

(38) Si vedano, in particolare, gli interventi degli On.li Grasso e Pecoraro Scanio nella seduta del 28-2-1996 della Commissione perm. Giustizia della Camera.

(39) Così come rilevato anche dall'allora Ministro di grazia e giustizia Caianiello: v. seduta del 28-2-1996 della Commissione perm. Giustizia della Camera.

(40) V. Cass., 26-6-1990, cit.; v. *supra*, par. 2 e nt. 15.

(41) V. CAPERNA-Lorn, in AA.VV., *Legge*, cit., 35; MUCCIARELLI, *Commento*, cit., 524.

(42) Così l'intervento dell'On. Pecoraro Scanio, cit.; v. anche l'intervento dell'On. Grasso, cit.

(43) Nello stesso senso v. CARACCIOLI, *Il reato*, cit., 1487; v. anche CRISTIANI, *Guida*, cit., 108.

(44) V. CAPERNA-LOTTI, in AA.VV., *Legge*, cit., 35.

(45) V. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 1992, 326; FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1992, 176; PROSDOCIMI, *Aspetti*, cit., 587.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(46) V. CAPERNA-LOTTI, in AA.VV., *Legge*, cit., 35; CRISTIANI, *Guida*, cit., 67; FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1996, 213; ANTOLISEI,*Manuale*, cit., 1996, 367; MUCCIARELLI, *Commento*, cit., 515.

(47) V. in particolare, nella seduta della Commissione perm. Giustizia della Camera del 28-9-1994, l'intervento dell'On. Saraceni - che per primo ha proposto un emendamento in tal senso - secondo il quale «il termine "utilità" valga a comprendere servizi non aventi carattere pecuniario».

(48) V. PROSDOCIMI, *La nuova*, cit., 775; MANNA, *La nuova*, cit., 75; *contra*, CARACCIOLI, *Il reato*, cit., 1485.

(49) V., per tutti, ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 1992, 329; Cass., 27-5-1992, *CP*, 1994, 1858; Id., 24-4-1990, *RP*, 1991, 817.

(50) V. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 372; CRISTIANI, *Guida*, cit., 40; CARACCIOLI, *Il reato*, cit., 1490; v. anche, con più ampie argomentazioni, MUCCIARELLI, *Commento*, cit., 568; CAVALLO, *Una nuova*, cit., 3227; SEVERINO DI BENEDETTO, *Riflessioni*, cit., 32.

(51) Nel primo senso, v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1996, 216; MANNA, *La nuova*, cit., 86, configura invece un reato «eventualmente permanente» qualora l'usura sia «contrassegnata da una perdurante "compressione" del patrimonio del soggetto passivo, conseguente allo stato di "soggezione" in cui versa quest'ultimo»; in senso analogo, v. SANTACROCE, *La nuova*,cit., 1542.

(52) V. CAPERNA-LOTTI, in AA.VV., *Legge*, cit., 44; PROSDOCIMI, *La nuova*, cit., 779, il quale parla di «quasi-permanenza»; PEDRAZZI, *Sui tempi*, cit., 663, il quale individua «una situazione assimilabile alla permanenza».

(53) L'emendamento poi sfociato nell'art. 644 ter c.p. è stato per la prima volta proposto, ma non illustrato, dai Sen.ri Laforgia e Favuzzi durante la seduta della Commissione Giustizia del Senato del 22-2-1996. Dopo l'approvazione al Senato, il disegno di legge è ritornato alla Camera dei Deputati, dove l'art. 644 ter è stato letto ed interpretato in modo contrastante (v. seduta della Commissione Giustizia del 28-2-1996): secondo l'On. Fragalà si tratta di una norma che incrina il sistema ordinamentale, perché «non tiene conto del principio per cui il termine di prescrizione decorre dalla consumazione del reato»; secondo l'On. Parenti la nuova norma «inquadra l'usura come reato permanente». Nella stessa seduta del 28-2-1996, l'On. Carlo Conti ha proposto un emendamento secondo cui il limite oltre il quale gli interessi diventano usurari «deve essere valutato con riferimento al momento di concessione del finanziamento». Nonostante il parere favorevole del Governo (rappresentato dal sottosegretario Ricciardi), tale emendamento è stato respinto, senza alcun dibattito sul punto. In definitiva, dall'esame dei lavori parlamentari sembra emergere la sensazione che il legislatore non abbia ponderato con attenzione le potenzialità innovative dell'art. 644 ter c.p., anche nei suoi riflessi sul modo di intendere l'intera fattispecie di usura.

(54) V. PROSDOCIMI, *La nuova*, cit., 779; CARACCIOLI, *Il reato*, cit., 1488. Sul carattere unitario del reato permanente, v., per tutti, RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova, 1988, 65.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(55) V., in termini generali, FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 153; MANTOVANI, *Diritto*, cit., 408.

(56) V. T. Velletri, G.E. ord., 3-12-1997, *BBTC*, 1998, I, per il quale «la dazione di interessi usurari successiva alla data della pubblicazione della prima rilevazione trimestrale del tasso globale medio, da sola considerata, è sufficiente ad integrare il reato di usura» anche quando derivi da contratti di mutuo a tasso fisso stipulati prima della fissazione del limite legale; T. Milano, 3-12-1997, *BBTC*, 1998, 1; v. però anche, in senso diverso, T. Roma, G.E. ord., 4-6-1998, *BBTC*, 1998, 1; T. Lodi, 17-3-1998, n. 116, Pres. Stolli, ined.

(57) V. nello stesso senso, con ampie motivazioni, SEVERINO DI BENEDETTO, *Riflessi*, cit., 24; PEDRAZZI, *Sui tempi*, cit., 663; *contra*, MUCCIARELLI, *Commento*, cit., 544; CARACCIOLI, *Il reato*, cit., 1488.

(58) Giunge alla medesima conclusione la circolare dell'A.B.I. del 20-3-1997, *Il Sole 24 Ore*, 27-3-1997, 23.

(59) V. PROSDOCIMI, *La nuova*, cit., 776; MANNA, *La nuova*, cit., 82; FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit. 1996, 216.

(60) Ai fini della conoscibilità dei decreti ministeriali, l'art. 2, 3° co., l. n. 108/1996 prevede che «Le banche e gli intermediari finanziari... e ogni altro ente autorizzato alla erogazione del credito sono tenuti ad affiggere nella rispettiva sede, in ciascuna delle proprie dipendenze aperte al pubblico, in modo facilmente visibile, apposito avviso contenente la classificazione delle operazioni e la rilevazione dei tassi...».

(61) Così MANNA, *La nuova*, cit., 83; CRISTIANI, *Guida*, cit., 146.

(62) V. PROSDOCIMI, *La nuova*, cit., 776.

(63) V. PROSDOCIMI, *La nuova*, cit., 776; MANNA, *La nuova*, cit.,

(64) V. già in riferimento alla previgente disciplina, BELLACOSA, *Usura*, cit., 4; MUCCIARELLI, *Commento*, cit., 138; in riferimento all'attuale normativa, CAPERNA-LOTTI, in AA.VV., *Legge*, cit., 37; PROSDOCIMI, *La nuova*, cit., 776; MANNA, *La nuova*,cit., 100; MUCCIARELLI, *Commento*, cit., 531.

(65) V. CAPERNA-LOTTI, in AA.VV., *Legge*, cit., 37.

(66) Così MANNA, *La nuova*, cit., 102.

(67) Così CAPERNA-LOTTI, in AA.VV., *Legge*, cit., 37.

(68) V. PROSODCIMI, *La nuova*, cit., 777; CRISTIANI, *Guida*, cit., 61; MANNA, *La nuova*, cit., 103.

(69) Così CRISTIANI, *Guida*, cit., 52; MANNA, *La nuova*, cit., 104. Per l'individuazione della «persona che svolge una attività imprenditoriale o professionale», già presente nell'abrogato delitto di usura impropria, si consenta il rinvio a BELLACOSA,*Usura*, cit., 3.

(70) Così PROSDOCIMI, *La nuova*, cit., 777; MANNA, *La nuova*, cit., 102.

(71) In argomento v. MANNA, *La nuova*, cit., 107; CAPERNA-LOTTI, in AA.VV, *Legge*, cit., 37 e 41; MUCCIARELLI, *Commento*, cit., 535 e 558.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(72) *Contra*, ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 1996, 373; in argomento, v. MUCCIARELLI, *Commento*, cit., 520.

(73) V. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 1996, 373; FIANDACA-MUSCO, *Diritto*, cit., 1996, 218; MANNA, *Guida*, cit., 94.

APPROPRIAZIONE INDEBITA

GIURISPRUDENZA

Cass. pen. Sez. II, 28/09/2018, n. 52598
C.D.

APPROPRIAZIONE INDEBITA
L'interversione del possesso, da cui decorre il termine per proporre querela, decorre nel momento in cui al legittimo proprietario viene negato il diritto di riappropriarsi dei propri beni personali.

FONTI
Massima redazionale, 2019

Tribunale Firenze Sez. I Sent., 20/07/2018
APPROPRIAZIONE INDEBITA
In tema di reati contro il patrimonio, in materia di appropriazione indebita per cosa mobile di cui all'art. 646 c.p.deve intendersi qualsiasi entità di cui sia possibile la fisica detenzione, sottrazione, impossessamento od appropriazione e che sia in grado di spostarsi autonomamente ovvero di essere trasportata da un luogo ad un altro.

FONTI
Massima redazionale, 2018

Cass. pen. Sez. VI, 11/07/2018, n. 45465
R.M.

APPROPRIAZIONE INDEBITA
La condotta di colui che, nell'esercizio della funzione di addetto alle vendite di titoli di viasggio al pubblico presso una stazione fettoviaria, si appropri del denaro corrispondente al prezzo del biglietto, integra il reato di cui all'art. 646 c.p. e non quella di cui all'art. 314 c.p., atteso che la partecipazione dell'addetto alla biglietteria alla conclusione, di fatto meccanizzata, di contratti di trasporto del tutto standardizzati e all'incasso dei corrispettivi, anch'essi predefiniti nel loro ammontare, è connotata da assoluta serialità e dall'assenza di qualsiasi discrezionalità o impegno ideativo rispetto alle analoghe funzioni assicurate da apparecchi automatici di vendita.

FONTI
Quotidiano Giuridico, 2018

Cass. pen. Sez. II, 09/05/2018, n. 23077
I.S.

APPROPRIAZIONE INDEBITAQUERELA

Sebbene il reato di appropriazione indebita aggravato dall'abuso di relazioni d'ufficio sia divenuto procedibile a querela, non è necessario dare avviso alla persona offesa, perché decida se manifestare o non la propria volontà punitiva, quando la stessa si sia costituita parte civile, restando irrilevante il successivo abbandono del processo e, comunque, quando prima della modifica normativa sia decorso il termine di prescrizione del reato.

FONTI

Foro It., 2018, 7-8, 2, 417

Cass. pen. Sez. V, 19/04/2018, n. 26020
G.

APPROPRIAZIONE INDEBITA

Posto che i coniugi possono di comune accordo far cessare gli effetti della sentenza di separazione, senza che sia necessario l'intervento del giudice, con una espressa dichiarazione o con un comportamento non equivoco che sia incompatibile con lo stato di separazione, non è punibile per il reato di cui all'art. 646 c.p. colui che ha commesso il fatto in danno del coniuge con il quale, in quel momento, non era più legalmente separato, in quanto il decreto di omologa della separazione era stato posto nel nulla dalla riconciliazione avvenuta in precedenza.

FONTI

Cass. pen. Sez. V Sent., 19/04/2018, n. 26020 (rv. 273232)
AZIONE PENALE TRA CONGIUNTI CAUSE DI NON PUNIBILITA'Cause di non punibilitàin genere

REATI CONTRO IL PATRIMONIO - Delitti - Fatti commessi a danno di congiunti - Non punibilità - Fatto commesso successivamente alla riconciliazione, ancorché prima della relativa sentenza - Operatività della causa di non punibilità ex art. 649 cod. pen. - Ragioni - Fattispecie

La causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 649, comma primo, n. 1, cod. pen. è operativa anche nei confronti di coniugi "riconciliati" pur se al momento della commissione del fatto non sia ancora intervenuta la sentenza di riconciliazione, poichè essa determina la cessazione degli effetti della precedente separazione omologata, non già con effetto "ex nunc" ma a far data dal ripristino della convivenza spirituale e materiale della vita coniugale, considerato che, ai sensi dell'art.157 cod. civ., i coniugi possono far cessare gli effetti della sentenza di separazione anche con una espressa dichiarazione o con un comportamento non equivoco incompatibile con lo stato di separazione. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso la sussistenza del reato di appropriazione indebita, applicando il principio e ritenendo configurabile l'esimente a fatti commessi quando la riconciliazione tra i coniugi era già intervenuta di fatto). (Annulla in parte senza rinvio, App. Palermo, 29/09/2017)

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

FONTI

CED Cassazione, 2018

PENALE - Frodi comunitarie di Giovanni Maria Soldi

(Anno di pubblicazione: 2008)

Mostra bibliografia

Mostra riferimenti

Sommario: 1. La nozione di "frode comunitaria". - 2. La legislazione sovranazionale a protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee. - 3. Le fattispecie di reato previste in materia dal codice penale. - 4. Le frodi all'Iva: i reati previsti dalla disciplina penale tributaria. - 5. I rimedi introdotti dal legislatore italiano. - 6. I nuovi possibili contrasti al fenomeno delle frodi comunitarie. - 7. Conclusioni.

1. La nozione di "frode comunitaria".

Il fenomeno delle frodi comunitarie rappresenta oggetto di grande interesse non solo per le dimensioni assunte, che già di per sé costituirebbero un evidente segnale di allarme, ma soprattutto in considerazione della gravità delle dirette conseguenze sulla corretta allocazione dei flussi finanziari nell'ambito dell'Unione europea.

In via preliminare è necessario dare una visione d'insieme della frode stessa, analizzando la normativa comunitaria e gli organismi deputati al contrasto, nonché la legislazione nazionale e le varie fattispecie incriminatrici in materia.

In primo luogo, il concetto di frode deve essere distinto da quello di "irregolarità".

Quest'ultima, infatti, ha un significato più ampio e generale e ricomprende in sé stessa anche la frode, che ha per lo più carattere penale, e può considerarsi una species da inserire nel più ampio genus della irregolarità, la quale invece ha qualità essenzialmente amministrativa ed è rappresentata da qualsiasi violazione di una disposizione del diritto comunitario derivante da un'azione o da un'omissione di un operatore economico che abbia - o possa avere - per conseguenza un pregiudizio al bilancio generale della Comunità o ai relativi bilanci da questa comunque gestiti, mediante la diminuzione o finanche la soppressione integrale di entrate provenienti da risorse percepite direttamente, ovvero per conto della Comunità, o comunque una spesa indebita.

Proprio in quanto denotata da una maggiore "specialità", la frode implica strumenti di repressione più incisivi e diversificati, oltre ovviamente un coinvolgimento più ampio degli organi giudiziari.

La frode comunitaria inoltre può a buona ragione essere definita un crimine dall'aspetto "speciale" in quanto non pare potersi considerare un singolo reato al pari degli altri, poiché si manifesta come un vero e proprio fenomeno complesso, che si articola, di norma, in una serie coordinata di reati minori, di "passaggi", di attività, talune delle quali molto spesso coinvolgenti gli apparati del sistema pubblico di controllo ed erogazione degli aiuti comunitari di ciascuno Stato membro. Deve altresì

considerarsi "speciale", in quanto il danno che apporta alle casse dei singoli Stati membri e di quelle dell'Unione europea - stimato, dagli esperti di economia, nel 2,5% del prodotto interno lordo - è oltremodo rilevante, paragonabile a quello cagionato da ben pochi altri reati. Si comprende, allora, quanto e perché il fenomeno sia importante e necessiti di una urgente presa di posizione per contrastarlo. Ciò a maggior ragione se si pensa che la realizzazione di alcuni degli scopi istituzionali della Comunità europea, individuati dall'art. 2 del Trattato CE [1], passa necessariamente attraverso una serie di strumenti operativi, tra i quali vanno annoverati i fondi, di diverso genere e natura, erogati in favore di determinate categorie di soggetti.

Una svolta significativa in materia si è avuta proprio quando la Comunità europea è stata dotata di proprie risorse di bilancio, che hanno sostituito il vecchio sistema tradizionalmente legato alle contribuzioni da parte dei diversi Stati membri.

L'art. 269 del Trattato CE, infatti, stabilisce che «il bilancio, fatte salve le altre entrate, è finanziato integralmente tramite risorse proprie», identificate dall'art. 2 della Decisione del Consiglio del 28-9-2000, n. 597.

Le patologie che colpiscono le diverse voci di bilancio, siano esse direttamente o indirettamente correlate ai fondi e/o alle sovvenzioni erogate dalla Comunità, devono quindi essere analizzate congiuntamente e altrettanto unitariamente contrastate con la medesima intensità.

Al fine di potenziare gli strumenti di contrasto a tali fenomeni, gli Stati membri hanno adottato in data 26-7-1995 una Convenzione elaborata in base all'art. K3 del Trattato sull'Unione europea [2] relativa proprio alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (c.d. Convenzione P.I.F.) confluita poi all'interno del Regolamento CE n. 2988/95 del Consiglio del 18-12-1995, insieme al Protocollo aggiuntivo del 27-9-1996 [3] e al Protocollo addizionale del 19-6-1997 [4] (c.d. "strumenti T.I.F."), - con la specifica finalità di armonizzare le diverse legislazioni nazionali obbligando, in tal modo, i singoli ordinamenti a garantire alle finanze comunitarie un più elevato ed adeguato livello di protezione -, nella quale all'interno dell'art. 1 si delinea in modo tuttavia generico ciò che si debba intendere con l'accezione di «frode comunitaria».

Prima di esaminare la più recente definizione di frode, così come individuata dalla Convenzione P.I.F., è bene ricordare che una definizione simile era già contenuta nella terza relazione della Commissione europea, compilata ogni tre anni ex art. 12, par. 3del Regolamento CEE n. 1553/89 del 29-5-1989, in cui si intendeva per frode «qualsiasi attività che, violando direttamente delle norme giuridiche abusandone in modo illegale, porta a sottrarsi volontariamente all'adempimento corretto degli obblighi fiscali e, di conseguenza, ad una mancata imposizione di qualsiasi base imponibile e/o al mancato pagamento dell'imposta».

La Convenzione P.I.F., invece, nel suo art. 3, specifica che costituisce frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee: «in materia di spese, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio generale delle Comunità europee o dai bilanci

gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse; alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto; alla distrazione di fondi per fini diversi da quelli per cui essi sono stati inizialmente concessi».

In materia di entrate, invece, costituisce atto di frode «qualsiasi azione od omissione relativa: all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale delle Comunità europee o dei bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse; alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto; alla distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, cui consegua lo stesso effetto».

La Convenzione dispone altresì che gli Stati membri possono stabilire l'importo minimo al fine di definire una frode grave, obbligatoriamente assoggettata alla cooperazione estradizionale; tale importo, tuttavia, non deve superare i 50.000 euro.

Per obbligo convenzionale, siffatte condotte devono essere passibili nell'ambito degli Stati membri «di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi di frode grave, pene privative della libertà che possono comportare l'estradizione».

Emerge, quindi, come la comune nozione di frode accolta dalla Convenzione miri ad una protezione penale quanto più forte ed omogenea del bilancio comunitario nei confronti di quelle manovre volte ad ottenere con l'inganno l'indebita percezione di contributi ovvero l'indebita sottrazione a prelievi.

È altresì evidente che la omnicomprensiva nozione di frode delineata dalla normativa sovranazionale assuma un'accezione più ampia rispetto al tradizionale significato criminologico ad essa dato dall'ordinamento giuridico italiano, dove generalmente si intende per frode un comportamento ingannatorio posto in essere al fine di ottenere un indebito vantaggio di tipo patrimoniale.

La naturale conseguenza, pertanto, è che all'interno del genus delle frodi comunitarie rientrano tutta una serie di comportamenti più o meno specifici, quali le frodi consumate - direttamente o tramite gli organismi italiani di settore, quali l'AIMA, o tramite il Fondo di rotazione per l'attuazione delle politiche comunitarie - in danno degli altri Fondi strutturali europei, e cioè quegli strumenti finanziari attraverso i quali l'Unione europea persegue la coesione economica e sociale degli Stati membri (5).

Seppure sia palese la delicatezza del patologico fenomeno delle frodi comunitarie e la pertinenza essenzialmente sovranazionale degli interessi lesi dalle attività fraudolente, attualmente il sistema riconosce solo agli Stati membri dell'Unione l'esercizio del potere normativo in materia penale e, quindi, l'attuazione del corrispondente potere sanzionatorio nei confronti di tutti i soggetti che siano accertati quali responsabili di fatti di reato che possano rientrare nella definizione di frode comunitaria.

Di seguito si analizzerà pertanto la normativa che l'Unione ha costruito a baluardo dei propri beni giuridici, con specifico riguardo ai suoi interessi finanziari.

2. La legislazione sovranazionale a protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee.

Il Trattato di Amsterdam [6] ha apportato un cambiamento importante in materia di tutela degli interessi finanziari comunitari, sostituendo il vecchio art. 209 A del Trattato CE con l'art. 280.

Il previgente art. 209 A, al fine di armonizzare le legislazioni repressive degli Stati membri, sanciva, seppure limitatamente alla funzione di contrasto delle «frodi che ledono gli interessi finanziari della Comunità», il principio dell'assimilazione tra la tutela dei beni giuridici comunitari e quella dei beni nazionali analoghi. Al riguardo, infatti, l'articolo stabiliva che: «Gli Stati membri adottano, per combattere le frodi che ledono gli interessi finanziari della Comunità, le stesse misure che adottano per combattere le frodi che ledono i loro interessi finanziari».

Dalla sancita assimilazione deriva che l'intero settore della tutela degli interessi finanziari comunitari va ad integrare un sistema repressivo costituito da una pluralità di fattispecie penali di rinvio che, interne ai singoli ordinamenti nazionali, possono pure presidiare oggettività giuridiche diverse.

L'art. 209 A, come detto, è stato sostituito dall'art. 280, che, nella sua attuale formulazione, costituisce il perno fondante l'intero sistema di tutela degli interessi finanziari comunitari. Diversamente dal passato, è prevista la partecipazione paritaria degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie alla lotta contro gli illeciti che ledono gli interessi finanziari comunitari.

La nuova disposizione obbliga la Comunità, allo stesso titolo degli Stati membri, ad adottare tutte le misure che permettano di tutelare gli interessi finanziari comunitari in modo efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri.

Per realizzare tale obiettivo, l'art. 280 del Trattato CE prevede che «La Comunità e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari della Comunità stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari (...) Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, previa consultazione della Corte dei Conti, adotta le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri. Tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri». In quest'ambito di applicazione, l'art. 280 del Trattato CE costituisce quindi la base giuridica specifica per l'adozione di misure nel settore della tutela degli interessi finanziari comunitari.

L'art. 280 suddetto, riferendosi non soltanto alle frodi, ma anche «alle altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari della Comunità» lascia maggiore spazio non solo alla funzione di contrasto dei fenomeni illeciti - anche corruttivi - lesivi degli

interessi finanziari comunitari, ma anche laddove postula «misure che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri» ad interventi volti alla più efficace armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri.

La formulazione dell'art. 280 conferma, dunque, l'evoluzione avutasi nell'oggetto della tutela apprestata dalle Convenzioni adottate sulla base dell'originario "terzo pilastro". Dalla definizione di frode recata dalla Convenzione P.I.F., conforme all'impostazione tradizionale limitata a definire le fattispecie che attentano alle entrate ed alle uscite del bilancio, si è passati alla inclusione, nell'ambito della tutela delle risorse finanziarie comunitarie, prima, della corruzione in cui sono coinvolti funzionari nazionali e/o comunitari e, successivamente, del riciclaggio del denaro proveniente da tali illeciti.

L'indicata evoluzione riconosce al bilancio comunitario un ruolo strumentale e registra lo spostamento della centralità della tutela verso la funzione che esso esplica.

La Convenzione P.I.F. e i Protocolli sopra richiamati, adottati e firmati dagli Stati membri nell'ambito del "terzo pilastro" del Trattato sull'Unione europea costituiscono quindi gli elementi importanti di una base comune di tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione, nella misura in cui disciplinano taluni aspetti attinenti al diritto sostanziale e alla cooperazione giudiziaria in materia.

Il primo Protocollo menzionato - come rileva il preambolo - muove infatti nella consapevolezza «del fatto che gli interessi finanziari delle Comunità europee possono essere lesi o minacciati da altri illeciti penali, in particolare quelli costituenti atti di corruzione commessi da funzionari sia nazionali sia europei, o a danno di questi, responsabili della riscossione, della gestione o della spesa dei fondi comunitari ovvero del loro controllo»; e considera «importante, per un'azione efficace contro questi atti aventi ramificazioni internazionali, che il diritto penale degli Stati membri ne valuti in maniera convergente la natura perseguibile». Prevede quindi per le parti contraenti l'obbligo specifico di incriminazione delle condotte di corruzione commesse da e nei riguardi di funzionari delle Comunità, e di altri Stati membri nei limiti della connessione di questi comportamenti col pregiudizio subito dalle finanze comunitarie. A questa previsione si accompagna la ricerca di una armonizzazione delle fattispecie penali contenute negli ordinamenti interni e la fissazione di adeguate norme di competenza e di cooperazione reciproca che tendono a rendere possibile la proposizione dell'azione penale pressoché nella totalità dei comportamenti illeciti che in materia si possano verificare. Tali criteri sono peraltro derogabili dalle parti contraenti, tramite apposite dichiarazioni, tranne quello - prioritario - che stabilisce la competenza delle giurisdizioni nazionali quando l'illecito sia commesso, in tutto o in parte, nel territorio dello Stato. A questo Protocollo - come detto - se ne è aggiunto un secondo che dispone in tema di responsabilità delle persone giuridiche e relative sanzioni, di riciclaggio, di confisca, di cooperazione tra i servizi della Commissione delle Comunità e Stati nelle inchieste in materia di frodi e in quelle relative alla protezione dei dati. Gli strumenti convenzionali sopra ricordati hanno l'ambizione di andare sia oltre il principio di assimilazione - che non può di per sé ovviare a tante diversità di disciplina tra i vari ordinamenti - sia oltre l'aspetto della mera protezione

degli interessi finanziari delle Comunità. Si fa comunque uso del principio di assimilazione in rapporto all'obbligo fatto alle parti contraenti di incriminare (al di fuori della previsione di sanzioni amministrative) la tipica condotta fraudolenta oppure l'istigazione alla frode, il tentativo di frode e la complicità nella stessa, senza tuttavia accogliere la proposta di prevedere l'obbligo di definire la frode comunitaria quale infrazione specifica.

Evidentemente, come si dirà meglio in seguito, la mancanza di una definizione comune, nel diritto penale sostanziale degli Stati membri, dei comportamenti illegali che ledono gli interessi finanziari comunitari rende estremamente difficile, se non addirittura impossibile, la repressione delle frodi transnazionali e la cooperazione a livello europeo. La disparità fra le sanzioni penali degli Stati membri, che non sempre si rivelano efficaci, proporzionate e dissuasive come invece richiede la Corte di Giustizia delle Comunità europee, offrono opportunità a comportamenti illeciti ai danni del patrimonio della Comunità.

A proposito di questo è necessario tuttavia segnalare che il triennio 1995-1997 ha visto l'elaborazione, parallela a quella delle convenzioni sul "terzo pilastro", anche del Corpus juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea. L'opera è stata realizzata dalla «Associazione dei giuristi europei per la protezione degli interessi finanziari della Comunità» sotto la direzione della Prof. Mireille Delmas-Marty (Università della Sorbona, Parigi), su richiesta del Parlamento europeo e sotto l'egida della Commissione europea [(7)].

La ratio del Corpus juris risiede nella necessità di operare un salto di qualità nelle tecniche di tutela degli interessi finanziari comunitari, mediante il superamento dei concetti di cooperazione e di armonizzazione e l'affermazione del concetto di "unificazione del diritto".

Il Corpus juris, infatti, amplia il novero delle fattispecie delittuose a tutela degli interessi finanziari comunitari, affiancando alla triade originaria (frode, corruzione e riciclaggio), la frode in materia di appalti, l'abuso d'ufficio, la malversazione, la rivelazione di segreti d'ufficio e l'associazione per delinquere, ponendosi come l'ideale punto di approdo di processi di convergenza delle legislazioni penali allorché nella loro evoluzione essi pervengono a forme di difesa uniformi e non più soltanto compatibili, con caratteristiche dogmatiche salienti. Vengono infatti contemplati conflitti sociali di natura "monoculturale" perché di esclusiva afferenza economica, dunque resi oggetto di un modello di diritto sanzionatorio economico orientato alla gestione amministrativa dell'illegalità, piuttosto che al suo contenimento sociale secondo un'ottica general-preventiva.

Dall'insieme della normativa comunitaria fino ad ora esaminata, emerge che il fine ultimo del nuovo sistema di tutela è quello di reprimere e sanzionare ogni attività causalmente idonea a pregiudicare la corretta attuazione delle politiche comunitarie, attraverso l'indebita e/o fraudolenta distrazione dei fondi costituenti le voci del bilancio comunitario dai loro scopi istituzionali.

L'Unione europea, tuttavia, doveva dotarsi di un organo deputato a perseguire e raggiungere gli obiettivi prefissati.

Proprio al fine di potenziare i suoi strumenti di lotta contro le frodi e le attività illecite lesive degli interessi finanziari della Comunità, quindi, la Commissione ha istituito mediante la Decisione n. 1999/352/CE, CECA, del 28-4-1999, l'Ufficio Europeo per la Lotta Anti-Frode (Olaf). L'Ufficio è nato l' 1-6-1999, data di entrata in vigore del Regolamento CE n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, e del Regolamento (Euratom) n. 1074/1999 del Consiglio, entrambi del 25-5-1999, e relativi alle indagini svolte dall'Ufficio per la lotta antifrode. L'Olaf ha sostituito la Task Force "Coordinamento della lotta antifrode" (Uclaf) del Segretariato generale della Commissione del 1988, con una competenza molto più ampia, in quanto «la tutela degli interessi finanziari delle Comunità riguarda non solo la gestione degli stanziamenti di bilancio, ma si estende a qualsiasi misura che incida o possa incidere sul loro patrimonio» (8). La responsabilità dell'Ufficio si estende oltre che alla tutela degli interessi finanziari, anche a «tutte le attività connesse alla tutela degli interessi comunitari contro comportamenti irregolari perseguibili in sede amministrativa o penale»; l'Olaf esercita inoltre le competenze della Commissione in materia di «indagini amministrative esterne» con un mandato che comprende, oltre alla lotta contro la frode, la corruzione e qualsiasi altra attività illecita lesiva degli interessi finanziari delle Comunità, anche il compito di ricercare «qualsiasi fatto o atto compiuto in violazione di disposizioni comunitarie» (9), compresi i «fatti gravi» connessi con l'esercizio di attività professionali.

Si tratta in questi casi di quei «fatti o atti» che possono costituire un inadempimento, perseguibile in via disciplinare o penale, degli obblighi dei funzionari e agenti delle Comunità (personale statutario), e di tutti gli altri soggetti operanti nell'ambito delle istituzioni e degli organi comunitari (compresi i membri delle istituzioni e degli organi stessi), nonché i dirigenti, per i quali possono essere avviate le cosiddette indagini interne, regolate dall'art. 4 del Regolamento CE n. 1073/1999.

La valenza strumentale dell'integrità del bilancio comunitario ed il buon andamento della funzione pubblica comunitaria si delineano, dunque, quali beni giuridici che, sorti nell'ambito dell'ordinamento sovranazionale, in forza dell'art. 11 della Costituzione italiana si impongono all'attenzione del nostro legislatore penale, cui è demandato il compito di adattare le fattispecie punitive esistenti - in virtù del citato principio di assimilazione - alle nuove esigenze di tutela, in modo tale che le condotte da esse considerate costituiscano un illecito penale.

3. Le fattispecie di reato previste in materia dal codice penale.

a) *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ex art. 640 bis c.p.*

Nell'analisi delle fattispecie di reato introdotte dal legislatore italiano per far fronte agli obblighi assunti in campo comunitario, non si può prescindere dall'individuare quel bene giuridico che possa racchiudere in sé tutte le figure di reato poste a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea; esso può riconoscersi nell'interesse legato alla integrità del bilancio sotto il profilo dell'acquisizione delle entrate e della

corretta allocazione delle uscite, per quel che concerne i delitti di frode intesi nella più ampia eccezione.

In materia di frodi comunitarie, nell'ordinamento giuridico italiano la prima fattispecie di reato richiamata è la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche prevista dall'art. 640 bis c.p., introdotta all'interno del codice grazie all'art. 22 legge 19-3-1990, n. 55 [10].

Con questo atto normativo, il legislatore ha voluto offrire una tutela penale chiara ed evidente agli interessi finanziari dell'Unione europea, incriminando sia la fraudolenta captazione che l'indebita utilizzazione delle sovvenzioni e dei contributi erogati in attuazione della politica comunitaria.

Da un lato lo scopo è stato quello di inasprire la pena, elevandola nel massimo fino a sei anni di reclusione; dall'altro di estenderla anche alle ipotesi in cui la parte lesa fosse la Comunità europea, atteso che tali organismi sopranazionali facevano fatica a rientrare nel concetto di «altro ente pubblico» cui fa riferimento l'art. 640, 2° co., n. 1, c.p.

Attraverso il precetto di cui all'art. 640 bis c.p., si punisce con la reclusione da uno a sei anni, appunto, la condotta di truffa se il fatto di cui all'art. 640 c.p. riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee.

Come si evince dal tenore della norma, si richiama espressamente il fatto di cui all'art. 640 c.p., collocato nel Capo II del Titolo XIII del codice penale dedicato ai delitti contro il patrimonio realizzati mediante frode, ed è pertanto a tale fattispecie criminosa che si deve fare necessariamente riferimento per comprendere la struttura dell'art. 640 bis c.p. La struttura costitutiva del reato di truffa, quindi, viene completamente mutuata dall'art. 640 bis c.p. per reprimere le frodi in danno dello Stato, degli altri enti pubblici o, nel caso che ci occupa, delle Comunità europee; l'unico elemento differenziante, infatti, è rappresentato dalla particolare natura dell'atto di disposizione patrimoniale che deve consistere in un contributo, un finanziamento, un mutuo agevolato o un'erogazione dello stesso tipo, concesso o erogato dalle Comunità europee.

Stante l'evidente assonanza con il delitto di truffa di cui all'art. 640 c.p., la prima difficoltà si è posta nell'identificare l'art. 640 bis c.p. quale circostanza aggravante del reato di truffa o fattispecie autonoma di reato. Sul punto, giurisprudenza e dottrina hanno formato nel tempo due distinti orientamenti: il primo, del tutto prevalente, riconosceva nella previsione di cui all'art. 640 bis c.p. una fattispecie autonoma di reato e non una circostanza aggravante dell'illecito previsto dall'art. 640 c.p., sostenendo, ad esempio, che il reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, al di là della non vincolante terminologia usata nella rubrica, si caratterizzasse per una serie di elementi differenziali, quali il bene giuridico protetto, l'enunciazione del fatto incriminato nell'ambito di una norma specifica, la differente

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO
portata della pena, nonché il suo inserimento all'interno del codice per mezzo di una legge speciale.

Il secondo orientamento, invece, sostenuto dalla giurisprudenza minoritaria ma dalla prevalente dottrina, accoglieva la tesi contraria che vedeva nella previsione di cui all'art. 640 bis c.p. una semplice ipotesi aggravata della figura base del delitto di truffa.

A porre fine a questa schermaglia durata anni intervenirono nel 2002 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (11) che, aderendo a sorpresa alla tesi minoritaria sopra esposta, statuirono che «la truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche previste dall'art. 640 bis del codice penale costituisce una circostanza aggravante del delitto di truffa di cui all'art. 640 dello stesso codice e non una figura autonoma di reato».

Il Supremo Consesso, per risolvere questo spinoso problema, ha ritenuto decisivo il criterio strutturale della descrizione del precetto penale.

Infatti, è proprio la struttura della fattispecie di cui all'art. 640 bis c.p., definita attraverso il richiamo agli elementi essenziali del delitto di truffa da un lato, e, dall'altro, con l'introduzione di un elemento specifico (ovvero le erogazioni pubbliche) estraneo alla truffa stessa, che denota inequivocabilmente la volontà del legislatore di configurare una circostanza aggravante, e non un titolo autonomo di reato.

Ciò premesso, e tornando alla descrizione della fattispecie ex art. 640 bis c.p., si nota che essa non muta pertanto gli elementi essenziali del delitto di truffa - non quelli materiali né psicologici - ma introduce solamente un oggetto materiale specifico che può tradizionalmente essere considerato come "circostanziale", dove prevede che la condotta fraudolenta del soggetto attivo e la disposizione dell'ente pubblico riguardino contributi, finanziamenti, mutui agevolati od altre erogazioni dello stesso tipo.

Dunque, tra il reato-base e quello circostanziato intercorre un rapporto di specialità "unilaterale", nel senso che il secondo include tutti gli elementi essenziali del primo, con la specificazione o l'aggiunta di alcuni fattori circostanziali.

Inoltre, la specialità caratterizzante l'art. 640 bis c.p. rispetto alla truffa semplice, è in realtà duplice, poiché riguarda sia l'oggetto materiale della condotta dell'agente e della disposizione patrimoniale del soggetto passivo, sia la natura pubblica del soggetto passivo (Stato, enti pubblici o Comunità europea).

Dopo avere chiarito l'inquadramento sistematico dell'art. 640 bis c.p. da parte della giurisprudenza di legittimità, residua ora la più completa analisi dei propri elementi costitutivi, e di quali siano le condotte idonee ad assumere una rilevanza penale.

Ebbene, l'oggetto della tutela penale prevista dalla norma di cui all'art. 640 bis c.p. pare essere costituito dall'interesse erariale specifico individuato nella necessità di apprestare una particolare protezione giuridica ai fondi stanziati dallo Stato, da altro ente pubblico nazionale o dalle Comunità europee per attività di sovvenzione e incentivazione a sostegno dell'economia e delle attività produttive, ponendo l'argine di una apposita sanzione penale al diffuso fenomeno della captazione abusiva di finanziamenti ed altre erogazioni pubbliche.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Il tipo di bene tutelato pone subito in evidenza la caratteristica di reato a duplice offensività, poiché attraverso la tutela da condotte fraudolente del patrimonio pubblico destinato alla sovvenzione delle attività private, viene indirettamente ma sicuramente tutelato anche il diverso bene giuridico, di rilevanza costituzionale rappresentato dal buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.). Attraverso tale principio, il legislatore garantisce che l'Amministrazione Pubblica sia posta in grado di operare, ed effettivamente operi, nel modo più corretto possibile, secondo i noti criteri di efficacia, efficienza, prontezza, semplicità, regolarità, trasparenza, economicità e redditività. Sono oggetto di specifica repressione, infatti, quei comportamenti che, mediante l'accaparramento di fondi fraudolentemente sottratti alle finalità di interesse generale per le quali vengono stanziati, determinano in ultima battuta uno sviamento del regolare svolgimento dell'attività dei pubblici ufficiali preposti ad interventi di assistenza e sostegno all'economia.

L'oggetto materiale del delitto ex art. 640 bis c.p., anche secondo la giurisprudenza [12], è costituito da ogni attribuzione economica agevolata erogata dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee, comunque denominata: contributi e sovvenzioni (erogazioni a fondo perduto), finanziamenti (cessioni di credito a condizioni vantaggiose per impieghi determinati), mutui agevolati (caratterizzati, rispetto ai finanziamenti, dalla maggior ampiezza dei termini di restituzione), mentre è tuttora assente una definizione normativa unitaria e sufficientemente tipizzata della nozione di «erogazione pubblica» rilevante ai fini della configurabilità del delitto in esame, seppure nel tempo l'elaborazione giurisprudenziale sia intervenuta per tentare di colmare tale lacuna.

I concetti sopra esposti necessitano di una più specifica puntualizzazione, soprattutto perché richiamati nelle altre ipotesi di reato introdotte dal nostro legislatore in ossequio al principio di assimilazione. In ordine al «finanziamento», v'è da sottolineare che esso è sostanzialmente un credito agevolato, che garantisce al soggetto beneficiario la concessione del denaro pubblico a condizioni più favorevoli rispetto a quelle di mercato, date le finalità a cui esso è destinato; esse possono riguardare i tassi di interesse, i tempi di rimborso oppure l'assegnazione di quote di riserva dell'erogazione.

Tale circostanza giustifica l'applicazione del precetto sanzionatorio nel caso in cui il privato violi l'accordo con lo Stato o l'ente pubblico relativamente al vincolo di destinazione delle somme erogate.

Le «sovvenzioni» di cui parla la norma, invece, sono rappresentate da attribuzioni pecuniarie a fondo perduto di carattere gestorio concesse dalla p.a. senza obbligo di restituzione per il beneficiario.

I «contributi», infine, si dividono in conto capitale e in conto interesse; i primi sono concessi a fondo perduto agli imprenditori che versano in determinate condizioni e vengono solitamente destinati verso attività produttive, come miglioramenti fondiari o la costruzione di nuovi impianti. Con i secondi lo Stato e gli enti pubblici si fanno

carico di parte degli interessi dovuti per operazioni di credito, talvolta dell'intero ammontare.

Come si legge nel dettato normativo, gli organi autorizzati all'erogazione dei finanziamenti, contributi e sovvenzioni sono lo Stato e gli enti pubblici; mentre nessun problema si pone per la ricomprensione in tale categoria degli enti pubblici territoriali, in mancanza di un limite espresso in tal senso, difficoltà sono sorte proprio in ordine alle erogazioni comunitarie. Infatti il riconoscimento della Cee quale persona giuridica internazionale (art. 6 Trattato CECA), non ha attribuito alla medesima una potestà legislativa immediatamente applicabile nel territorio italiano, rendendosi a tal fine necessario l'intervento di una legge statale.

Come si è poc'anzi esposto, il reato di cui all'art. 640 bis c.p. fa espresso rinvio al «fatto di cui all'art. 640 c.p.», così richiamando quella condotta propria di chi, con artifizi e raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno. È pertanto necessario esaminare il fatto tipico del reato di truffa, per poi rapportarlo alla fattispecie di truffa aggravata qui in esame.

Come è noto, il reato di truffa è caratterizzato da tre passaggi fondamentali rappresentati dalla realizzazione da parte del soggetto attivo di artifizi e raggiri, dall'induzione in errore del soggetto passivo e, infine, dal conseguente atto di disposizione patrimoniale che provoca all'agente o ad altri un profitto ingiusto, con altrui danno.

Secondo la dottrina prevalente, l'artificio consiste in una manipolazione o una trasfigurazione della realtà esterna, provocata mediante la simulazione di circostanze inesistenti o la dissimulazione di circostanze inesistenti, mentre il raggiro consiste, invece, in una attività simulatrice sostenuta da parole o argomentazioni atte a far scambiare il falso per il vero; i raggiri, dunque, possono esaurirsi in una semplice attività di persuasione che influenzi la psiche altrui.

Da ciò consegue che la norma di cui all'art. 640 bis c.p. potrà, quindi, trovare applicazione soltanto nell'ipotesi in cui la condotta del soggetto attivo si realizzi con una delle due modalità indicate dalla norma. La dottrina e la giurisprudenza, tuttavia, nel corso del tempo hanno ampliato a dismisura la portata applicativa della norma stessa, ricorrendo a due differenti percorsi interpretativi.

Mentre la dottrina valorizza la previsione normativa della necessaria sussistenza degli artifizi e raggiri ai fini della integrazione della truffa, nella giurisprudenza infatti prevale un orientamento svalutativo della portata definitoria e precettiva della previsione normativa.

Muovendo dal presupposto che la locuzione «artifici e raggiri» è prevista dal legislatore solo a fini esemplificativi, non potendosi prevedere normativamente le innumerevoli modalità realizzative della truffa, la giurisprudenza ricostruisce il reato in esame su base meramente causale, nel senso di ritenere provata l'esistenza degli artifici e raggiri ogni qual volta sia dimostrata l'induzione in errore della vittima. In tal senso si è affermato che gli artifici e raggiri necessari per integrare il delitto di truffa non consistono solo in espressioni verbali fraudolente, ma anche in una messa

in scena fittizia ed in genere in un comportamento comunque idoneo a trarre in inganno la vittima (13), ed ancora che gli artifici e raggiri possono anche non consistere in una particolare, sottile ed astuta messa in scena, essendo sufficiente a concretarli qualsiasi simulazione o espediente subdolo posto in essere per indurre taluno in errore (14).

Da sempre il nodo gordiano ha riguardato la possibilità o meno di riconoscere al silenzio, alla reticenza o, comunque, al comportamento omissivo in generale, il rango di strumenti idonei ad integrare gli elementi costitutivi del reato de quo. La giurisprudenza dominante, in realtà, si è espressa in senso positivo, avvertendo la necessità di subordinare la rilevanza penale del silenzio o della reticenza su determinate circostanze alla violazione di un obbligo giuridico specifico di comunicazione alla parte interessata.

Sempre la giurisprudenza (15) ha poi ritenuto che il reato di truffa possa essere realizzato anche attraverso una condotta omissiva, attribuendo alla espressione «artifici o raggiri» un significato ampio, comprensivo anche del mero silenzio maliziosamente serbato da parte di chi aveva il dovere giuridico di fare conoscere la circostanza occultata, ovvero attraverso il ricorso al meccanismo di equiparazione tra cagionare o non impedire un evento previsto dall'art. 40 cpv. c.p.

In particolare, nelle truffe cosiddette "contrattuali", che si concretizzano con la conclusione di un contratto nel quale gli artifizi e i raggiri spiegano i loro effetti nel momento della formazione delle volontà di uno dei due contraenti, che dunque configurano lo strumento più diffuso anche della realizzazione delle truffe comunitarie, l'obbligo giuridico andrebbe rinvenuto nel dovere di buona fede a cui devono attenersi le parti nelle trattative e nella formazione del contratto, ai sensi della norma civilistica di cui all'art. 1337 c.c.

Un simile allargamento della fattispecie, tuttavia, equivarrebbe a dimenticarsi che la truffa è un tipico reato commissivo di evento a condotta vincolata e che, proprio per la sua natura, non può essere trasformato, attraverso la clausola di conversione di cui all'art. 40 cpv. c.p., in un reato commissivo mediante omissione, se non tramite una frattura del principio di legalità.

Altrettanto problematica appare l'individuazione della tipologia e della natura degli atti di disposizione patrimoniale rilevanti ai sensi dell'art. 640 bis c.p., che solo in piccola parte viene individuata dalla lettera della norma, demandando per la gran parte tale compito alla discrezionalità dell'interprete.

Come si è accennato poc'anzi, si tratta di contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero «altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate»; tale formulazione, evidentemente improntata sulla casistica, presenta problemi evidenti a livello di tassatività della fattispecie penale.

Infatti, in prima battuta e ad una lettura superficiale, sembrerebbe che ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 640 bis c.p. non sia sufficiente ottenere in modo truffaldino un qualsivoglia contributo o finanziamento erogato dallo Stato, da altri

enti pubblici o dall'Unione europea, ma sia altresì necessario che tali strumenti finanziari debbano considerarsi "agevolati".

Dall'esame degli elementi costitutivi propri del delitto di truffa aggravata, pare potersi dedurre che nella fattispecie in esame il danno patrimoniale dell'ente pubblico si identifica non con il lucro cessante, bensì soltanto con il danno emergente sorto al momento della elargizione in denaro in conseguenza di una falsa prospettazione riguardante la spesa; ne consegue che potrà quindi essere ravvisabile il delitto ex art. 640 bis c.p. nell'ipotesi in cui, al di là della effettiva realizzazione dei lavori finanziati, siano state prospettate modalità di esecuzione degli stessi del tutto diverse da quelle utilizzate.

Infine, in merito all'elemento soggettivo richiesto dal delitto di truffa aggravata ex art. 640 bis c.p., e più in generale dal reato di truffa, esso è rappresentato dal dolo generico, che abbracci tutti gli elementi costitutivi del reato, quali l'inganno, il profitto ed il danno, anche se previsti dal soggetto attivo come conseguenze anche soltanto lontanamente possibili della propria condotta, con accettazione del rischio della loro verificazione. In sostanza, la truffa può essere punita anche a titolo di dolo eventuale, per cui è priva di rilevanza la specifica finalità del comportamento, o il motivo che ha spinto l'agente a realizzare l'inganno. Si è altresì sostenuto, da parte della dottrina e giurisprudenza sul punto concordi, che il dolo può essere sia "iniziale" che "concomitante" all'azione, ma non "susseguente", ovvero qualora l'intento fraudolento sorga in un momento successivo alla condotta dell'agente; tale circostanza si verifica, nella maggior parte dei casi, nelle richiamate ipotesi di truffe contrattuali, nel momento in cui una delle parti contraenti arreca un danno patrimoniale all'altra, con mezzi fraudolenti e dopo il perfezionamento del sinallagma.

L'apparato di tutela costruito dal nostro legislatore a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, tuttavia, non si esaurisce col reato previsto dall'art. 640 bis c.p., in quanto contempla altresì il delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, perno fondamentale attorno a cui ruota la sanzione punitiva dello Stato italiano avverso l'illecito fenomeno delle frodi comunitarie.

b) *Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato.*

L'art. 4 legge 29-9-2000, n. 300 [(16)] ha introdotto nel codice penale l'art. 316 ter il quale - sotto la rubrica «Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato» - punisce, con la reclusione da sei mesi a tre anni, «Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640 bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati od altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi od erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee».

Il secondo comma dell'art. 316 ter c.p. introduce poi una soglia di punibilità stabilendo che, al posto della sanzione penale, è comminata quella amministrativa del pagamento di una somma di denaro da euro 5.164,00 a euro 25.822,00 - comunque mai superiore

al triplo del beneficio conseguito - quando «la somma indebitamente percepita è pari od inferiore a euro 3.999,96», anche in tal caso adeguando il proprio disposto alla citata Convenzione, la quale, si ricorda, all'art. 2, prevede che «per i casi di frode di lieve entità riguardante un importo totale inferiore a 4.000 ECU che non presentino aspetti di particolare gravità secondo la propria legislazione, ogni Stato membro è autorizzato ad introdurre sanzioni penali inferiori o sanzioni amministrative».

L'oggetto materiale di questo tipo di frode è rappresentato da ogni attribuzione economica agevolata, erogata dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee, per le quali si richiama quanto esposto nell'esame del reato ex art. 640 bis c.p. Quanto al panorama normativo costruito a tutela delle sovvenzioni nell'ambito comunitario, tuttavia, non si può tralasciare l'esame del primo significativo intervento che risale alla legge 23-12-1986, n. 898, il cui art. 2 (nel testo attuale, a seguito delle modifiche apportate da ultimo dall'art. 10 l. 29-9-2000, n. 300) testualmente recita: «ove il fatto non configuri il più grave reato di cui all'art. 640 bis del codice penale, chiunque mediante l'esposizione di dati o notizie false consegue indebitamente, per sé o per altri, aiuti, premi, indennità, restituzioni, contributi od altre erogazioni a carico totale o parziale del Fondo Europeo agricolo di orientamento e garanzia è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Quando la somma indebitamente percepita è pari od inferiore ad euro 3.999,96 si applica solo la sanzione amministrativa di cui agli articoli seguenti». Va solo osservato che - ferma l'identità della "soglia di rilevanza penale" - nella norma in questione la sanzione amministrativa prevista, diversamente da quanto previsto nell'art. 316 ter c.p., è solo «pari all'importo indebitamente percepito». Appare evidente, anzi, come l'art. 316 ter si ispiri direttamente all'art. 2 testé indicato, quest'ultimo solo differenziandosi per la specifica identità del soggetto erogatore e per la mancata previsione della condotta omissiva.

Qualora l'attività illecita posta in essere in danno del Fondo europeo agricolo di sostentamento e garanzia consista in una condotta attiva di esposizione di dati o notizie false, troverà quindi applicazione la sola norma di cui all'art. 2 legge n. 898/1986. Nel caso, invece, di indebita percezione mediante mera omissione di notizie, sempre nel settore de quo, sarà applicabile la (sola) norma di cui all'art. 316 ter c.p., non potendosi ritenere - pena una irragionevole disparità di trattamento - che il legislatore abbia inteso escludere la penale rilevanza di condotte omissive in un settore comunque primario come quello delle sovvenzioni agricole.

Come s'è visto, infatti, comportamenti attivi (e solo attivi) che avessero sortito aiuti economici non spettanti, rientravano nella previsione penale dell'art. 2 legge n. 898/1986 ma solo qualora intervenissero in un determinato e limitato settore. Di qui, allora, nell'ambito di una corretta armonizzazione con le direttive comunitarie e con l'esigenza di estensione della copertura penale da esse richiesta, la funzione di completamento del quadro sanzionatorio svolta della norma di cui all'art. 316 ter c.p., diretta a reprimere tutte le possibili frodi relative alle sovvenzioni pubbliche o comunitarie.

Il reato di indebita percezione di erogazioni ai danni dello Stato si va infatti ad inserire all'interno di quel reticolo di protezione che il legislatore ha introdotto, nel corso del tempo, a protezione di quel particolare momento operativo in cui la Pubblica Amministrazione (compresa quella comunitaria) decide di erogare, a vario titolo, denaro pubblico. Le maglie di tale reticolo sono costituite ad oggi, come s'è visto, dalla fattispecie di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 bis c.p.), dal reato di cui all'art. 2 legge 23-12-1986, n. 898, dal delitto in analisi previsto dall'art. 316 ter ed, infine, da quello di malversazione ai danni dello stato di cui all'art. 316 bis c.p. In particolare, nel caso del reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche, la tutela è indirizzata ad evitare che fondi pubblici vengano concessi a soggetti che non posseggano i requisiti soggettivi e/o oggettivi che l'Amministrazione Pubblica ritiene necessari per quel tipo di erogazione, ma che, tramite l'utilizzo o la presentazione di documentazione o dichiarazioni false, ovvero omettendo di fornire tutte le informazioni necessarie, facciano apparire come sussistenti tali requisiti. Una parte delle dottrina sostiene che il bene giuridico tutelato dall'art. 316 ter deve identificarsi con il principio del buon andamento della p.a. enunciato nell'art. 97 Cost. Premesso che operare, per la p.a., significa evidentemente attivarsi per il raggiungimento di determinati scopi di interesse pubblico, è evidente che il principio generale del buon andamento, ed in particolare il risvolto economico del medesimo - ovvero la corretta utilizzazione delle risorse finanziarie pubbliche - troverà, nel caso di specie, specificazione, dapprima ad un livello intermedio e, successivamente, al livello della situazione specifica. A livello intermedio, il buon andamento si specificherà nell'interesse alla corretta esplicazione del procedimento, per così dire, di sovvenzionamento pubblico, attraverso il quale la p.a. individua attività e situazioni meritevoli di finanziamenti pubblici e, di conseguenza, concede le relative erogazioni. A livello specifico, in particolare, oggetto diretto di tutela penale sarà, di volta in volta, l'intenzione che il denaro pubblico venga destinato secondo l'interesse generale individuato dalle leggi istitutive del diritto a tali erogazioni, leggi alle quali il reato in oggetto necessariamente rimanda.

La norma, cioè, mirerà a garantire che la publica pecunia sia destinata proprio a quei soggetti che, effettivamente, possedendo i requisiti e trovandosi nelle condizioni richieste dalle varie leggi speciali, possano soddisfare l'interesse pubblico generale ispiratore di quelle normative. La ragione giustificatrice del reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche dovrebbe individuarsi quindi, a livello di previsione generale, nella tutela del bene giuridico immediato del principio di buon andamento dell'azione della p.a., in particolare, nella protezione dell'interesse al corretto raggiungimento della specifica finalità pubblica perseguita attraverso l'erogazione stessa; altra parte della dottrina, invece, ritiene fondatamente che la fattispecie tuteli soprattutto il patrimonio della Comunità. V'è da porre in rilievo che, nel reato in esame, come abbiamo visto, il buon andamento della p.a. viene posto in pericolo, o leso, da soggetti estranei allo stesso apparato pubblico, destinatari essi stessi dell'azione amministrativa, e non da pubblici agenti. Secondo una parte della dottrina, il reato in esame tutelerebbe anche la verità delle informazioni offerte dal

soggetto richiedente il contributo, garantendo così la libera formazione della volontà della p.a. e dell'Unione europea; da altro punto di vista, v'è invece chi ritiene che l'art. 316 ter c.p. tutelerebbe, più in generale, l'intero sistema economico, prospettandone, per tal via, una più idonea collocazione sistematica all'interno del Capo I del Titolo VIII «Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio». La fattispecie in esame è infatti inserita nel Titolo II del codice penale, dedicato ai delitti contro la p.a. Si sostiene da più parti che risulterebbe impropria la sua collocazione fra i delitti commessi dai pubblici ufficiali contro la p.a. trattandosi di reato realizzabile, come detto, da soggetti estranei all'apparato organizzativo della stessa. Ben più corretta sarebbe stata, quindi, la collocazione di questa norma nell'ambito dei delitti contro la p.a. commessi da privati, poiché il delitto può essere commesso da chiunque.

La condotta del reato in esame può assumere carattere attivo od omissivo e consiste in qualsiasi uso di dichiarazioni verbali o di documenti falsi da cui consegua la percezione di fondi pubblici, ovvero in qualsiasi mancata informazione rilevante, ovvero doverosa, ai fini di una corretta, consapevole, decisione da parte pubblica che sortisca l'analogo, indebito, risultato. La falsità può essere tanto materiale, quanto ideologica, e deve riferirsi all'an ovvero al quantum dell'erogazione. Non richiedendo l'ipotesi in esame - in ciò differenziandosi nitidamente dalla fattispecie di cui all'art. 640 bis c.p. - l'induzione in errore, essa sarà applicabile anche quando il funzionario preposto all'istruttoria non sia stato indotto in errore dalla condotta dell'agente, come quando l'errore stesso sia stato determinato da altri. Ancora, il reato in oggetto sarà configurabile anche quando l'agente si giovi dell'errore altrui come nel caso - per vero raro - in cui la concreta procedura non richieda alcun riscontro circa la veridicità delle dichiarazioni rese dal reo.

Il discrimine tra il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316 ter c.p.) e quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 bis c.p.), va pertanto ravvisato, come detto, nella mancata inclusione tra gli elementi costitutivi del primo reato dell'effetto della "induzione in errore" del soggetto passivo, presente invece nel secondo. A tal fine, quindi, occorre guardare alle regole formali del procedimento di concessione del contributo (o di altra erogazione comunque denominata): se esso consegue alla mera presentazione di dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere o all'omissione di informazioni dovute, senza che rilevi che l'ente pubblico possa essere tratto in errore da tale condotta, è integrato il reato di cui all'art. 316 ter c.p.; se invece l'erogazione del contributo da parte dell'ente pubblico è l'effetto di una induzione in errore circa i presupposti che lo legittimano, si configura il reato ex art. 640 bis c.p. [(17)], ma sui rapporti tra le due fattispecie meglio si dirà in prosieguo.

Il delitto si consuma con il conseguimento degli aiuti economici non dovuti, ovvero con l'effettiva disponibilità dei medesimi. In difetto di tale requisito, potrà sussistere l'ipotesi tentata e, nell'ambito della medesima, vi sarà spazio tanto per la desistenza volontaria quanto per il recesso attivo. Inoltre, le erogazioni pubbliche debbono esser conseguite "indebitamente", clausola di illiceità speciale che vale a connotare ulteriormente l'erogazione stessa, al di là delle note di illiceità della condotta mediante

la quale viene conseguita. Trattandosi di elemento normativo che rientra tra gli elementi costitutivi del reato, esso dovrà essere necessariamente coperto dal prescritto elemento soggettivo, con spazio, quindi, per la disciplina dell'errore scriminante ex art. 47 c.p. Nessun problema particolare pone la questione dell'elemento soggettivo del reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato. Tale delitto è punito solo a titolo di dolo, nella forma più semplice del dolo generico. In particolare, il soggetto attivo dovrà essersi rappresentato ed aver voluto tutti e solo gli elementi del fatto: la falsità dei documenti o delle dichiarazioni o il loro attestare cose non vere, e nella forma omissiva il dovere di fornire determinate informazioni; il carattere pubblico degli enti cui si richiedeva l'erogazione; ed inoltre, come sopra, l'illiceità dell'erogazione stessa, che il richiedente deve sapere non spettantegli nell'an o nel quantum. Nessun rilievo di carattere penale avranno, quindi, quei comportamenti, corrispondenti alla condotta tipica del reato in esame, ma dovuti a semplice negligenza. Nel caso in cui il richiedente sia in errore rispetto ad uno degli elementi del fatto-reato, il dolo parrebbe dover essere escluso secondo la regola generale ex art. 47 c.p. Allo stesso modo, nel caso di errore su legge extra-penale, ad esempio, sulla normativa che regolamenti le condizioni e le procedure per il conseguimento dell'erogazione, alterando la percezione dell'antigiuridicità speciale richiesta dalla norma, si risolverà in errore di fatto che esclude la colpevolezza.

Per l'espressa modifica stabilita dall'art. 6 legge n. 300/2000 al delitto in esame è applicabile la circostanza attenuante speciale di cui all'art. 323 bis c.p.

c) *Malversazione a danno dello Stato.*

Il delitto di malversazione a danno dello Stato, previsto dall'art. 316 bis c.p., è stato introdotto dall'art. 3 legge 26-4-1990, n. 86[18] intervenuta al fine di modificare l'impianto normativo riguardante i delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. Esso punisce con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni «Chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità Europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità». Il legislatore ha così colmato il vuoto normativo esistente in materia di erogazioni di denaro da parte dello Stato, enti pubblici e Comunità europea, in quanto l'intensificazione dell'attività di finanziamento pubblico aveva progressivamente aumentato i casi di distrazione delle somme concesse per finalità di pubblico interesse. Tali comportamenti erano favoriti dall'assenza di una precisa regolamentazione sul punto, poiché la normativa penale, anteriore a quella introdotta dalla legge n. 86/1990, reprimeva soltanto i delitti dei pubblici ufficiali e non quelli commessi da estranei a danno della p.a. Così come per il delitto ex art. 316 ter c.p., la collocazione della malversazione all'interno del Capo I del Titolo II del Libro II del codice penale ha suscitato molte perplessità in quanto tale delitto, avendo natura di reato comune, della cui commissione può essere imputato esclusivamente il privato estraneo alla p.a., si differenzia nettamente dagli altri reati in esso compresi, che sono reati propri, per la cui integrazione è richiesta una

particolare qualifica nei soggetti attivi. Pare, dunque, innegabile che la malversazione avrebbe dovuto essere ricompresa all'interno del capo riguardante i delitti dei privati contro la p.a. In ordine all'interesse tutelato, la norma in esame è volta ad assicurare una corretta gestione dei finanziamenti erogati per opere ed attività di pubblico interesse, rispetto alle aggressioni perpetrate dai diretti e legittimi beneficiari. Viene, dunque, ad essere sanzionato il comportamento del privato beneficiario, il quale, attraverso l'illegittimo uso del denaro pubblico, provoca l'interruzione del rapporto di fiducia instauratosi con l'organo erogatore del finanziamento. Altri sostengono che vengano altresì tutelati il buon andamento e l'imparzialità della p.a., intesi come correttezza procedimentale e mancanza di abusi, in quanto il "buon andamento" non si esaurisce soltanto nell'organizzazione amministrativa, ma viene a ricomprendere anche il risultato dell'attività amministrativa.
Conseguentemente, ogni condotta che si riveli essere lesiva dell'efficienza della medesima viola senza dubbi il bene in oggetto. Come già accennato, il delitto di malversazione a danno dello Stato viene annoverato nella schiera dei reati comuni, in quanto il termine «chiunque» comporta l'insussistenza di vincoli che incidano sull'applicabilità del precetto sanzionatorio in esso contenuto. Tuttavia è stato da più parti sostenuto che, ad una più attenta analisi, l'art. 316 bis c.p. potrebbe comunque essere considerato "reato proprio", in quanto la norma richiede, ai fini della sua integrazione, che l'agente debba essere un privato estraneo alla p.a., beneficiario dell'erogazione. Se, al contrario, il soggetto attivo fosse pubblico ufficiale od incaricato di pubblico servizio, la mancata destinazione del finanziamento verso finalità di pubblico interesse perfezionerebbe il reato di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p. o di altro reato del pubblico ufficiale. Nella nozione di "estraneo", dunque, rientra non soltanto il soggetto che non sia legato da un vincolo di soggezione con la p.a. erogatrice della sovvenzione, bensì anche colui che, pur dipendente della stessa, partecipa all'iter strumentale necessario per il compimento dell'attività di pubblico interesse senza però rivestire la qualifica di pubblico ufficiale od incaricato di pubblico servizio. Il titolare del contributo o della sovvenzione può essere soggetto attivo unicamente qualora l'erogazione sia stata concessa ad una persona giuridica o ad un ente non personificato. Integra il reato di malversazione la condotta di colui che, avendo ottenuto contributi, sovvenzioni, finanziamenti dallo Stato o da enti pubblici, volti alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, li destini a finalità del tutto estranee rispetto a quelle per cui è avvenuta l'erogazione. Lo spettro di punibilità della norma è piuttosto ampio, ricomprendendo tutte le erogazioni effettuate a favore di un privato, non aventi carattere sinallagmatico, in quanto controprestazione nei confronti di un'attuale o precedente attività lavorativa, sia dipendente che autonoma, od alla prestazione di merci o servizi. Non, appare, invece, punibile la condotta ingannatoria anteriore all'ottenimento dell'erogazione, in quanto essa ne costituisce soltanto il presupposto.
Ai fini dell'integrazione del delitto di malversazione non è richiesta una specifica valenza sociale dell'opera o dell'attività non eseguita dal privato beneficiario, e neppure che la distrazione abbia prodotto un pregiudizio economico di rilevante

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO
entità, essendo bensì sufficiente che vi sia stato un abuso dell'aiuto economico ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico finalizzato al perseguimento del pubblico interesse.

Tali erogazioni potranno avere sia carattere ordinario che straordinario (dovute, ad esempio, per far fronte al verificarsi di calamità naturali), ma per una più puntuale individuazione dell'oggetto materiale del reato di malversazione, si rinvia alle precisazioni già svolte nell'esame del delitto ex art. 640 bis c.p.

Concludendo sul punto, al fine di tutelare il bene protetto dall'art. 316 bis c.p. dovranno essere effettuati controlli e valutazioni preventive attinenti sia alla puntuale identificazione dell'opera e dell'attività in sede di erogazione, sia alla conservazione del rapporto intercorrente tra le prime ed il bene erogato a garanzia del buon utilizzo del denaro e del raggiungimento della pubblica utilità.

Per la maggior parte della dottrina, il delitto di malversazione è reato a condotta omissiva, consistente nella omessa destinazione del contributo, della sovvenzione, o del finanziamento alle previste finalità di pubblico interesse. Essa si esplica non soltanto in ipotesi di differente destinazione del denaro pubblico, bensì anche qualora il soggetto beneficiario si astenga del tutto dall'utilizzo di tali somme. La scelta normativa di ritenere sanzionabile la pura omissione pare trovare la sua ragion d'essere nella non remota possibilità dell'uso del denaro pubblico verso destinazioni del tutto estranee rispetto a quelle istituzionali non appena se ne ravvisi l'occasione più propizia. Si è dunque in presenza di una forma anticipata del tentativo parificabile al fatto consumato; sussiste comunque la lesione all'utilità pubblica, attuata mediante la violazione del vincolo di destinazione delle erogazioni. Ragione, quest'ultima, che ha indotto il legislatore a parificare la mancata destinazione dei fondi verso il fine istituzionalmente riconosciuto con il perseguimento del fine privato.

Nelle ipotesi di destinazione parziale delle somme erogate rispetto allo scopo prefissato, dottrina e giurisprudenza sostengono che tale condotta integri pur sempre il delitto di malversazione anche nel caso di regolare svolgimento dell'attività programmata. Tuttavia la violazione non sussiste qualora, durante il compimento delle suddette attività, risulti sufficiente l'utilizzo soltanto parziale dell'erogazione, in quanto manca nello specifico la violazione del vincolo di destinazione dei finanziamenti.

Condizione indispensabile, ai fini dell'esenzione della responsabilità del percettore, è rappresentata dalla restituzione del residuo allo Stato o all'ente pubblico erogante.

L'art. 316 bis c.p. è reato a consumazione istantanea che si perfeziona attraverso la mancata destinazione dell'erogazione entro il termine prefissato; decorso tale momento, non è sostenibile la persistenza dell'obbligo di effettuazione dell'opera o dell'attività. Antecedentemente a tale momento il fatto non diventa reato consumato, neppure qualora si manifestino comportamenti del tutto incompatibili con la volontà di destinare la sovvenzione a quella determinata finalità purché, prima dello scadere del termine, l'interesse pubblico venga ad essere soddisfatto.

Nel caso in cui la condotta venga posta in essere con atti idonei diretti in modo non equivoco alla commissione del reato, invece, potrebbe configurarsi un'omissione tentata. Qualora l'erogazione sia stata frazionata, sussiste l'unicità del reato nell'ipotesi in cui ciascuna rata venga utilizzata per una finalità divergente rispetto a quella del pubblico interesse; la malversazione si perfeziona mediante la realizzazione della prima omissione, ma si consuma nel momento della distrazione dell'ultima rata dal fine prefissato. Nel caso in cui il termine sia tuttavia inespresso e non possa essere accertato nemmeno attraverso l'interpretazione dei provvedimenti e delle normative impartite dall'ente erogatore, spetterà al giudice verificare se tali sovvenzioni siano destinate o meno a finalità di pubblico interesse. In ordine all'elemento soggettivo è sufficiente il dolo generico, consistente nella consapevolezza dell'omessa destinazione dei benefici concessi dall'ente erogatore alle opere o attività di pubblico interesse.

Nelle ipotesi di inattività del percettore del finanziamento è necessario che tale condizione sia sostenuta dall'intenzione di trarre profitto dall'erogazione in un periodo successivo rispetto a quello della concessione. Tale circostanza, pur non evincendosi direttamente dal dettato legislativo, è bensì ricostruibile avvalendosi delle finalità cui tali erogazioni tendono, ossia impedire gli abusi dei finanziamenti.

Inoltre è ipotizzabile la non configurabilità del delitto in oggetto qualora il beneficiario sia incorso in errore su una legge diversa da quella penale che lo induca a perseguire uno scopo del tutto differente rispetto a quello per cui era stata concessa l'erogazione. Non è, tuttavia, necessario, ai fini della configurabilità del reato, che il privato percettore dimostri di possedere una conoscenza tecnica della legge extrapenale, essendo sufficiente una conoscenza superficiale della medesima.

Va, infine, tenuto presente che per i delitti sinora esaminati ex artt. 316 bis, 316 ter e 640 bis c.p. l'art. 24 d.lg. 8-6-2001, n. 231 [(19)] è prevista, accanto alla responsabilità penale del singolo, quella amministrativa dell'ente (società od associazione) nel cui interesse od a cui vantaggio sia stato commesso il reato, con l'applicazione di sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote, e da duecento a seicento quote se l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità o il danno è stato di particolare gravità. Si applicheranno altresì le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, 2° co., lett. *c*), *d*), *e*), ovvero il divieto di contrattare con la p.a. (salvo per l'ottenimento di un pubblico servizio), l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi, nonché il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

L'analisi di tutte queste figure criminose dimostra come l'interesse tutelato dal legislatore sia quello di evitare che il denaro pubblico venga sperperato, o comunque, concesso od utilizzato in modo diverso da quello che si era prefissato la p.a. A partire dal momento di concessione del finanziamento, fino ad arrivare a quello del controllo del reale utilizzo fatto del denaro, lo Stato e le Comunità europee verificano e, se è il caso, puniscono, quegli episodi che contrastano con gli scopi, di interesse generale, che essi avevano individuato.

d) *L'interpretazione giurisprudenziale in ordine al rapporto tra la fattispecie di cui all'art. 640 bis c.p. e quella ex art. 316 ter c.p.*

Dopo avere esaminato le singole fattispecie di reato utilizzate dal nostro legislatore quale strumento di contrasto delle frodi comunitarie, necessita ulteriore approfondimento l'interpretazione data dalla giurisprudenza al rapporto tra il reato di cui all'art. 640 bis e quello ex art. 316 ter c.p.

Entrambe le disposizioni in esame, infatti, prevedono e puniscono le condotte volte a ottenere «contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee», tutelando così il medesimo bene giuridico.

Mentre nella truffa, però, il vantaggio patrimoniale deve essere la diretta conseguenza degli artifizi o dei raggiri, idonei all'induzione in errore del soggetto passivo, nel reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche, gli stessi artifizi o raggiri sono soggetti a una sorta di "tipizzazione" da parte del legislatore, che definisce e descrive in modo analitico quali azioni possono integrare l'illecito penale. La questione si pone all'attenzione dell'interprete in ragione del fatto che tutte (o quasi) le condotte "tipizzate" dal legislatore nell'art. 316 ter c.p. già erano pacificamente considerate tipiche modalità di realizzazione degli «artifizi o raggiri», ritenendo la giurisprudenza prevalente (per non dire unanime) che la redazione, l'utilizzo o la presentazione di atti (materialmente o ideologicamente) falsi, fossero già, di per sé, condotte astrattamente sufficienti a integrare (unitamente alla sussistenza degli altri elementi oggettivi) il delitto di truffa. La stessa sorte spettava (grazie a interpretazioni estensive) anche alla «mera menzogna» e al «silenzio maliziosamente serbato», come già si è detto.

Si tratta quindi di affrontare il tema del cosiddetto concorso apparente di norme, che si ha allorché più norme appaiono, almeno prime facie, tutte applicabili ad un medesimo fatto. Escluso che tali norme possano essere applicate congiuntamente, tale concorso può essere astrattamente risolto alla stregua di due criteri alternativi: quello di specialità oppure quello di sussidiarietà.

È pertanto necessario osservare quali sono, secondo il diritto vivente, i confini tra le due fattispecie in esame.

La Corte di Cassazione sul punto si è trovata ad affrontare un autentico *rebus* normativo. Costante giurisprudenza, infatti, riteneva che non solo la presentazione o l'utilizzo di documenti falsi o attestanti cose non vere, ma anche la semplice menzogna o il silenzio "maliziosamente serbato" costituissero condotte atte a integrare gli artifizi o raggiri, purché tali condotte avessero l'effetto di trarre in inganno il soggetto passivo. Posto quindi il rapporto di "specialità di fatto" tra le due disposizioni, e preoccupata dalla necessità di "salvare" entrambe le fattispecie, la giurisprudenza di legittimità aveva così finito per "ripensare" l'ampiezza degli artifizi e raggiri, affermando che le condotte descritte nell'art. 316 ter c.p. (di per sé non sono, ma) potessero integrare gli estremi della truffa (soltanto) se accompagnate da una mise en scéne. Così facendo si erano fatti rientrare nel reato di indebita percezione tutta una serie di comportamenti che la previgente giurisprudenza attraeva invece pacificamente nello schema della truffa.

Le due fattispecie incriminatrici, infatti, non si distinguono tra loro per la natura delle erogazioni, giacché la rilevata genericità della relativa formulazione legittima l'estensione dell'ambito di operatività di entrambe a qualsivoglia erogazione pubblica.

Il differente ambito di operatività, pertanto, va ricercato dando maggiore concretezza alla clausola di riserva contenuta nell'art. 316 ter c.p., che ne prevede l'applicazione «salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640 bis c.p.».

Tale clausola di riserva costruisce indubbiamente l'indebita percezione ex art. 316 ter c.p. come figura sussidiaria rispetto alla truffa aggravata, nel senso che si configura esclusivamente laddove l'agente si sia limitato alla esposizione di dati e/o notizie false o alla omissione di informazioni dovute, senza ricorrere a veri e propri artifici e raggiri di diversa natura, integranti la truffa aggravata.

Tuttavia, nemmeno la clausola di riserva può risolvere appieno tutte le questioni interpretative.

Ciò in quanto il vero problema è quello di dare concretezza al suddetto rapporto di sussidiarietà dell'una fattispecie rispetto all'altra, e, quindi, individuarne il reciproco ambito applicativo, onde verificare se ed in che limiti possa applicarsi l'indebita percezione di finanziamenti pubblici e quando invece il fatto integri gli estremi della truffa aggravata di cui all'art. 640 bis c.p., proprio in ragione del carattere sussidiario della norma ex art. 316 ter c.p.

Ad una prima lettura, la disamina delle condotte incriminate sembrerebbe deporre per una sostanziale sovrapponibilità delle stesse, nel senso che l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi attestanti cose non vere ovvero l'omissione di informazioni dovute, che sono le condotte prese in considerazione dall'art. 316 ter c.p., non sembrano qualcosa di veramente diverso dagli artifizi e raggiri della truffa di cui all'art. 640 bis c.p.; di talché, anche alla luce dalla clausola di riserva presente nell'art. 316 ter c.p., ne conseguirebbe la sostanziale inapplicabilità di questa norma, a favore della truffa.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, tuttavia, sin dall'introduzione dell'art. 316 ter c.p. ha cercato di evitare tale effetto abrogativo, fornendo un'interpretazione che consentisse di conservare uno spazio di autonoma rilevanza applicativa anche al reato di indebita percezione di erogazioni.

A tal fine, si è affermato che, con l'introduzione di tale norma, il legislatore abbia inteso escludere che potesse configurare artificio o raggiro, tale da integrare la truffa aggravata ex art. 640 bis c.p., la mera ostentazione di documenti non veri, o il mero silenzio, con la conseguenza che, in presenza di tali condotte, non accompagnate da ulteriori malizie dirette all'induzione in errore del soggetto passivo, debba applicarsi, anziché la fattispecie della truffa aggravata, la più favorevole disposizione di cui all'art. 316 ter c.p. [(20)].

Il fulcro del ragionamento si fonda proprio sulla negazione dell'attribuibilità del carattere dell'artificio e del raggiro alle condotte descritte dall'art. 316 ter c.p. Altro orientamento, invece, tende a mantenere fermi i tradizionali limiti della fattispecie della truffa, ritenendo che siano riconducibili all'art. 316 ter c.p. solo quelle condotte

cui non consegue un'induzione in errore per l'ente erogatore. Si sostiene, inoltre, che le condotte descritte nel 316 ter c.p., diversamente da quanto sostenuto dal primo orientamento, ben possono concorrere a integrare gli artifici e/o raggiri previsti dalla fattispecie della truffa aggravata, benché ovviamente di tale figura siano integrati anche gli ulteriori presupposti.

In tale prospettiva interpretativa, quindi, anche il mendacio ed il silenzio che, a stretto rigore, rientrerebbero tra le condotte prese in considerazione dall'art. 316 ter c.p., possono assumere le connotazioni artificiose o di raggiro in riferimento ad uno specifico obbligo giuridico di verità, la cui violazione sia penalmente sanzionata, perché essi qualificano l'omessa dichiarazione o la dichiarazione contraria al vero come artificiosa rappresentazione di circostanze di fatto o manipolazione dell'altrui sfera psichica [(21)].

Nel merito della vexata questio circa il rapporto tra le due fattispecie richiamate, è intervenuta recentemente la Corte di Cassazione riunita a Sezioni Unite [(22)], che ha concluso propendendo per l'ultima delle interpretazioni sopra esposte.

Deve ritenersi, ha affermato la Suprema Corte, che la fattispecie di cui all'art. 316 ter c.p. si pone non quale ipotesi speciale di truffa, ma quale fattispecie sussidiaria rispetto ad essa, finalizzata ad ampliare l'area delle condotte poste in essere in danno degli enti pubblici o comunitari, suscettibili di determinare responsabilità penale, dunque a punire comportamenti che, in assenza della disposizione incriminatrice di cui all'art. 316 ter c.p., non potrebbero essere sanzionati ai sensi dell'art. 640 bis c.p., perché esulanti da tale paradigma normativo.

Tuttavia, per chiarire la collocazione concreta della linea di demarcazione tra le due fattispecie, risulta altresì necessario "riempire" di contenuto le rispettive condotte per poi verificare, prima in termini astratti e poi concreti, quali fatti siano riconducibili all'uno o all'altro degli illeciti penali di cui, nonostante un rapporto di quasi identità, si deve ribadire la diversità, grazie soprattutto alla negazione del rapporto di specialità.

Attraverso l'affermazione del ruolo sussidiario dell'art. 316 ter c.p., tuttavia, la Corte di Cassazione non ha però eliminato, o comunque risolto, il problema della rilevanza del mendacio; le Sezioni Unite, tuttavia, lo hanno affrontato, chiarendo i margini di scostamento per difetto della truffa rispetto alle esigenze di tutela delle finanze pubbliche e comunitarie, e, di riflesso, quali debbano essere le condotte - diverse e meno gravi di quelle di truffa aggravata - punibili in base all'art. 316 ter c.p. e se esse debbano o meno venire "ritagliate" dall'ambito di tradizionale applicazione giurisprudenziale di tale ultima fattispecie, con la sottrazione ad essa del mendacio.

La Cassazione a Sezioni Unite, infatti, ha escluso che l'introduzione del delitto di cui all'art. 316 ter c.p. possa in qualche modo aver influenzato la portata della tradizionale giurisprudenza sulla fattispecie più grave di truffa; in sostanza, quindi, la chiave di volta nella lettura del rapporto tra le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 316 ter e 640 bis c.p. è desumibile attraverso l'individuazione della portata del primo delitto, quale delineato nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, con specifico riguardo

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO
agli elementi della condotta e della induzione in errore, poiché solo le condotte fraudolente che non integrino entrambi gli indicati elementi essenziali del reato di truffa, potranno essere sussunte nella fattispecie più mite ex art. 316 ter c.p.

La ratio decidendi della suindicata sentenza ha evidenziato, infatti, come il primo orientamento giurisprudenziale si traduca in una mera finzione interpretativa, in quanto qualora non venga in discussione l'applicabilità dell'art. 316 ter c.p. o di altre fattispecie speciali di frode, la giurisprudenza continua correttamente, a parere delle Sezioni Unite, a ritenere che il falso sia di per sé uno strumento di raggiro idoneo a integrare gli estremi della truffa, anche se si tratti della truffa aggravata prevista dall'art. 640 bis c.p.

Ecco allora come sia da considerarsi preferibile l'orientamento che tende a mantenere fermi i limiti tradizionali della fattispecie di truffa, ritenendo che siano riconducibili all'art. 316 ter c.p. solo, o comunque soprattutto, quelle condotte cui non consegua un'induzione in errore o un danno per l'ente erogatore; la pratica conseguenza di tale conclusione, tuttavia, e sono state le stesse Sezioni Unite ad ammetterlo, non può che essere l'obiettiva riduzione dell'ambito di applicabilità dell'art. 316 ter c.p. a situazioni del tutto marginali, come quelle del mero silenzio antidoveroso o di una condotta che non induca effettivamente in errore l'autore della disposizione patrimoniale.

Si tratta, secondo le Sezioni Unite, delle ipotesi in cui il procedimento di erogazione delle pubbliche sovvenzioni non presume l'effettivo accertamento da parte dell'ente erogatore dei presupposti del singolo contributo, ammettendo che l'erogazione di questo sia possibile, almeno in via provvisoria, sulla mera dichiarazione del soggetto interessato, rimandando ad una eventuale e successiva fase le opportune verifiche.

Rimangono tuttavia da chiarire le conseguenze del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, in quanto il concreto significato da attribuire al concetto di "mero silenzio antidoveroso" è ancora oscuro, nonostante l'apprezzabile intervento chiarificatore operato dalla Corte di Cassazione, ed è altrettanto generica l'individuazione del discrimine tra i due reati fondata sulla circostanza che la condotta posta in essere abbia o no indotto in errore l'autore della disposizione patrimoniale.

In merito al primo profilo, un aiuto ermeneutico può trovarsi in quelle decisioni che esaminano meglio il profilo della possibile rilevanza del mendacio e del silenzio quali artifici e/o raggiri idonei a integrare la truffa, chiarendo quali siano le condizioni in forza delle quali condotte che altrimenti sarebbero ricomprese nell'ambito di operatività dell'art. 316 ter c.p. possono finire con l'integrare i presupposti della truffa aggravata. Si sostiene infatti che il mendacio o il silenzio possano assumere connotazioni artificiose o di raggiro in riferimento a specifici obblighi giuridici di verità, la cui violazione sia penalmente sanzionata, in quanto essi qualificano l'omessa dichiarazione o la dichiarazione contraria al vero come artificiosa rappresentazione di circostanze di fatto o manipolazione dell'altrui sfera psichica: tipico, a questo proposito, è il caso della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, in cui la legge stessa concede al privato la facoltà della dichiarazione sostitutiva che diviene atto

pubblico per il solo fatto della sottoscrizione autenticata dal funzionario preposto a ricevere l'atto.

In tale situazione, aderendo alla prospettata indicazione, le false attestazioni eventualmente rese possono integrare non solo il reato di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico, ex art. 483 c.p., potendo altresì rilevare ai fini della configurabilità del reato di truffa.

Pertanto, una lettura coerente impone di rammentare che anche a fronte di omissioni antidoverose appare alta la probabilità di integrazione della fattispecie ex art. 640 bis c.p.; del resto, nemmeno la Suprema Corte, nella motivazione della richiamata sentenza, ha ritenuto che l'equazione tra silenzio e delitto di cui all'art. 316 ter c.p. abbia valore assoluto, in quanto «la mera informazione di omissioni dovute (...) potrebbe riconoscersi talora inidonea ad integrare da sola gli estremi della frode» richiesta dall'art. 640 bis c.p. A chiusura e completamento del proprio ragionamento, la Corte a Sezioni Unite ha preso posizione anche in merito ai rapporti tra i reati previsti dagli artt. 316 ter e 640 bis c.p. e quelli di falso. In proposito, la Cassazione ha condiviso e ribadito quell'orientamento giurisprudenziale prevalente, in forza del quale il reato di cui all'art. 316 ter c.p. assorbe quello di falso ideologico dell'art. 483 c.p. nonché quello di uso di atto falso di cui all'art. 489 c.p., in quanto l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi costituiscono elementi essenziali per la configurazione del reato de quo.

Con l'effetto che tali fattispecie rimangono assorbite ai sensi dell'art. 84 c.p. nel reato previsto dall'art. 316 ter c.p., il quale, tuttavia, può concorrere con gli altri reati di falso eventualmente commessi al fine di ottenere le indebite erogazioni.

Altro e diverso discorso deve invece farsi per il reato di truffa di cui all'art. 640 bis c.p., il quale, secondo le Sezioni Unite, concorre con tutti i reati di falso, poiché il falso è solo uno dei possibili strumenti di frode, idonei a realizzare gli artifici e/o raggiri, non rivestendo quel carattere di essenzialità rispetto all'integrazione della fattispecie, riconosciuta invece per il reato ex art. 316 ter c.p.

Le conseguenze del principio di diritto affermato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, quindi, consistono nel rendere applicabili, in caso di indebite percezioni di erogazioni assistenziali, innanzitutto la fattispecie "principale" ex art. 640 bis c.p., e poi, con riguardo alle ipotesi in cui di essa non ricorrano tutti gli elementi essenziali, quella, "sussidiaria", prevista dall'art. 316 ter c.p., con l'effetto di rendere comunque sanzionabili condotte residuali che avrebbero potuto andare esenti da sanzione.

Anche dall'ultimo arresto giurisprudenziale fatto registrare in materia, dunque, consegue l'ispessimento della risposta sanzionatoria penale contro l'autore della illecita captazione di erogazioni pubbliche, venendo ridimensionata la possibilità di trasformazione della condotta in illecito amministrativo per mancato superamento della soglia di somma indebitamente percepita, come indicato dal secondo comma dell'art. 316 ter c.p.

4. Le frodi all'Iva: i reati previsti dalla disciplina penale tributaria.

Esaurito il quadro sinottico delle fattispecie di reato previste dall'ordinamento giuridico italiano a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, residua l'esame di quel fenomeno delittuoso in crescente espansione, che colpisce con sempre maggiore incisività le casse dello Stato italiano e dell'Unione europea: le frodi all'Iva.

L'imposta sul valore aggiunto, infatti, possiede determinate caratteristiche che agevolano il compimento di frodi di specie e natura variegate: tali peculiarità, tuttavia, non possono essere modificate, pena la violazione dei principi di obiettività, neutralità e trasparenza che caratterizzano l'Iva sul piano nazionale e comunitario.

In sintesi, è necessario ricordare che l'Iva colpisce ad ogni passaggio commerciale il solo incremento del valore - il valore aggiunto, appunto - ed è indipendente dal numero dei movimenti, poiché sempre recuperata dall'acquirente non consumatore finale. La neutralità dell'imposta consente quindi di realizzare la trasparenza dell'imposizione sugli scambi, evitando gli effetti cumulativi. Il meccanismo della liquidazione del tributo, poi, si basa sulla detrazione dell'Iva pagata in relazione alle fatture d'acquisto, dall'Iva riscossa sulle fatture emesse: è la fattura, quindi, che determina l'Iva da versare o il credito da rimborsare o compensare.

All'interno del regime Iva così delineato, è necessario qui richiamare la normativa applicabile con riguardo alle operazioni intracomunitarie, disciplinate dal d.l. 30-8-1993, n. 331 che ha consentito l'attuazione delle direttive CEE n. 91/680/CEE del 16-12-1991 e n. 92/111/CEE del 14-12-1992, ed è stato successivamente convertito, con modificazioni, dalla legge 29-10-1993, n. 427, entrata in vigore il 1°-1-1993.

La disciplina dell'Iva intracomunitaria si applica, principalmente, alle cessioni di beni che vengono trasportati o spediti al di fuori del territorio dello Stato, ma all'interno di quello della Comunità economica europea: le cosiddette cessioni intracomunitarie [23]. Tale normativa è valida altresì per gli acquisti intracomunitari, relativi a prodotti provenienti da altri Paesi appartenenti alla Comunità europea, effettuati da soggetti residenti in Italia.

Il regime dell'Iva intracomunitaria prevede la non imponibilità delle cessioni intra-UE, in coerenza con il principio della tassazione nel Paese di destinazione, ai sensi dell'art. 41 d.l. n. 331/1993; tale articolo, al suo primo comma, individua i criteri per definire le cessioni intracomunitarie non imponibili, delineando i presupposti oggettivi e soggettivi la cui sussistenza è necessaria per l'applicabilità della relativa disciplina.

Le cessioni si considerano dunque non imponibili laddove vengano poste in essere da un soggetto nell'esercizio di imprese, arti o professioni e ricorrano i seguenti requisiti: siano effettuate a titolo oneroso; si provveda al trasporto o spedizione in un altro Stato membro; i cessionari siano nell'altro Stato membro soggetti di imposta sul valore aggiunto ed abbiano comunicato al cedente nazionale il numero di identificazione loro attribuito dallo Stato membro di appartenenza.

Come si è esposto, quindi, a partire dal 1°-1-1993 opera un regime "transitorio" il quale prevede che le forniture di beni all'interno del territorio della Comunità,

effettuate tra soggetti passivi d'imposta, non siano tassabili nello Stato membro di origine, essendo invece soggette a tassazione nello Stato membro di destinazione.

Tale sistema, come si vedrà nel prosieguo, facilita meccanismi di frode all'Iva più o meno complicati - in quanto i beni si prestano ad essere attratti nel meccanismo fraudolento nel momento in cui vengono trasferiti all'interno del Paese di destinazione - ma comunque di dannosa rilevanza sia nei confronti della Comunità, che si finanzia con i prelievi dell'imposta raccolta dai vari Stati membri, sia verso l'erario italiano, che non incassa l'imposta oggettivamente dovuta da soggetti inseriti fittiziamente nella catena dello scambio.

Tali fenomeni, perlopiù definiti come "frodi carosello", si concretizzano mediante la reiterata emissione di fatture per operazioni inesistenti da parte di società avente sede in Stati membri, alla quale molto spesso non corrisponde necessariamente un effettivo trasporto di merce.

Il meccanismo fraudolento è finalizzato alla creazione di un fittizio diritto di detrazione dell'imposta sul valore aggiunto o alla richiesta di un rimborso del credito Iva derivante dal tipico meccanismo delle operazioni intracomunitarie. Al fine di perpetrare la frode, è necessario che almeno una delle transazioni violi le norme che regolano la disciplina dell'imposta sul valore aggiunto; per la finalizzazione di tale meccanismo fraudolento, quindi, sono necessari almeno tre elementi: il coinvolgimento di tre società di cui una è situata in un altro Paese comunitario rispetto allo Stato membro ove è perpetrata la frode; una delle due società nazionali deve svolgere il ruolo tipico della "cartiera"; infine si deve procedere all'emissione di fatture tra le medesime società.

Di norma il fenomeno della frode carosello coinvolge una catena di società situate in due o più Paesi membri proprio per consentire all'organizzazione criminale sottostante alla frode di sfruttare le lacune legislative presenti in ogni singolo Stato membro, con ciò oltretutto ostacolando non poco l'attività accertativa degli organi ad essa deputati, che devono fare ricorso a strumenti di cooperazione amministrativa e giudiziaria al fine di contrastare tali fenomeni criminosi.

Nella realtà degli accadimenti, in alcuni Paesi (perlopiù popolosi, o in aree urbane ad alta densità di soggetti passivi Iva) vengono solitamente collocate le società cartiere, che materialmente consentono la consumazione della frode, mentre i fornitori comunitari risiedono in Paesi vicini o che intrattengono assidui rapporti commerciali con lo Stato in cui si consuma la frode.

L'attività della società cartiera consente all'organizzazione criminale di sfruttare l'illecito profitto che ne deriva al fine di lucrare l'importo relativo all'Iva non versata o, come spesso accade, di cedere la merce a prezzi più bassi, ottenendo, per effetto della maggiore competitività derivante da un vantaggioso rapporto qualità-prezzo dei beni venduti, un congruo aumento del volume di affari.

Altro e differente profilo riguarda la capacità intrinseca dell'organizzazione criminale di sostituire i soggetti scoperti dal Fisco, o che risultano comunque a rischio, con altri nuovi operatori "puliti" residenti in luoghi diversi da quelli in cui l'illecito è stato

rilevato o dove sono in corso le indagini; è proprio l'elemento continuativo, quindi, che caratterizza e conferisce maggiore forza criminale alla condotta fraudolenta.

Dalle indagini effettuate dagli organismi competenti, è altresì emerso che spesso le fatture sono solo soggettivamente inesistenti, in quanto ad esse corrisponde l'effettiva cessione della merce anche se i prodotti vengono fisicamente spostati solo una volta, a fronte di una fatturazione reiterata e finalizzata alla moltiplicazione dei profitti in danno all'erario.

Il meccanismo della frode all'Iva, nella sua forma più semplice, può essere schematicamente così descritto.

L'evasione si origina con una cessione di beni, non imponibile ad Iva, sul presupposto che la tassazione avvenga nel Paese di destinazione della merce. Il fornitore della merce, che di regola è stabilito in un Paese membro dell'Unione europea (società "A") effettua la cessione ad un soggetto passivo "cartiera" (società "B", c.d. missing trader) stabilito in un diverso Paese membro.

La "cartiera" integra la fattura emessa dal fornitore intracomunitario e liquida la relativa imposta senza dover effettuare alcun versamento all'Erario, poiché l'annotazione del documento nei registri Iva delle vendite e degli acquisti, ai sensi degli artt. 23 e 25 d.p.r. 26-10-1972, n. 633 (meccanismo del "reverse charge"), neutralizza, di fatto, l'imposta a debito, e il relativo obbligo di versamento.

In un secondo tempo, la stessa "cartiera" rivende la merce, assoggettandola ad Iva, sul proprio territorio nazionale, ad una società "filtro" (società "C", c.d. buffer) incassando, quindi, in via di rivalsa, il tributo che, però, non verserà mai all'Erario, in quanto la stessa società, dopo breve periodo operativo, cessa la sua attività. Gli amministratori, spesso meri prestanome nullatenenti, risulteranno irreperibili.

La società "filtro", che può essere consapevole della frode o del tutto all'oscuro, rivende immediatamente la merce all'intermediario (società "D") emettendo regolare fattura con Iva e provvedendo all'effettivo versamento del saldo del tributo, rappresentato dalla differenza tra il credito Iva versato alla "cartiera" e derivante dall'acquisto della merce e l'Iva derivante dalla cessione della merce all'intermediario.

Quindi, la società "filtro" ricopre un ruolo strategico all'interno della frode operando quale "stabilizzatore" poiché, di fatto, interposta tra la cartiera e l'intermediario. L'obiettivo è quello di occultare la diretta connessione tra la cartiera stessa e l'effettivo destinatario della merce, rendendo così difficoltoso, per gli organi requirenti, il reperimento degli elementi probatori necessari alla individuazione degli effettivi beneficiari del meccanismo evasivo che, solitamente, sono da ricondurre allo stesso fornitore comunitario della merce (società "A") e al cessionario finale della stessa (società "D").

Attraverso questo particolare meccanismo, l'ultimo acquirente si trova a dover versare un corrispettivo inferiore al valore normale dei beni (è ovvio infatti che tali operazioni provocano turbative del mercato in termini di concorrenza sleale, dovuta all'immissione in commercio di beni i cui valori sono sensibilmente inferiori ai normali prezzi praticati da operatori "regolari"), poiché la "cartiera", basandosi sul mancato

assolvimento degli obblighi tributari, può praticare prezzi pari a quelli da essa corrisposti e scorporati dall'Iva, al quale poi aggiunge un piccolo ricarico.

Al termine di questo processo, l'ultimo acquirente consegue l'effetto di avere titolo a portare in detrazione l'Iva addebitatagli dal proprio cedente ("società filtro") mentre l'operatore fittizio ("cartiera") è in posizione di debito verso l'Erario; tuttavia, tale debito non sarà mai onorato poiché tale soggetto, come detto, scomparirà nel nulla dopo un breve periodo di operatività.

Ecco che a tale meccanismo cartolare fraudolento il sistema penale, ed in particolare quello penale tributario, affida la propria risposta sanzionatoria alle fattispecie incriminatrici previste dal d.lg 10-3-2000, n. 74, ed essenzialmente agli artt. 2, rubricato «dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti» e 8 dello stesso decreto, ovvero l'«emissione di fatture od altri documenti per operazioni inesistenti».

Infatti, al verificarsi delle ipotesi più ricorrenti di frode Iva, l'ufficio del Pubblico ministero contesta al cedente nazionale - che, a sua volta, ha ricevuto dall'operatore comunitario la fattura senza l'addebito dell'Iva - l'art. 8, per avere emesso nei confronti del cessionario fatture per operazioni soggettivamente inesistenti, ricavando, dagli elementi indizianti sopra esposti, la fittizietà della società importatrice.

Al cessionario viene invece contestato l'art. 2 d.lg. n. 74/2000, in quanto costui, consapevole della fittizietà dell'operazione - poiché molto spesso vero ideatore della frode - ha presentato una dichiarazione annuale fraudolenta, utilizzando elementi passivi fittizi rappresentati dai costi derivanti dalle fatture soggettivamente false emesse dal cedente nazionale.

L'art. 2 [24] prevede una condotta articolata in due fasi: la prima consiste nell'avvalersi di fatture false [25] che riportano un fatto storico mai verificatosi (simulazione assoluta oggettiva), ovvero di fatture parzialmente false in quanto relative a controprestazioni diverse da quelle apparenti in cui il fatto storico si è verificato, ma per quantità di merce o di servizi inferiore a quelle documentate (simulazione relativa oggettiva). Il medesimo articolo, parlando di elementi passivi "fittizi", non specifica se tale termine identifichi l'inesistenza assoluta, cioè un costo non sostenuto, ovvero un costo indeducibile.

Il secondo segmento della condotta delittuosa richiede che gli elementi passivi fittizi siano indicati nella dichiarazione dei redditi, in quanto il momento consumativo del reato è rappresentato dalla presentazione della dichiarazione annuale delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto.

L'elemento soggettivo comune alle fattispecie di reato previste dal d.lg. n. 74/2000 è rappresentato dal dolo, specifico o generico a seconda delle interpretazioni date dalla dottrina e dalla giurisprudenza, di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto.

Il terzo comma dell'art. 2 prevede una circostanza attenuante ad effetto speciale, consistente nella reclusione da sei mesi a due anni anziché da un anno e sei mesi a sei anni dell'ipotesi "normale", qualora l'ammontare degli elementi passivi fittizi sia inferiore a euro 154.937,07. La giurisprudenza, tuttavia, si è espressa recentemente

sul punto [26], stabilendo che la struttura del terzo comma degli artt. 2 e 8 configurano distinta ipotesi attenuata, e non una circostanza attenuante ad effetto speciale, in quanto costruita sulla base di una tecnica legislativa utilizzata per evitare gli effetti del giudizio di equivalenza o di prevalenza delle attenuanti.
L'art. 8 [27] contempla invece un reato di pericolo astratto, poiché richiede che l'operazione sia riferita a soggetti diversi da quelli effettivi.
La condotta, speculare a quella prevista dall'art. 2, si sostanzia nell'emissione o nel rilascio di fatture o altri documenti con analogo valore probatorio, e si realizza nel momento in cui l'emittente consegna a terzi i predetti documenti.

La falsità può consistere in una "interposizione fittizia" quando il beneficiario del pagamento, esistente o immaginario, non ha avuto parte nell'operazione commerciale; tuttavia, l'interposizione può essere anche "reale", quando il soggetto che dal documento risulta essere parte attiva, ha realmente partecipato all'operazione, ma gli effetti della stessa sono destinati a riversarsi su altra persona.

Come per l'art. 2, anche l'art. 8 prevede al terzo comma la reclusione da sei mesi a due anni qualora l'importo non corrispondente al vero indicato nelle fatture o nei documenti sia inferiore ad euro 154.937,07.

Ciò premesso, nei procedimenti penali in materia di frodi all'Iva, è corollario frequente, in quanto strumentale alla richiesta di applicazione di una misura coercitiva cautelare personale, la contestazione mossa ai protagonisti della frode da parte dell'Ufficio del Pubblico ministero, del reato di associazione per delinquere ex art. 416 c.p., che punisce la associazione di tre o più persone tra loro, preordinata allo scopo di commettere più delitti: è necessaria, ai fini della dimostrazione della responsabilità penale per tale delitto, la prova dell'accordo tra questi soggetti per addivenire all'indebito incameramento dell'Iva. Contro l'applicazione dell'art. 416 c.p. alle frodi carosello si era notato in dottrina che il reato associativo non sarebbe configurabile nell'ipotesi in cui i vari soggetti commettano ciascuno reati diversi (nella specie, emissione ed utilizzazione di fatture soggettivamente false) con terze persone.

In tali casi, tuttavia, non si può prescindere dall'esame della norma presente all'art. 9 d.lg. n. 74/2000, la quale esclude, in deroga all'art. 110 c.p., la configurabilità dell'istituto del concorso di persone nel reato tra emittente ed utilizzatore della fattura.

La Corte di Cassazione è infatti recentemente intervenuta sul punto [28], statuendo che tale norma esclude soltanto che il soggetto che utilizza nelle dichiarazioni annuali fatture relative ad operazioni inesistenti possa essere chiamato a rispondere a titolo di concorso nel delitto di emissione delle medesime fatture, ma ciò non implica che non possa ritenersi applicabile la norma generale sul concorso di persone nel reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti nei confronti dell'istigatore all'emissione delle fatture stesse, cui, poi, siano state consegnate per il successivo utilizzo, non essendo ipotizzabile il tentativo del delitto di cui all'art. 2 dello stesso decreto.

Sulla scorta di tali indicazioni giurisprudenziali, il problema, di carattere tuttavia solo dogmatico, è rappresentato dall'analizzare se l'art. 416 c.p., quando menziona l'associazione per la commissione di più delitti, possa essere riferito al caso in cui l'emittente e l'utilizzatore non possano concorrere tra loro nello stesso reato, ma il primo risponda ex art. 8 d.lg. n. 74/2000 ed il secondo per il reato di cui all'art. 2.

Il quesito da risolvere, pertanto, è se l'art. 416 c.p. richieda necessariamente che gli associati per delinquere siano concorrenti tra loro nella commissione dei vari delitti scopo, oppure esso possa essere applicato anche se ciascuno degli associati pone in essere autonome fattispecie differenti.

La giurisprudenza prevalente, da una parte, ritiene configurabile il reato di associazione per delinquere anche nella seconda delle ipotesi citate, in quanto risposta riferita volta per volta a situazioni di fatto; la migliore dottrina, invece, ritiene che non si tratti di una prospettiva di fatto di realizzazione dei reati, bensì di una impossibilità giuridica a priori di concorso, stabilita dallo stesso legislatore che ha introdotto con l'art. 9 d.lg. n. 74/2000 una norma specificamente derogatoria, con la conseguenza che pare debba rispondersi negativamente alla configurabilità dell'art. 416 c.p. nel caso in cui strutturalmente non sia verificabile la commissione di delitti-scopo tra i vari associati.

Diversa, ovviamente, sarà la posizione soggettiva del cosiddetto "intermediario", per il quale non sussisteranno difficoltà di sorta a configurare il concorso sia con l'emittente che con l'utilizzatore.

Nella sua attuale configurazione, il fenomeno delle frodi all'Iva sugli scambi intracomunitari è stato oggetto di attenzioni anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea [(29)].

L'analisi effettuata dai giudici europei sulle fattispecie oggetto delle sentenze, ricalcanti nella loro dinamica gli schemi classici del sistema di frode all'Iva intracomunitaria, appare significativa per una serie di circostanze.

In ordine ai requisiti che deve possedere un'operazione per poter beneficiare del regime di non imponibilità connesso al trasferimento del bene in altro Stato membro, si è affermato infatti che il regime transitorio in vigore per gli scambi intracomunitari non rappresenta un diritto naturale del contribuente, sul quale grava, pertanto, l'onere probatorio circa la sussistenza delle condizioni previste dalla legge.

Si sono poi analizzati gli ambiti di responsabilità del cedente nel caso in cui l'esportazione del bene sia incombenza dell'acquirente, insieme ad alcune questioni pregiudiziali afferenti l'esatta portata delle disposizioni comunitarie poste a disciplina degli acquisti intracomunitari: è presupposto indispensabile, in tale contesto, individuare con precisione tra quali contribuenti sia intercorsa l'operazione di scambio intracomunitario, in modo tale che possa essere attribuita ad un soggetto la responsabilità del mancato versamento dell'Iva in caso di irregolarità.

I giudici europei hanno inoltre concluso per la necessità che la spedizione del bene si consideri perfezionata all'atto dell'uscita del bene dal territorio di residenza del cedente, rimettendo altresì a quest'ultimo l'onere di fornire la prova [(30)].

Ciò che maggiormente preme sottolineare, sta nel fatto che il caso di specie ha consentito alla Corte di Giustizia di scandagliare in profondità il grado di responsabilità ascrivibile al cedente residente che abbia adottato l'ordinaria diligenza al fine di avere contezza dell'effettiva integrazione dei requisiti richiesti dalla legge ai fini dell'applicazione del regime di non imponibilità connesso alle cessioni intracomunitarie.

Il soggetto passivo che effettua cessioni intracomunitarie è infatti tenuto ad adottare tutte le misure che si possono ragionevolmente pretendere allo scopo di evitare di alimentare circuiti fraudolenti volti all'evasione dell'imposta.

Il cedente residente, pertanto, deve farsi parte attiva per non essere coinvolto, seppure inconsapevolmente, in condotte fraudolente, anche se da queste non ne trae beneficio, non potendosi pertanto limitare al formale assolvimento delle incombenze di propria spettanza. Ma l'azione impositiva dell'Amministrazione finanziaria, come sottolineato dai giudici comunitari, deve rispettare alcuni principi basilari del diritto.

In particolare, è necessario che l'attivazione ai fini del recupero dell'Iva debba basarsi su circostanze che abbiano effettivamente creato un pregiudizio per l'Erario; è altrettanto imprescindibile, poi, l'ossequio al principio di proporzionalità, per effetto del quale non è consentito pretendere dal contribuente obblighi eccedenti la propria sfera ordinaria di azione.

Di talché, ove il cedente nazionale abbia adottato la descritta diligenza nel realizzare le proprie operazioni di vendita intracomunitaria, si pone in contrasto con la normativa europea e, in particolare, con la certezza del diritto e della stabilità dei rapporti tributari, l'eventuale azione di accertamento dell'Amministrazione finanziaria con cui sia richiesta, a posteriori, l'imposta risultata evasa a causa di un comportamento illecito altrui.

Dall'analisi della giurisprudenza, non soltanto nazionale, che si è occupata delle frodi all'Iva, è emersa prepotentemente l'incapacità della leva penale, che invece dovrebbe essere lo strumento più efficace per scardinare le iniziative di chi, sovente, non teme affatto le reazioni dell'ordinamento sul piano amministrativo e tributario, in quanto insolvibile e/o irreperibile.

Altra difficoltà è dovuta alla circostanza per cui spesso la prova dei delitti di frode fiscale è legata alla non sempre agevole dimostrazione dell'inesistenza soggettiva delle operazioni poste in essere; sono intuitive, infatti, le problematiche per l'organo della Pubblica accusa nel dimostrare l'interposizione fittizia di società se l'interposto dispone di struttura imprenditoriale, ancorché minima, istituisce e tiene le scritture contabili in conformità alle norme, presenta le dichiarazioni annuali fedeli quanto ad imponibile ed imposta (seppure non versata), e pratica prezzi concorrenziali ma non "fuori mercato", eseguendo ogni operazione utilizzando i normali canali bancari.

Da più parti, quindi, si era richiamata l'inadeguatezza della normativa di contrasto alle frodi Iva, dovuta anche e soprattutto alla lentezza fisiologica dell'ordinamento nazionale e comunitario nel coordinamento investigativo e nella conseguente risposta sanzionatoria, sollecitando l'esigenza di rafforzare le prassi operative e lo scambio di

informazioni tra i vari Stati membri dell'Unione europea e la creazione di nuovi e più incisivi strumenti di repressione amministrativa e penale al fenomeno delle frodi all'Iva.

Tale richiamo è stato accolto dalla Comunità europea, che sul fronte dello scambio di informazioni ha introdotto nuovi e più puntuali regolamenti in materia (Regolamenti CEE n. 1789/03 e n. 1925/04), identificando le categorie di informazioni scambiabili senza obblighi di richiesta preventiva ed in tempi rapidi, al fine di consentire così un accertamento più immediato delle operazioni fraudolente a carattere transnazionale.

Sul versante nazionale, poi, più che una semplice menzione va riservata alle importanti intese raggiunte tra l'Agenzia delle Entrate, quella delle Dogane e la Guardia di Finanza per il miglioramento della qualità dell'attività investigativa (31).

Infine, il legislatore ha recentemente introdotto nella legge Iva una nuova disposizione fiscale a carattere antielusivo, finalizzata a contrastare sul piano amministrativo le frodi all'imposta sul valore aggiunto.

5. I rimedi introdotti dal legislatore italiano.

a) *La solidarietà del cessionario, art. 60 bis d.p.r. 26-10-1972, n. 633.*

L'art. 1, 386° co., legge 30-12-2004, n. 311, cosiddetta Finanziaria 2005, ha introdotto nel d.p.r. 26-10-1972, n. 633, al Titolo IV rubricato «Accertamento e riscossione», dopo l'art. 60 «Pagamento delle imposte accertate», l'art. 60 bis, denominato «Solidarietà nel pagamento dell'imposta», che nel sistema Iva rappresenta appunto una novità tesa a contrastare in particolare le frodi intracomunitarie attuate mediante l'interposizione fittizia di soggetti nella catena di scambi tra i Paesi membri dell'Unione europea, ed in particolare quelle frodi basate sulla cosiddetta "vendita sottocosto", tentando così di recuperare l'Iva evasa e ristabilire la neutralità dell'imposta dal lato dell'erario.

A tal fine, il legislatore si è avvalso della facoltà prevista dall'art. 21, 3° co., della VI direttiva del Consiglio dell'Unione europea, n. 77/388/CEE del 17-5-1977, ora trasposto negli artt. da 193 a 205 della nuova Direttiva Iva del 28-11-2006, n. 2006/112/CE, secondo cui gli Stati membri possono adottare disposizioni in base alle quali un soggetto che non è debitore d'imposta può essere considerato responsabile in solido del versamento dell'imposta stessa.

Secondo la nuova norma di cui all'art. 60 bis, per il commercio di beni individuati in un apposito decreto emanato dal Ministro dell'economia e delle finanze, di cui si dirà in seguito, in caso di mancato versamento da parte del cedente dell'imposta relativa alle cessioni effettuate a prezzi inferiori al valore normale, il cessionario, soggetto agli adempimenti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, è obbligato solidalmente al pagamento dell'imposta.

I presupposti per l'applicazione legittima della responsabilità solidale del cessionario del bene, quindi, possono così riassumersi: cessioni effettuate ad un prezzo inferiore al valore normale del bene; omesso versamento dell'imposta da parte del cedente;

cessione effettuata ad un soggetto passivo d'imposta; il bene ceduto deve infine rientrare tra quelli indicati dal d.m. 22-12-2005.

Attraverso l'art. 1 di tale decreto, infatti, il Ministro dell'economia e delle finanze ha tassativamente previsto l'applicazione dell'art. 60 bis esclusivamente per le cessioni aventi ad oggetto: autoveicoli, motoveicoli, rimorchi; prodotti di telefonia e loro accessori; personal computers, nonché loro componenti ed accessori; animali vivi delle specie bovina, ovina e suina e le loro carni fresche.

Nel preambolo del decreto si legge che «la necessità di individuare i settori per i quali opera la solidarietà nel pagamento dell'imposta sul valore aggiunto (...) deriva dalla necessità di contrastare i fenomeni di frode che incidono direttamente sul bilancio dell'Unione europea e, quindi, sulle risorse disponibili per l'attuazione delle politiche comunitarie».

Secondo l'interpretazione autentica, quindi, l'art. 60 bis si dovrebbe applicare solo nei casi in cui vengano accertate frodi comunitarie attuate mediante l'interposizione fittizia di persona nel commercio dei beni sopra indicati.

Tale conclusione pare essere suffragata dal fatto che la Corte di Giustizia dell'Unione europea [32] ha statuito che «i negozi estranei alla truffa costituiscono operazioni imponibili, in quanto imputabili ad un soggetto passivo, la cui facoltà di dedurre l'imposta non viene meno per il fatto che, senza che ne abbia conoscenza, i detti negozi si integrano in una catena di scambi illegali. In sostanza, il sistema comune dell'Iva non consente di negare il beneficio della deduzione a chi, in buona fede, acquisti dei beni ignaro della macchinazione del venditore».

Sarebbe quindi logico dedurre che la detrazione dell'imposta è consentita al cessionario del bene nel caso in cui non sia stata accertata la frode, poiché è ovvio che in tali ipotesi il cessionario non può essere certo chiamato a rispondere dell'imposta non versata al cedente per circostanze afferenti solo e soltanto alla sfera economico-finanziaria di quest'ultimo.

Altro e diverso discorso, invece, deve essere fatto nel caso di frode accertata; infatti, poiché non v'è possibilità alcuna di recuperare l'Iva da parte del cedente, soggetto interposto, il cessionario del bene, soggetto interponente, che ha organizzato la frode per ottenere indebiti vantaggi fiscali nella consapevolezza che l'interposto non verserà all'erario l'imposta addebitata in fattura, non può legittimamente computare in detrazione detta imposta, in quanto relativa a fatturazione per operazione inesistente, ma deve anche rispondere del mancato pagamento dell'Iva da parte del cedente, che ha formalmente posto in essere l'operazione di vendita.

Sostanzialmente, quindi, solo nel caso in cui venga dimostrato che l'acquirente intervenga scientemente in un'operazione di frode e che incorra in un abuso del diritto si potrà contestare allo stesso, in armonia col sistema comunitario, il diritto alla detrazione dell'Iva e la responsabilità nel pagamento dell'imposta non versata dal cedente.

L'Agenzia delle Entrate, con una recente circolare [33], nel fissare le linee guida relative all'attività di controllo per l'anno 2007, ha precisato che sarà intensificata l'attività di

contrasto alle frodi Iva, con particolare riguardo alle frodi intracomunitarie, grazie anche all'ausilio delle banche dati e delle applicazioni informatiche a disposizione, indirizzando maggiore attenzione all'individuazione dei soggetti interponenti nelle triangolazioni fraudolente, nonché, in generale, dei soggetti beneficiari delle operazioni fraudolente poste in essere; proprio tale azione dovrebbe costituire il presupposto necessario per l'applicazione dell'art. 60 bis, alla quale dovrà essere affiancata l'ulteriore attività di coordinamento con gli organi dell'Agenzia delle Dogane e della Guardia di Finanza, al fine di realizzare un coordinamento sistematico ed organizzato.

Da tali istruzioni si evince che il controllo limitato al solo cedente del bene, sospetto interposto, seppure necessario, non può considerarsi sufficiente ai fini della successiva contestazione nei confronti del cessionario, sospetto interponente; in effetti, la verifica anche nei confronti di quest'ultimo trova la sua ragion d'essere nella necessità di acquisire tutte le informazioni occorrenti per dimostrare o far fondatamente presumere che il cedente sia realmente un interposto che abbia effettuato un acquisto intracomunitario dei beni rivenduti all'interponente ad un prezzo, comprensivo di Iva, più o meno identico al costo di acquisto del bene dal fornitore comunitario.

Ebbene, anche se l'art. 60 bis in commento non prevede che debba essere compiuta un'istruttoria nei confronti del cessionario prima dell'emanazione dell'atto impositivo nei suoi confronti, occorre che, nel rispetto del principio di correttezza tra Amministrazione finanziaria e contribuente sancito dagli artt. 6 e 7 legge 27-7-2000, n. 212 [34], lo stesso venga interessato, per permettergli di presentare le proprie osservazioni. Il cessionario, quindi, potrà essere chiamato a rispondere in via solidale del pagamento del tributo non versato dal cedente, qualora il prezzo di acquisto dei beni risulti inferiore al suo "valore normale".

La disposizione risulta di difficile applicazione, in quanto non è agevole né immediato individuare in concreto il valore normale dei beni indicati dal decreto ministeriale del 22-12-2005, potendo essi assumere prezzi diversi in ciascuno Stato membro.

La nozione di "valore normale" la si desume dall'art. 14, 3° co., d.p.r. 26-10-1972, n. 633, secondo cui «per valore normale dei beni e dei servizi si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per beni o servizi della stessa specie o similari in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui è stata effettuata l'operazione o nel tempo e nel luogo più prossimi»; tale definizione si scontra con la realtà emergente dalla diffusione delle frodi Iva, in cui il valore normale è in realtà quello desumibile dal mancato versamento dell'imposta stessa, essendo fatto noto quello per cui se un operatore onesto si affaccia sul mercato e pretende di operare fuori dalla filiera che caratterizza le frodi intracomunitarie, corre il rischio di essere "tagliato fuori" dal mercato perché economicamente quello proposto non è più un valore normale.

Il legislatore, dopo avere presunto e posto alla base del proprio ragionamento la complicità del cessionario nell'evasione dell'Iva perpetrata dal cedente con l'omesso

versamento, ha altresì previsto, al terzo comma della norma, la possibilità per il cessionario di dimostrare la propria estraneità all'operazione illecita.

Infatti, il cessionario, obbligato solidale, può dimostrare "documentalmente" che il prezzo inferiore al valore normale sia stato determinato: in ragione di eventi o situazioni di fatto oggettivamente rilevabili o sulla base di specifiche disposizioni di legge, e che comunque il fatto che il prezzo sia stato determinato per un importo inferiore al valore normale non è connesso con il mancato pagamento dell'imposta. Tale secondo requisito, essendo difficilmente dimostrabile, rischia di trasformare una presunzione relativa, di fatto, in una presunzione assoluta di complicità tra cedente e cessionario.

Anche l'Assonime, con circ. 3-2-2005, ha precisato che il ricorso all'applicazione della disposizione di cui all'art. 60 bis, dovrà essere attentamente valutato a livello operativo per non rischiare di incorrere nella violazione dell'art. 11, par. A, 1° co., lett. *a*), della VI direttiva comunitaria, e, quindi, dell'art. 13 d.p.r. n. 633/1972, che assumono come imponibile il corrispettivo dell'operazione e non già, in presenza di un corrispettivo dichiarato, il valore normale della stessa, nei tanti casi in cui la determinazione di un corrispettivo inferiore al valore commerciale è dovuta a situazioni di mercato, difficoltà economiche personali, ecc...

Accanto alla risposta sul piano più strettamente fiscale ed amministrativo al fenomeno delle frodi all'Iva, il legislatore ha altresì ottemperato alla richiesta, da più parti rivolta, di un efficace deterrente penale alla illecita sottrazione dell'Iva, in quanto dall'ambito di operatività delle specifiche norme penali tributarie, restavano escluse l'indebita appropriazione dell'Iva da parte di chi avesse per scopo l'illecito profitto di incamerarsi l'imposta non versata.

Si è quindi adeguato l'apparato repressivo penalistico, riequilibrando in tal modo l'assetto normativo finalizzato all'efficace contrasto della criminalità fiscale.

b) *Artt. 10 ter e 10 quater d.lg. 10-3-2000, n. 74.*

Con l'art. 35, 7° co., d.l. n. 223 emanato il 4-7-2006 (il c.d. decreto Visco-Bersani), il legislatore ha introdotto, oltre ad una serie di importanti novità di carattere fiscale, in parte sopra richiamate, anche due nuove fattispecie di reati tributari: l'art. 10 ter (omesso versamento Iva) e l'art. 10 quater (indebita compensazione).

È stata così parzialmente corretta la filosofia portante della riforma della disciplina penal-tributaria avvenuta nel 2000 - consistente nella creazione di sole fattispecie di danno, escludendo violazioni formali - nel senso che l'omesso versamento costituisce già di per sé reato.

L'art. 10 ter del citato decreto n. 74, statuisce testualmente che: «La disposizione di cui all'art. 10 bis si applica, nei limiti ivi previsti, anche a chiunque non versa l'imposta sul valore aggiunto dovuta in base alla dichiarazione annuale, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo».

Attraverso il riferimento espresso che l'art. 10 ter fa all'art. 10 bis (ovvero al delitto di omesso versamento di ritenute certificate), l'importo dell'Iva non versata, per essere

penalmente rilevante, dovrà corrispondere ad una cifra superiore ad euro 50.000,00 per ciascun periodo d'imposta.

L'Iva cui si è omesso il versamento, inoltre, dovrà essere «dovuta in base alla dichiarazione annuale», essendo penalmente irrilevante l'omesso versamento dell'Iva dovuta sulla base delle dichiarazioni trimestrali o semestrali.

Tuttavia, quand'anche la soglia di euro 50.000 venga superata, per poter dirsi integrata la nuova fattispecie penale di cui all'art. 10 ter d.lg. 10-3-2000, n. 74, è importante appurare la tempistica di versamento dell'imposta sul valore aggiunto: infatti, anche secondo quanto espresso dalla circ. 4-8-2006, n. 28/E emanata dall'Agenzia delle Entrate (contenente i primi chiarimenti al d.l. n. 223/2006), dal momento che l'Iva dovrebbe essere pagata entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo, il reato si perfezionerà quando una cifra maggiore ad euro 50.000 di Iva non sarà versata entro il 27 dicembre di ogni anno [(35)].

Essendo la condotta punibile concretata da un comportamento omissivo, risultano ad essa riconducibili sia l'ipotesi del contribuente Iva che omette di versare l'imposta derivante dallo svolgimento della propria attività imprenditoriale o professionale, sia il caso di chi svolge, appunto, l'attività di "interposto" in condotte fraudolente afferenti al settore delle cosiddette "frodi carosello" all'Iva intracomunitaria.

Com'è noto, l'obbligo di versamento dell'Iva non viene adempiuto una sola volta nell'arco del periodo di imposta, essendo i contribuenti tenuti alle liquidazioni ed ai conseguenti versamenti periodici, nonché al versamento dell'acconto ed a quello relativo al saldo risultante dalla dichiarazione annuale.

Il reato in esame non può concorrere con quelli di dichiarazione fraudolenta e di dichiarazione infedele, di cui rispettivamente agli artt. 3 e 4 d.lg. n. 74/2000, in quanto è punibile soltanto l'omesso versamento dell'imposta "dovuta in base alla dichiarazione" e non dell'imposta "effettivamente dovuta".

Pertanto non sono punibili ex art. 10 ter, ma solo ed esclusivamente sulla base dei reati sopracitati, quei contribuenti che, nell'esercizio della loro attività imprenditoriale o professionale, abbiano incassato proventi o compensi "in nero", ovvero abbiano detratto costi fittizi, dato che essi non hanno commesso alcuna evasione in sede di versamento del tributo, bensì al momento della presentazione della dichiarazione mendace.

Un possibile caso di concorso invece è con l'art. 8 d.lg. citato, avendo l'emittente (c.d. "cartiera", totale o parziale) indicato in dichiarazione gli elementi attivi relativi alle false fatture emesse, da cui emerge un debito Iva, che poi non viene onorato.

Si discute se chi viene incriminato per il reato in esame possa fruire della circostanza attenuante di cui all'art. 13 d.lg. n. 74/2000 (da cui deriva la riduzione della pena fino alla metà, e la disapplicazione delle pene accessorie), che si realizza quando il contribuente, prima dell'apertura del dibattimento, effettua il pagamento dei debiti tributari.

L'applicazione di tale circostanza è subordinata all'intervenuta adesione all'accertamento o alla conciliazione giudiziale, «anche a seguito delle speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie».

La regolarizzazione della cosiddetta comunicazione di irregolarità emessa dall'Agenzia delle Entrate, infatti, una volta constatato l'omesso versamento, non riguarda la fase dell'accertamento, bensì quella di liquidazione del tributo (art. 54 bis d.p.r. n. 633/1972 ed art. 2 d.lg. n. 462/1997).

Al riguardo va comunque ricordato che la relazione ministeriale al decreto n. 74 sui reati tributari affermava che «la formula è volutamente aperta, al fine di consentire l'adattamento automatico del disposto normativo ad eventuali nuovi istituti di futura introduzione: un richiamo nominativo degli istituti esistenti conferirebbe, per vero, una non auspicabile rigidità alla previsione normativa». Tenuto conto, quindi, dell'intervenuta estensione della tutela penale tributaria di questi ultimi anni all'evasione fiscale in sede riscossiva, pare potersi concludere per l'applicabilità dell'art. 13 qualora sia intercorsa la regolarizzazione amministrativa delle comunicazioni di irregolarità.

Gli artt. 19, 20 e 21 d.lg. n. 74/2000, peraltro, stabiliscono che se un medesimo fatto costituisce contemporaneamente violazione amministrativa e penale, i due procedimenti proseguono autonomamente. Ma se il processo penale termina con la condanna, l'Agenzia delle Entrate non può irrogare la sanzione amministrativa, in quanto trova applicazione soltanto la sanzione penale, in applicazione del principio di specialità di cui all'art. 9 legge 24-11-1981, n. 689.

Orbene, siccome il delitto di omesso versamento Iva si fonda sui medesimi fatti che integrano la violazione amministrativa di omesso versamento (art. 13 d.lg. 18-12-1997, n. 471), l'Agenzia delle Entrate, dopo aver trasmesso la notizia di reato, deve sospendere l'irrogazione della sanzione amministrativa, per poi provvedere al suo sgravio in caso di condanna penale.

È evidente, infatti, che qualora il contribuente abbia regolarizzato la comunicazione della violazione per fruire della circostanza attenuante di cui all'art. 13 d.lg. n. 74/2000, non può chiedere il rimborso della sanzione amministrativa pagata in quella sede.

Molto importante è la tematica dell'elemento psicologico necessario ad integrare tale reato (e le stesse considerazioni andranno estese al delitto di cui all'art. 10 quater, del quale si parlerà più avanti). È richiesto infatti il dolo generico, integrato dalla semplice volontà di non versare l'Iva.

Al momento non è possibile prevedere se la giurisprudenza riterrà il difetto di dolo nel caso in cui l'imprenditore voglia versare davvero l'Iva a debito, ma non possa farlo a causa delle difficoltà economiche in cui versa l'azienda, avendo privilegiato in precedenza il pagamento dei salari ai dipendenti; ne conseguirebbe infatti la non punibilità, per assenza dell'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie.

Esaurita l'analisi dell'art. 10 ter, resta da considerare la fattispecie delittuosa prevista dall'art. 10 quater d.lg. 10-3-2000, n. 74.

La nuova fattispecie incriminatrice, rubricata «Indebita compensazione» dispone che «la disposizione di cui all'art. 10 bis si applica, nei limiti ivi previsti, anche a chiunque non versa le somme dovute utilizzando in compensazione, ai sensi dell'art. 17 d.lg. 9-7-1997, n. 241, crediti non spettanti o inesistenti».

La norma, quindi, introduce una nuova fattispecie delittuosa che, in materia di violazione degli obblighi di versamento, punisce la compensazione dei debiti d'imposta con crediti non spettanti o inesistenti. La norma si applica ai tributi compensabili ai sensi dell'art. 17 d.lg. n. 241/1997. La disposizione citata consente al contribuente di utilizzare, nel nuovo sistema dei versamenti unitari delle imposte, dei contributi dovuti all'INPS e delle altre somme a favore dello Stato, delle Regioni e degli enti previdenziali, l'eventuale compensazione dei crediti dello stesso periodo nei confronti dei medesimi soggetti, risultanti dalle dichiarazioni e dalle denunce periodiche.

Proseguendo nell'esame degli elementi costitutivi del reato, soggetto attivo può essere qualsiasi contribuente, non essendo un reato proprio di una determinata categoria di soggetti. Rispetto all'introduzione dell'art. 10 ter c'è da rilevare come l'ipotesi in questione punisca una condotta mista commissiva (indebita compensazione) e omissiva (omesso versamento), ad accertamento complesso, poiché occorre una indagine di merito sulla esistenza e spettanza del credito compensato che, almeno nella ipotesi della compensazione di credito inesistente, presenta certamente connotati fraudolenti.

Il delitto è istantaneo, e si perfezionerà, quindi, nel momento in cui verrà operata la compensazione per un importo superiore alla soglia di punibilità pari a euro 50.000,00 con riferimento al singolo periodo d'imposta.

Quest'ultima soglia è, per esplicito richiamo pari a quello di cui all'art. 10 ter, quella contemplata dall'art. 10 bis in materia di omesso versamento di ritenute certificate. Per determinare il superamento della soglia quantitativa occorrerà fare perciò riferimento alla somma dei crediti inesistenti o non spettanti portati in compensazione nell'ambito dello stesso anno solare.

Inoltre, come precisato dal par. 4 della circ. n. 28/E richiamata, nel caso in cui, nel corso di uno stesso periodo d'imposta, siano state effettuate compensazioni con crediti non spettanti o inesistenti per importi inferiori alla soglia, il delitto si perfezionerà alla data in cui si procede, nel medesimo periodo d'imposta, alla compensazione di un ulteriore importo di crediti non spettanti o inesistenti che, sommato agli importi già utilizzati in compensazione, sia superiore a euro 50.000,00.

Pare degna di maggior pregio la impostazione seguita dalla migliore dottrina, che considera la soglia quantitativa quale vero e proprio elemento costitutivo del reato, che dovrà pertanto formare oggetto del dolo dell'agente.

Proprio per quanto riguarda l'elemento soggettivo richiesto dal delitto, valgano anche per l'art. 10 quater le considerazioni già svolte per il precedente art. 10 ter, in special modo per la richiesta sussistenza del dolo generico, ovvero la consapevolezza e la volontà di portare in compensazione crediti inesistenti o non spettanti.

Così come per l'art. 10 ter, e a differenza di tutte le altre figure di reato previste nel decreto n. 74/2000, la fattispecie di cui all'art. 10 quater, al pari di quella ex artt. 10 bis e 10 ter, non prevede il dolo specifico di evasione e, sotto questo profilo, pertanto, si evidenzia un contrasto con la politica criminale cui è improntato il citato decreto.

Infine, dal punto di vista sanzionatorio, la nuova fattispecie criminosa prevede la pena della reclusione da sei mesi a due anni, esattamente identica a quella già prevista per il richiamato art. 10 bis.

La conclusione che sembra lecito trarre dall'analisi delle fattispecie penali di cui sopra, è che l'introduzione dei reati di omesso versamento dell'Iva e di indebita compensazione rappresenti un'ulteriore conferma del parziale ripensamento in merito alle scelte operate dal legislatore nel 2000 in campo penale tributario, rappresentate da una notevole riduzione del numero degli illeciti di rilievo penale in campo fiscale.

Rimane comunque coerente con lo spirito della legge delega del 1999, al quale si è attenuto l'impianto normativo del d.lg. n. 74/2000, la scelta di non prevedere illeciti penali contravvenzionali (puniti con l'arresto e/o l'ammenda), configurando entrambe le nuove fattispecie come delitti.

In ogni caso, appare evidente come la previsione delle due nuove figure di reato si identifichi in una forte presa di posizione di fronte all'emergere di fenomeni di evasione nel campo della riscossione che, se non arginati, anche ricorrendo, come è avvenuto, all'extrema ratio della sanzione penale, possono rappresentare una diffusa e grave compromissione degli interessi erariali.

6. I nuovi possibili contrasti al fenomeno delle frodi comunitarie.

La lesività del fenomeno delle frodi comunitarie, nel corso degli anni ha imposto all'Unione europea ed ai singoli Stati membri ad essa aderenti l'adozione di misure nuove e maggiormente severe per tentare almeno di ridimensionare, stante l'impossibilità di reprimerli, gli illeciti commessi a danno degli interessi finanziari dell'Unione.

Non si può nascondere, tuttavia, che questi tentativi non avranno completa efficacia fino a quando le competenze in materia di indagini e repressione delle frodi rimarranno prerogativa delle singole autorità nazionali.

La comunicazione tra gli Stati Membri, infatti, risulta ancora lenta e la Commissione europea denuncia che quando i suoi funzionari vengono inviati negli Stati Membri per indagini, in alcuni Paesi sono ammessi a collaborare con gli uffici del pubblico ministero, in altri sono solo considerati testimoni o consulenti tecnici. Già nel 1998 la Commissione aveva rilevato che l'ostacolo principale a una repressione effettiva della frode era indubbiamente il frazionamento dello spazio penale europeo. Attualmente, infatti, l'Unione è ancora sprovvista di un organo che eserciti l'azione penale per contrastare le frodi lesive dei suoi interessi finanziari.

L'esigenza di contrastare il dilagare di tali fenomeni, introducendo una normativa comune in tale materia, ha indotto la Commissione europea alla presentazione in data 23-5-2001 della proposta di direttiva per la creazione di una Procura europea.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO
Questo nuovo organo dovrebbe avere la direzione centralizzata degli atti istruttori e dell'azione penale, e consentire quindi all'Unione di disporre del mezzo per garantire la tutela dei suoi interessi finanziari in modo uguale sul suo intero, e sempre più vasto, territorio. L'idea di istituire un procuratore europeo, con funzioni di collegamento tra le autorità comunitarie e quelle nazionali, preposte alla tutela delle frodi finanziarie in ambito comunitario, venne ripresa nel dicembre 2001, con la presentazione da parte della Commissione europea di un «Libro Verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea» finalizzato a recepire i pareri degli Stati membri e trarre le conclusioni in vista di una successiva proposta di revisione dei Trattati. La Procura europea delineata dalla Commissione si realizzerebbe attraverso un rapporto gerarchico, appunto, di un Procuratore europeo stanziato a Bruxelles, nonché i singoli procuratori nazionali residenti nelle capitali dei Paesi membri. Il Procuratore europeo, inoltre, avrebbe una propria competenza diretta, una legislazione di riferimento e, soprattutto, sarebbe titolare dell'azione penale da esercitare dinanzi alle giurisdizioni degli Stati membri.

In particolare, la Commissione propone di inserire nel Trattato CE un art. 280 bis, in base al quale la Procura europea avrebbe il compito di «ricercare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari della Comunità e di esercitare dinanzi ai tribunali competenti degli Stati membri l'azione penale relativa a questi reati, nel quadro delle regole fissate dal legislatore comunitario».

Per quanto attiene invece le disposizioni concernenti i rapporti interni tra il Procuratore europeo ed i Procuratori delegati, i rapporti tra la Procura europea e le istituzioni competenti nazionali, siano essi organi giudiziari o di polizia, troverebbero la base giuridica più appropriata nelle norme di diritto derivato, per loro natura più idonee a garantire il raccordo tra il dispositivo comunitario e i sistemi penali nazionali.

Sarebbe il Consiglio a nominare il Procuratore europeo, a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione e previo parere conforme del Parlamento europeo.

Il Trattato riveduto lascerebbe inoltre al diritto comunitario derivato il compito di precisare lo statuto del Procuratore (composizione, sede, ecc.), secondo la procedura di cui all'art. 251 del Trattato CE (maggioranza qualificata del Consiglio e codecisione del Parlamento).

Egli, infatti, in coordinamento con le competenti autorità nazionali, agirebbe all'interno di uno spazio comune di attività investigativa e di azione penale, e i suoi atti avrebbero valore identico in tutti gli Stati membri.

Dovrebbe, in primo luogo, raccogliere tutti gli elementi di prova, a carico e a favore, per permettere - ove necessario - di avviare l'azione penale nei confronti degli autori dei reati. Sarebbe incaricato di dirigere le inchieste, ricorrendo alle autorità investigative esistenti per svolgere le indagini, e di coordinare l'azione penale, disponendo di una competenza specialistica prevalente su quella delle autorità nazionali responsabili dell'azione penale. Con queste ultime, peraltro, sono già previste particolari forme di coordinamento, per assicurare il pieno rispetto del cosiddetto principio del ne bis in idem previsto dall'art. 50 della Carta dei diritti

fondamentali dell'Unione europea, secondo il quale «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva, conformemente alla legge». Il Libro verde prevede inoltre che gli atti eseguiti sotto l'autorità della Procura europea, nella misura in cui potrebbero mettere in causa le libertà individuali e i diritti fondamentali, dovrebbero essere soggetti al controllo del tribunale nazionale, con le funzioni di tribunale della libertà. In tal modo il controllo esercitato in uno Stato membro, verrebbe riconosciuto nell'intera Comunità, per consentire l'esecuzione degli atti autorizzati e per rendere ammissibili le prove raccolte in qualunque altro Stato membro.

Per la Commissione rimane pertanto essenziale che la funzione giudicante resti a livello nazionale e che non si crei invece un organo giurisdizionale comunitario competente a giudicare nel merito. Da quanto esposto, si nota come la creazione della Procura europea non determinerebbe dei cambiamenti rilevanti nell'ambito dei sistemi nazionali in materia di indagini e azione penale, poiché resterebbero a livello nazionale le forze di polizia giudiziaria, il controllo giudiziario (tribunale della libertà e, eventualmente, giudice del rinvio a giudizio), la fase di giudizio e l'esecuzione della sentenza.

Il progetto per la creazione di una Procura europea, tuttavia, ha formato oggetto di un'accesa discussione nell'ambito della Convenzione europea, la quale alla fine ha elaborato un progetto di trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, presentata il 18-7-2003 e firmata a Roma il 29-10-2004.

Sebbene la realizzazione di una Procura europea sia ancora nel piano dell'astrazione, recentemente si è fatto invece un enorme passo in avanti attraverso la creazione di un nuovo istituto di cooperazione giudiziaria internazionale: il mandato di cattura europeo, del quale si accennerà solamente.

La Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 13-6-2002, relativa al mandato di arresto europeo e alla procedura di consegna tra gli Stati membri (36), è stata adottata in attuazione dell'art. 34, 2° co., lett. *b*), del Trattato UE, che attribuisce al Consiglio il potere di adottare decisioni quadro per il riavvicinamento delle normative statali nei settori del cosiddetto "terzo pilastro", fondato sulla cooperazione di polizia e autorità giudiziaria in materia penale.

Il mandato di arresto europeo costituisce la prima concretizzazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, che il Consiglio europeo di Tampere del 1999 aveva definito come il fondamento della cooperazione giudiziaria, invitando gli Stati membri ad attuare un sistema di consegna più rapido e semplificato, improntato sulla libera circolazione delle decisioni tra le autorità giudiziarie dei Paesi dell'Unione.

Nell'ordinamento nazionale le disposizioni per conformare il diritto interno alla Decisione quadro 2002/584/GAI sono state recepite nella legge 22-4-2005, n. 69. Tale adattamento ha comportato un cambiamento anche dei soggetti del rapporto, in quanto si è passati da un accordo in cui la decisione di concedere o negare

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

l'estradizione veniva assunta dall'autorità politica, a quello in cui la decisione sulla consegna verso l'esterno viene adottata, salvo casi particolari, dalle autorità giudiziarie. Come esplicitato dall'art. 7 della Decisione quadro - secondo il quale alle autorità centrali possono essere affidati compiti di trasmissione e ricezione amministrativa dei mandati di arresto europei e della corrispondenza ufficiale ad essi relativa -, l'Italia designa come autorità centrale per assistere le autorità giudiziarie competenti, il Ministro della giustizia (art. 4 l. n. 69/2005).

La competenza ad emettere il mandato europeo e a darvi esecuzione è invece riservata alle autorità giudiziarie.

Ma il mandato di arresto europeo non è il solo strumento che potrebbe dare nuovo vigore, e maggiore efficacia, all'attività di contrasto delle frodi comunitarie.

Un ulteriore tassello, infatti, potrebbe essere rappresentato dalla cooperazione tra l'Ufficio del Pubblico ministero penale e quello del pubblico ministero presso la Corte dei Conti.

Ciò poiché spesso gli artefici delle frodi comunitarie contano su deviazioni o colpose disattenzioni degli organi pubblici deputati ai controlli, nonché su comportamenti quanto meno negligenti, che il pubblico ministero penale, se non concretano l'abuso di atti di ufficio, il favoreggiamento o altra fattispecie di reato, non può perseguire, diversamente dal p.m. contabile, quando, beninteso, tali deviazioni delle regole amministrative siano in rapporto di causalità con il danno. La stessa frode inoltre, per sua natura, è un reato che si articola, di norma, in una serie di "passaggi", di attività, talune delle quali inevitabilmente sono all'interno del sistema pubblico di controllo ed erogazione degli aiuti: un sistema burocratico-amministrativo rispetto al quale il p.m. contabile, per sua vocazione, ha una qualificata sensibilità e maggiori "strumenti" di conoscenza.

In materia di frodi comunitarie, infatti, l'area del danno risarcibile si estende anche ai costi di procedure amministrative illecitamente deviate verso il conseguimento del risultato della frode, nonché al danno arrecato all'immagine dello Stato dai funzionari infedeli o gravemente negligenti: ciò consente di aggiungere che l'azione del pubblico ministero contabile, pur giovandosi della collaborazione del pubblico ministero penale, non interferirebbe con quest'ultimo, essendo sostanzialmente diverse le finalità delle rispettive azioni, l'una indirizzata verso l'accertamento di responsabilità penali e l'irrogazione delle sanzioni previste dal codice penale, l'altra verso il risarcimento del danno pubblico derivante da comportamenti amministrativi illeciti. Quella del pubblico ministero contabile è infatti un'azione autonoma, che tuttavia "integrerebbe" la complessiva conoscenza della fattispecie, contribuendo a fornire una risposta più efficace rispetto ad un problema, quello delle frodi comunitarie, che, come oramai appare chiaro, non ha solo un rilievo penale e per tale ragione non può essere contrastato solo con le misure repressive proprie dell'ordinamento penalistico.

Sempre nella invocata ottica di repressione al fenomeno transnazionale delle frodi comunitarie, si deve altresì segnalare la legge 16-3-2006, n. 146 [37].

Con essa il legislatore italiano ha recepito la Convenzione ONU sulla criminalità organizzata transnazionale, inerente reati sanzionati con una pena non inferiore nel massimo a quattro anni, commessi con modalità tali da metterne in evidenza il carattere transnazionale. Le condizioni per l'applicazione della disciplina sono quattro, anche in alternativa tra loro - oltre al coinvolgimento di un gruppo criminale - ovvero: il reato deve essere commesso in più di uno Stato; il reato è commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avviene in un altro Stato; il reato è commesso in uno Stato, ma è implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; il reato è commesso in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato.

Per questi delitti la legge n. 146/2006 prevede che, quando la confisca delle cose che costituiscono il prodotto, profitto o il prezzo del reato non sia possibile, il giudice ordini la confisca di somme di denaro, beni od altre utilità di cui il sospetto abbia la disponibilità, anche attraverso una persona fisica o giuridica, per un valore corrispondente.

Con la disciplina di contrasto della criminalità organizzata internazionale anche per i reati di frode fiscale (che, tra l'altro, estende anche a questi delitti l'operatività del d.lg. n. 231/2001) viene ad essere notevolmente agevolata l'attività del Pubblico ministero che non è più vincolato alla dimostrazione probatoria imposta da un consolidato orientamento della Cassazione, in base al quale doveva essere dimostrato, quanto alle somme su conto corrente ma anche per quanto riguarda altri beni, che il denaro derivasse direttamente dalla evasione o che i beni fossero stati acquistati con il denaro frutto dell'evasione stessa. Raggirato tale ostacolo, ecco che il sequestro preventivo e la successiva confisca vedono rafforzata la loro funzione di strumenti di tutela, in questo campo, delle ragioni dell'Erario quale parte lesa [38].

V'è poi da menzionare due recenti provvedimenti comunitari [39] che si sono specificamente occupati della lotta alla frode fiscale, soprattutto nel campo dell'Iva; il secondo dei suddetti provvedimenti, infatti, ha ricordato come da tempo in sede comunitaria si insista sulla necessità di misure legislative per migliorare la protezione penale dei proventi impositivi dell'Iva, e si suggerisce che il Consiglio dei ministri europei precisi che «la Convenzione P.I.F. si applica parimenti alla protezione dei proventi dell'Iva». Nell'attesa che l'Unione fornisca la precisazione circa l'applicabilità della predetta Convenzione anche alle frodi all'Iva, il legislatore italiano ha risposto al richiamo comunitario prevedendo all'interno della Legge Finanziaria per il 2008 [40] una norma che prevede la confisca per equivalente per i reati tributari di cui agli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10 bis, 10 ter, 10 quater e 11 del d.lg. n. 74/2000; strumento, questo, già previsto dall'ordinamento italiano per una serie limitata di reati, con il quale si aggredisce il patrimonio del trasgressore incidendo sui profitti dallo stesso illecitamente acquisiti, senza la necessità peraltro di dimostrare il nesso di pertinenzialità tra il reato ed i beni da sottoporre alla misura ablativa. Sul punto, stante la particolare struttura di tali reati - che hanno come oggetto le somme di denaro che attraverso il meccanismo dell'evasione d'imposta attuato dal reo, lo Stato non è riuscito ad assoggettare alla tassazione secondo le leggi tributarie vigenti - la

confisca potrebbe avere ad oggetto unicamente i beni nella disponibilità del trasgressore, per un valore corrispondente alle somme sottratte dallo stesso all'imposizione fiscale, o agli importi illegittimamente dedotti nella dichiarazione dei redditi; tuttavia, suscita più di un dubbio l'applicabilità della confisca per equivalente ai reati tributari [41].

Da ultimo, in una visione de jure condendo, si segnala il recente disegno di legge [42] approvato dal Senato della Repubblica il 15-5-2007, e destinato al vaglio della Commissione Giustizia della Camera, diretto a disciplinare l'istituto delle squadre investigative comuni: l'innovazione è finalizzata ad introdurre nel codice di rito penale - all'interno degli artt. 371 ter, quater, quinquies, sexies, septies ed octies - la nuova figura delle indagini comuni tra autorità giudiziarie di differenti Paesi, al fine di consentire una più efficace azione di contrasto rispetto ai crimini di rilevanza transnazionale, quali appunto le frodi comunitarie.

7. Conclusioni.

Il panorama di tutela agli interessi finanziari dell'Unione europea presenta, come si è visto, ampi spazi vuoti all'interno dei quali i gangli della criminalità organizzata riescono ad infiltrarsi ed a realizzare le proprie condotte illecite, si concretizzino queste nelle forme della truffa aggravata o delle frodi all'Iva. Una soluzione da tutti condivisa per arrestare tali manifestazioni criminose, ad oggi, non c'è. Alcuni strumenti si sono rivelati efficaci ed incisivi, altri stanno prendendo timidamente forma e sostanza, ma di certo non vi sarà soluzione al problema sino a quando questi non si coordineranno a livello comunitario. È impensabile tentare di spezzare la tentacolare piovra criminale con i soli mezzi offerti dalle singole legislazioni nazionali.

In conclusione, la soluzione che appare più sensata sarebbe, da una parte, l'attribuzione di specifiche competenze investigative, organizzative e repressive alle varie Polizie nazionali e, dall'altra, l'aggregamento di questo insieme di forze sotto l'egida ed il vigile coordinamento degli organismi comunitari di investigazione.

---

[1] Stipulato a Roma il 25-5-1957, la cui versione consolidata è stata pubblicato in *GUCE*, 24-12-2002, n. 325.

[2] Pubblicata in *GUCE*, 27-11-1995, n. 316.

[3] Pubblicato in *GUCE*, 23-10-1996, n. 313.

[4] Pubblicato in *GUCE*, 19-7-1997, n. 221.

[5] Si ricordino, fra i più importanti, oltre la FEAOG (Fondo Europeo Agricolo di Orientamento e Garanzia), il FERS (Fondo Europeo di Sviluppo Regionale), il FSE (Fondo Sociale Europeo), lo SFOP (Strumento Finanziario di Orientamento per la Pesca) e, più in generale, la BEI (Banca Europea per gli Investimenti).

[6] Stipulato il 2-10-1997, entrato in vigore l'1-5-1999.

[7] V. *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérets financiers de l'Union européenne*, presentato dal Parlamento europeo e dalla Commissione europea nelle udienze pubbliche di Bruxelles del 15 e 16-4-1997, in *Europe*, n. 6958. L'opera consta di trentacinque articoli suddivisi in due parti. La I (Diritto penale) disciplinante

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO
il principio di legalità delle incriminazioni e delle pene (artt. 1-9), di colpevolezza come fondamento della responsabilità penale (artt. 10-14) e di proporzionalità delle pene (artt. 15-17). La II (Procedura penale) disciplinante il principio di territorialità europea (artt. 18-24), di garanzia giudiziaria (artt. 25-28), del processo in contraddittorio (artt. 29-34) e l'applicabilità sussidiaria del diritto nazionale (art. 35). L'opera è stata poi novellata, mediante la più puntuale specificazione dei principi di legalità, di colpevolezza, di proporzionalità delle pene, di garanzia giudiziaria, nonché mediante l'introduzione dei nuovi principi di territorialità europea e di contraddittorio processuale: v. *Propositions de Florence*, 1999, *sub Annexe 1 e sub Annexe 2*, inedito.

(8) Cfr. i rispettivi considerando dei regolamenti n. 1073/1999 CE e (EURATOM) n. 1074/1999, relativi alle indagini svolte dall'Ufficio.

(9) Cfr. art. 2, 1°co., della Decisione della Commissione n. 1999/352/CE/CECA/EURATOM del 28-4-1999.

(10) Recante «*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*», pubblicata in *GU*, suppl. ord., 23-3-1990, n. 69.

(11) Cass. pen., S.U., 26-6-2002, n. 26351, *CP*, 2002, 11, 3368, con nota di ARIOLLI.

(12) V. Cass. pen., sez. III, 1-9-1999, *CP*, 2000, 1290.

(13) V. Cass. pen., sez. II, 26-2-1980, *CP*, 1982, 281.

(14) V. Cass. pen., sez. V, 12-12-83, *RP*, 1984, 1102.

(15) V. Cass. pen., sez. II, 11-10-2005, *CED*, 232666.

(16) Recante «Legge di Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'art. K3 del Trattato dell'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari della Comunità europea, fatta a Bruxelles il 25 luglio 1995, del suo Primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica», pubblicata in *GU*, suppl. ord., 25-10-2000, n. 250.

(17) V. Cass. pen., sez. VI, 31-5-2007, n. 28667, *GDir*, 2007, n. 39, 80.

(18) Recante «Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione», pubblicata in *GU*, suppl. ord., 27-4-1990, n. 97.

(19) Recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 l. 29 settembre 2000, n. 300», pubblicata in *GU*, suppl. ord., 19-6-2001, n. 140.

(20) V. Cass. pen., sez. II, 22-3-2002, n. 23083, *CP*, 2003, 1214, con nota di MANDUCHI; Cass. pen., sez. VI, 10-10-2003, n. 39761; Cass. pen., sez. II, 28-10-2005, n. 46198.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(21) V. Cass. pen., sez. II, 10-2-2006, n. 10231, *GDir*, 2006, 30, 73, con nota di GALDIERI; Cass. pen., sez. II, 6-7-2006, n. 30729, *ANPP*, 2007, 2, 195.

(22) V. Cass. pen., S.U., 27-4-2007, n. 16568, *DPP*, 2007, n. 7, 897.

(23) Si rammenti che, ai sensi dell'art. 2, 1° co., d.p.r. n. 633/1972, per cessioni di beni si intendono «gli atti a titolo oneroso che importano trasferimento della proprietà ovvero costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento su beni di ogni genere».

(24) Che prevede e punisce con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque «al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi passivi fittizi.
Il fatto si considera commesso avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti quando tali fatture o documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie, o sono detenuti a fine di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria.
Se l'ammontare degli elementi passivi fittizi è inferiore a euro 154.937,07, si applica la reclusione da sei mesi a due anni».

(25) Secondo l'art. 1, lett. *a*), d.lg. n. 74/2000, «per "fatture o altri documenti per operazioni inesistenti" si intendono le fatture o gli altri documenti aventi rilievo probatorio analogo in base alle norme tributarie, emessi a fronte di operazioni non realmente effettuate in tutto o in parte o che indicano i corrispettivi o l'imposta sul valore aggiunto in misura superiore a quella reale, ovvero che riferiscono l'operazione a soggetti diversi da quelli effettivi».

(26) V. Cass. pen., sez. III, 13-5-2004, n. 26395; Cass. pen., sez. III, 4-7-2007, n. 27280.

(27) Il quale punisce con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque «al fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, emette o rilascia fatture o altri documenti per operazioni inesistenti.
Ai fini dell'applicazione della disposizione prevista dal comma 1, l'emissione o il rilascio di più fatture o documenti per operazioni inesistenti nel corso del medesimo periodo di imposta si considera come un solo reato.
Se l'importo non rispondente al vero indicato nelle fatture o nei documenti è inferiore a euro 154.937,07 per periodo di imposta, si applica la reclusione da sei mesi a due anni».

(28) Cass. pen., sez. II, 16-5-2003, n. 24167, *FI*, 2004, II, 293, con nota di MELCHIONDA.

(29) V. C. Giust. CE, 27-9-2007, sez. III, causa C-409/04, Teleos e altri; C-146/05, Collèe; C-184/05, Twoh.

(30) Viene così riaffermato un principio basilare nell'ordinamento tributario in generale, e nell'IVA in particolare, secondo cui l'onere della prova circa l'esistenza dei fatti che danno luogo a oneri e costi deducibili, ivi compresi i requisiti dell'inerenza e dell'imputazione ad attività produttive di ricavi, non incombe all'Amministrazione finanziaria, ma al contribuente che ne invoca la deducibilità.

(31) Si vedano le circolari 48/E delle Entrate e 45/D delle Dogane, rispettivamente dell'11 e del 17-11-2005 con le quali si è previsto, tra l'altro, l'istituzione di un Tavolo

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Tecnico Regionale per far fronte comune nelle soluzioni delle questioni più rilevanti, tecnico-giuridiche o di prassi operativa.

(32) V. C. Giust. CE, sentenza 12-1-2006, pronunciata nelle cause riunite C-354/03, C-355/03 e C-484/03.

(33) Circolare n. 2/E del 23-1-2007, e i precedenti indirizzi operativi disposti dalla stessa Agenzia con le circolari n. 9/E del 3-3-2006, n. 45/D del 17-11-2005, n. 48/E del 11-11-2005, n. 41/E del 26-9-2005 e risoluzione prot. 501143 del 18-2-1992.

(34) Recante «Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente», pubblicata in *GU*, suppl. ord., 31-7-2000, n. 177.

(35) Secondo quanto stabilito dall'art. 6, 2° co., l. n. 405/1990.

(36) Pubblicata in *GUCE*, 18-7-2002, L 190.

(37) Recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001», pubblicata in *GU*, suppl. ord., 11-4-2006, n. 85.

(38) Per una prima applicazione di tale disciplina, v. decreto del G.I.P. presso il Tribunale Ordinario di Trento, 9-11-2007, il quale in seguito a indagini della Guardia di Finanza di Milano, ha disposto il sequestro preventivo per equivalente, finalizzato alla confisca, del saldo di conto corrente in misura corrispondente all'imposta evasa, nonché beni immobili ed un'autovettura nei confronti di un imprenditore toscano ed uno trentino, arrestati per l'accusa di frode fiscale internazionale realizzata attraverso l'emissione e l'utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti.

(39) Provvedimento del Consiglio ECOFIN del 5-6-2007 e provvedimento CE del 23-11-2007.

(40) Art. 1, 144° co., l. 24-12-2007, n. 244, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato.

(41) V. SOLDI, *La confisca per equivalente nei reati tributari*, *RDT*, 2007, n. 3, 17.

(42) V. A/C 2665.

TRUFFA CONTRATTUALE - LA MANCATA RESTITUZIONE DEL VEICOLO NOLEGGIATO FRA TRUFFA E APPROPRIAZIONE INDEBITA

Edoardo Mazzantini(*)

Cass. pen. Sez. VI, 12 gennaio 2016, n. 1408

c.p. art. 640

c.p. art. 646

Prima facie la pronuncia della Corte di cassazione sembra porsi nel solco della consolidata giurisprudenza sul momento consumativo del reato di truffa. Sennonché, uno sguardo più attento alla vicenda concreta rivela che la qualificazione del fatto nei termini della truffa si regge sull'eccessiva rilevanza attribuita alla determinazione soggettiva dell'agente, mentre un'interpretazione più rigorosa sul piano della

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

condotta avrebbe portato a valorizzare il fatto nei diversi termini dell'appropriazione indebita.

Sommario: La vicenda - Il mandato di arresto europeo e le ipotesi di rifiuto della consegna - Il momento consumativo del delitto di truffa - La condotta tipica della truffa - L'induzione in errore e il mantenimento in stato di ignoranza - La mancata restituzione della *res* come condotta tipica dell'appropriazione indebita - In conclusione

La vicenda

La pronuncia in commento trae spunto da un mandato di arresto europeo (m.a.e.) emesso il 23 ottobre 2015 dalla Procura di Erding (Germania) in relazione ad una "truffa contrattuale". Segnatamente, il fatto contestato a M.S. sarebbe consistito nell'aver preso un veicolo a noleggio il 14 luglio 2015 a Monaco di Baviera e non averlo restituito come da accordi il 3 agosto successivo, ma averne anzi denunciato il furto alla sede di Roma della stessa compagnia di noleggio. Oltretutto, dal mandato M.S. risulterebbe inserito in una "banda costituitasi al fine di commettere in modo continuativo dei reati di truffa". Con ordinanza del 24 novembre 2015, emessa a seguito di convalida di arresto, M.S. viene sottoposto a custodia cautelare ai fini dell'esecuzione del m.a.e. Con sentenza del 17 dicembre 2015, poi, la Corte d'appello di Campobasso, verificata la sussistenza di tutti i presupposti di legge, ne dispone la consegna all'Autorità Giudiziaria tedesca.

Avverso il provvedimento della Corte territoriale M.S. propone impugnazione esponendo tre motivi di ricorso, tutti inerenti la violazione delle norme che disciplinano il rifiuto della consegna da parte della Corte d'appello.

Il mandato di arresto europeo e le ipotesi di rifiuto della consegna

Per comprendere le doglianze del ricorrente e in special modo la rilevanza dell'individuazione del momento consumativo della truffa è necessario prendere rapidamente in considerazione la disciplina del mandato di arresto europeo: viene, in tal senso, in rilievo la L. 22 aprile 2005, n. 69, che definisce il mandato di arresto europeo come "una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro dell'Unione europea (…) in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro (…) di una persona, al fine dell'esercizio di azioni giudiziarie in materia penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale" (art. 1, 2° comma). Senza che sia possibile in questa sede addentrarsi in un'analisi dettagliata dell'istituto, sia sufficiente osservare che il m.a.e. rappresenta lo strumento della cooperazione giudiziaria che, all'interno dell'Unione europea, assolve con forme semplificate e senza il coinvolgimento del potere politico le funzioni tradizionalmente demandate all'estradizione[1]. Si tratta di un istituto ispirato al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, vigente all'interno dell'Unione europea in ragione della stretta integrazione realizzata tra i Paesi che ne sono parte[2].

Ora, la L. 22 aprile 2005, n. 69 disciplina all'art. 18 le ipotesi in cui la Corte d'appello deve rifiutare la consegna[3]. Tra di esse, in particolare, sono contemplati: il caso dei

reati considerati dalla legge italiana "commessi del tutto o in parte nel suo territorio" (lett. p); il caso in cui, per la legge italiana, il fatto sia stato determinato da forza maggiore (lett. c); il caso in cui il provvedimento cautelare su cui si basa il m.a.e. sia mancante di motivazione (lett. t). A queste ipotesi fanno, rispettivamente, riferimento i tre motivi di ricorso presentati da M.S.
Per esigenze di linearità e completezza espositiva, si anticipa l'esito del pronunciamento con riferimento al secondo e al terzo motivo, considerato che sul primo si concentrerà il seguito dell'annotazione. Ebbene, la Cassazione giudica infondate entrambe le deduzioni. Quanto all'ipotesi di rifiuto della consegna *sub* lett. c, la Corte osserva che, per come argomentata, la censura relativa al furto denunciato (ma non realmente avvenuto, secondo l'Autorità emittente) si traduce in una "contestazione del requisito dei gravi indizi di colpevolezza (…) non coltivabile in questa sede", posto che "l'autorità giudiziaria italiana deve limitarsi a verificare che il mandato (…) sia fondato su un compendio indiziario che l'autorità giudiziaria emittente abbia ritenuto seriamente evocativo di un fatto-reato commesso dalla persona di cui si chiede la consegna (…). Compendio probatorio evocativo del delitto di truffa contrattuale certamente ravvisabile nel caso di specie". Quanto all'ipotesi *sub* lett. t, si afferma invece che, con specifico riferimento all'elemento dell'inclusione in un contesto delinquenziale più ampio e organizzato, "il provvedimento d'arresto europeo dà adeguatamente conto degli elementi fattuali sulla scorta dei quali possa ritenersi sussistente un quadro di elevata probabilità di colpevolezza del M.".

Il momento consumativo del delitto di truffa

Con il primo motivo di ricorso il ricorrente pone la questione del momento consumativo del reato a lui contestato sostenendo che "il reato di truffa contrattuale oggetto del mandato di arresto europeo debba ritenersi commesso in Italia, essendo stato qui conseguito il bene da parte del soggetto agente con correlativa perdita della *res* da parte del raggirato, segnatamente allorquando M. si presentava presso la sede di Roma dell'AVIS per spiegare che l'auto non sarebbe più stata riconsegnata per essergli stata rubata". Merita osservare fin da subito come tanto il ricorso quanto la pronuncia della Cassazione si concentrino sui due (ultimi) speculari eventi del delitto di truffa(4): l'ingiusto profitto conseguito dall'agente e il correlato danno patito dal soggetto passivo del reato. Si ricorda, in tal senso, come per dottrina ormai unanime(5) e per consolidata giurisprudenza(6) il reato si strutturi nella condotta tipica degli artifizi o dei raggiri, produttiva del quadruplice e progressivo evento(7): dello stato di errore in cui versa il soggetto passivo della condotta a seguito degli artifizi o dei raggiri; dell'atto di disposizione patrimoniale(8)determinato dallo stato d'errore; dell'ingiusto profitto per l'agente e del correlato danno per il soggetto passivo del reato conseguenti all'atto dispositivo.
La Corte fonda il proprio *dictum* sul richiamo del costante orientamento giurisprudenziale(9) che individua nella perdita definitiva del bene il momento consumativo del delitto. Si tratta di un'argomentazione che si muove sullo stesso piano della deduzione difensiva, ma che vedremo subito non sembra rispondere al

quesito giuridico che si pone nella vicenda in esame. E invero, il criterio invocato ha la funzione di chiarire quale natura debba riconoscersi all'elemento del danno nella truffa e di conseguenza quando esso si verifichi: attraverso tale interpretazione, la Cassazione ha da tempo mostrato di propendere per una concezione "economica" o comunque "giuridico-economica" di danno(10), imperniata sul concetto di pregiudizio economicamente apprezzabile (*deminutio patrimonii*), contrapposta ad una concezione "giuridica" di danno(11), nella quale rileva la perdita di una situazione giuridica favorevole o l'acquisto di una situazione giuridica sfavorevole.

La condotta tipica della truffa

L'aspetto che nella pronuncia in esame tende invece a rimanere in ombra, dato quasi per acquisito, attiene all'individuazione del segmento della più ampia condotta di M.S. nel quale sono ravvisabili gli artifizi o i raggiri tipici del contestato delitto di truffa. Posto infatti che la Corte mostra di concentrarsi sul rapporto tra danno e consumazione, si pone il problema di capire in quale momento della vicenda risulti integrata la condotta del reato. Sul punto, si profilano due alternative: e invero, o si ritiene che gli artifizi e i raggiri siano posti in essere dall'agente al momento della consegna del veicolo da parte dell'agenzia di noleggio oppure si ritiene che una condotta penalmente rilevante sia rinvenibile soltanto all'atto della sua mancata restituzione.

Muovendo dalla soluzione prospettata dalla Cassazione, si può anzitutto ritenere che la truffa si consumi al momento della consegna da parte dell'agenzia di noleggio, in virtù principalmente di due elementi: "l'intenzione di appropriarsi il veicolo", presente in capo a M.S. già alla stipula del contratto, e l'acquisizione della materiale disponibilità del veicolo stesso. L'enfasi con la quale la sentenza indugia sull'elemento psichico dell'intenzione "originaria" di far propria la vettura presa a nolo finisce per mettere in secondo piano, come anticipato, l'individuazione degli artifizi e dei raggiri: in sostanza, la Corte dà per assodato che sia stata posta in essere la condotta del reato ma non dice quando e attraverso quali comportamenti.

Il punto appare delicato perché nella vicenda in esame non sono impiegate le macchinazioni caratteristiche della truffa(12). Così come, d'altra parte, la stipulazione del contratto di noleggio da parte di M.S. non risulta corredata da alcuna menzogna(13). Addirittura, si può osservare come lo stesso silenzio dall'agente non verta su circostanze oggettive(14), rilevanti con riferimento alla conclusione del negozio, bensì sull'intendimento interiormente serbato rispetto al proprio futuro inadempimento. Pertanto, la questione che si pone è se possa ritenersi in sé penalmente significativa la riserva mentale(15) serbata da M.S., ossia il silenzio circa la sua intenzione di non adempiere alla restituzione del bene e di appropriarsene. Ebbene, va dato atto che, a tal proposito, la stessa giurisprudenza(16) si è più volte espressa nel senso di escludere che alla mera riserva mentale possa riconoscersi in sé rilevanza. Segnatamente, il rischio è che, a fronte di un comportamento esteriormente conforme ad uno schema negoziale predisposto dall'ordinamento, la qualificazione del fatto nei termini dell'illiceità penale in ragione di un'inespressa volontà inadempiente

si fondi unicamente sulla componente interiore della *prava voluntas*. L'intento fraudolento finisce, in tal modo, per fare premio sulla condotta e per condurre a qualificare come reato un fatto materialmente, non soltanto atipico, bensì lecito e addirittura incentivato dall'ordinamento come la stipulazione di una valida pattuizione negoziale(17). E posto che, con riferimento alla vicenda in esame, gli atti compiuti da M.S. al momento della stipulazione sono in tutto identici a quelli dell'ipotetico contraente che adempie alla restituzione del veicolo preso a noleggio, si deve riconoscere che la soluzione accolta dalla Cassazione risulta a dir poco discutibile perché si mostra in tensione con un principio cardine del diritto penale moderno quale il principio di materialità(18).

L'induzione in errore e il mantenimento in stato di ignoranza

Peraltro, oltre alla condotta tipica v'è un altro elemento essenziale della fattispecie di truffa al cui accertamento la Cassazione non dedica particolare attenzione: si intende far riferimento al primo evento del reato, di natura psicologica, consistente nello stato di errore(19) in cui viene indotto il soggetto destinatario degli artifizi o dei raggiri. Il problema che sembra porsi, e che la Corte non approfondisce, attiene alla possibilità di qualificare come "errore" rilevante ai fini del delitto di truffa anche la condizione di ignoranza in cui la società di noleggio sarebbe stata mantenuta dal silenzio di M.S., peraltro con riferimento non ad una circostanza oggettiva bensì alla propria intenzione di non adempiere alla restituzione del veicolo.

La questione è di non poco conto giacché, per opinione ampiamente condivisa(20), è proprio questa distinzione tra induzione in errore del soggetto passivo e suo mantenimento in una condizione di ignoranza(21) a fondare la diversa tipicità della truffa in rapporto ad un'altra fattispecie come l'insolvenza fraudolenta(22) ed a consentire di cogliere il peculiare disvalore espresso dalla condotta propriamente ingannatoria degli artifizi o raggiri distintiva della prima rispetto alla condotta della dissimulazione(23)caratteristica della seconda. E in tal senso, si potrebbe *prima facie* affermare che, se anche nella vicenda in esame non risultassero integrati gli estremi della truffa, sarebbe comunque possibile qualificare come penalmente rilevante nei diversi termini del reato di insolvenza fraudolenta il silenzio(24) serbato da M.S. all'atto della stipulazione ed il mantenimento della società di noleggio in stato di ignoranza.

Orbene, per prima cosa si deve ribadire che non sembrano ricorrere gli estremi del delitto truffa al momento della stipulazione del contratto: e non solo per la già osservata mancanza degli artifizi o dei raggiri, ma anche per il difetto di una vera e propria "induzione in errore" del soggetto passivo della condotta, la cui condizione psichica è semmai quella di originaria e totale inconsapevolezza dell'altrui proposito. Allo stesso modo, peraltro, si deve escludere anche il sussistere dell'insolvenza fraudolenta. Anzitutto, perché non ricorre il presupposto dello stato di insolvenza(25), consistente nell'oggettiva impossibilità di soddisfare le obbligazioni a proprio carico al momento dell'assunzione delle stesse e perdurante fino al loro mancato adempimento(26). In secondo luogo, perché non risulta integrata la condotta tipica della dissimulazione, al pari del conseguente evento di natura psichica della

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

condizione di ignoranza del soggetto passivo: e invero, per un verso la dissimulazione deve pur sempre avere ad oggetto lo stato di insolvenza, che a sua volta deve accompagnarsi sul versante psicologico alla volontà inadempiente e che non può semplicemente essere mutuata da quest'ultima; per l'altro verso il requisito dello stato di ignoranza, propriamente riferito alla condizione obiettiva dell'insolvenza, non può ridursi nell'ordinario affidamento nell'adempimento della controparte.

La mancata restituzione della *res* come condotta tipica dell'appropriazione indebita

Appurato che la prospettiva adottata dalla Cassazione non consente di individuare nella condotta tenuta all'estero un fatto che integra la fattispecie di truffa, si tratta di verificare se la mancata riconsegna della vettura sia penalmente rilevante. Anzitutto si può constatare come il contegno di M.S. risulti in tale fase già illecito sul piano negoziale: non solo per il diniego alla restituzione del veicolo noleggiato, ma ancor prima per la violazione delle condizioni contrattuali che non consentivano di condurre il veicolo stesso fuori dal territorio tedesco. Oltretutto, la mancata riconsegna risulta accompagnata dalla dichiarazione di esservi impossibilitato, stante il furto asseritamente subìto, questa sì integrante mendacio.

Peraltro, posto che la condotta è tenuta allorché l'agente ha già la materiale disponibilità della *res*, si pone il problema di chiarire se il fatto integri effettivamente il delitto di truffa, sebbene in una fase successiva rispetto a quella indicata dalla Corte, oppure se non risulti piuttosto perfezionato il delitto di appropriazione indebita(27). Com'è noto, infatti, la situazione (latamente) possessoria(28) rappresenta il presupposto distintivo dell'appropriazione indebita nel rapporto con le altre aggressioni patrimoniali(29). E in tal senso, l'esigenza di distinguere tra i due reati si pone quando l'instaurazione di un dominio esclusivo sulla *res* di cui l'agente ha legittimamente il possesso o la detenzione si accompagna agli artifizi o agli inganni tipici della truffa. Ora, non ci sono dubbi che nella vicenda in esame l'appropriazione - qui intesa in senso lato - si realizza su un bene che M.S. era legittimato a tenere presso di sé in forza del contratto validamente stipulato con la società di noleggio. Non solo, perché secondo la più diffusa giurisprudenza(30) la rilevata mendacità di quest'ultimo vale ad integrare gli estremi del raggiro.

Si pone pertanto il problema di appurare quale dei due delitti si configuri in capo a M.S. al momento della mancata riconsegna della vettura presa a noleggio, potendosi fin da ora escludere, data la contiguità temporale tra l'acquisizione del dominio esclusivo e la condotta ingannatoria, che si faccia questione di concorso di reati(31). Ebbene, in base all'orientamento maggioritario in dottrina(32) e consolidato in giurisprudenza(33) la distinzione tra le due incriminazioni segue il criterio della preesistenza o meno del possesso della *res* in capo all'agente: e invero, da un lato si viene a configurare la truffa qualora il soggetto attivo ponga in essere gli artifizi o i raggiri per ottenere la disponibilità materiale del bene di cui sia in partenza sprovvisto; dall'altro lato si perfeziona l'appropriazione indebita là dove questi abbia già la disponibilità della cosa per libero affidamento e si avvalga della condotta ingannatoria soltanto per manifestare esteriormente o per mascherare l'interversione

del possesso già avvenuta. Ciò posto, si può pacificamente rinvenire nel fatto commesso da M.S. gli estremi dell'appropriazione indebita: segnatamente, integra la condotta tipica del reato il signoreggiamento *uti dominus*consistito nella mancata restituzione della vettura e nella pretestuosa denunzia del suo furto, a mezzo della quale l'agente ha al contempo manifestato la propria volontà di appropriarsi della *res* e mascherato l'appropriazione. In sostanza, la mendace attestazione del M.S. di essere impossibilitato alla restituzione del veicolo per averne subito il furto non esprime un autonomo significato ingannatorio bensì rappresenta l'atto con cui si manifesta l'interversione del possesso(34), al pari di qualsiasi diversa condotta esteriore atta a manifestare l'animo di appropriazione dell'agente(35).
Per completezza, non si manca di menzionare un diverso orientamento, decisamente minoritario in dottrina(36) e ormai abbandonato dalla giurisprudenza(37), in forza del quale la differenza tra i due reati sta nella finalità perseguita dal soggetto al momento dell'azione: in tal senso, si ha appropriazione indebita se la condotta è tenuta per conseguire l'appropriazione del bene; si ha truffa se invece la condotta è posta in essere dall'agente al fine di ingannare il soggetto passivo, anche là dove la frode sia a sua volta funzionale all'appropriazione. Questo criterio rivela una tendenza alla spiritualizzazione della condotta inammissibile in un ordinamento penale ispirato al principio di materialità(38), atteso che il momento della consumazione sarebbe spostato indietro all'atto della stipulazione del contratto di noleggio - allorché è già presente l'intento, ma il comportamento di M.S. risulta materialmente lecito - mentre il contegno successivo - questo sì connotato da profili di illiceità, anzitutto sul piano negoziale - configurerebbe un *post factum* non punibile. Pertanto, è indubbio che tale orientamento debba essere respinto in favore del primo e più accreditato indirizzo interpretativo.

In conclusione

Conclusivamente, non si può che ribadire come la soluzione delineata dalla Corte appaia criticabile con riferimento sia alla qualificazione del comportamento complessivamente tenuto da M.S. nei termini del delitto di truffa sia all'individuazione del momento penalmente significativo nella consegna della *res* da parte della società di noleggio. La Corte avrebbe probabilmente dovuto prestare maggiore attenzione alle implicazioni di tale approdo interpretativo in rapporto all'esigenza, espressa quanto meno indirettamente dal principio di materialità, che non possa muoversi rimprovero penale avverso condotte materialmente tollerate o addirittura incoraggiate dall'ordinamento giuridico in ragione di un'inespressa *prava voluntas*, poiché altrimenti l'agente verrebbe punito non per ciò che ha *fatto* ma per ciò che ha meramente *pensato* o *desiderato*.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(1) Per tutti, nella manualistica: F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino, 2016, 188 e seg.; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XVI ed., Milano, 2015, 1078 e seg.

(2) G. Colaiacovo-G. De Amicis-G. Iuzzolino, *Mandato di arresto europeo*, in G. Lattanzi-E. Lupo (diretto da), *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, XIII, Milano, 2013, 5 e segg.

(3) G. Colaiacovo-G. De Amicis-G. Iuzzolino, *Mandato di arresto europeo*, cit., 142 e segg.

(4) Art. 640 c.p.: "Chiunque, con artifizi o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032".

(5) Per tutti si v. C. Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, ora in Id., *Scritti di parte speciale*, II, *Reati contro il patrimonio. Delitti contro la pubblica amministrazione. Varia*, Milano, 2003, 61 e segg. Nella manualistica, si v. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, XV ed., a cura di C.F. Grosso, Milano, 2008, 365; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, II, t. II, *I delitti contro il patrimonio*, VI ed., Bologna, 2014, 181; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, II, *Delitti contro il patrimonio*, V ed., Padova, 2014, 186 e segg.

(6) Si v., con particolare enfasi sugli elementi del fatto tipico in cui si esprime la cooperazione della vittima, Cass. pen., Sez. II, 30 gennaio 1979 - 31 marzo 1979, in *Cass. Pen.*, 1980, 1330 e da ultimo Cass. pen., Sez. II, 16 novembre 2011 - 12 gennaio 2012, in *CED Cass.*, n. 498/2012.

(7) In particolare, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 187.

(8) È l'elemento di tipicità nel quale si esprime, secondo l'affermato sistema di classificazione dei delitti contro il patrimonio proposto da C. Pedrazzi, *Inganno ed errore*, cit., 39 e segg. e spec. 41, il connotato della truffa quale reato mediante cooperazione della vittima. Si v. anche la posizione isolata, ma autorevole, di G. Pecorella, voce "Patrimonio (delitti contro il)", in *Noviss. Digesto*, XII, 1965, 643: secondo l'Autore l'inclusione di questo requisito sarebbe anzitutto impedito dalla sua mancata indicazione espressa nel testo della legge e determinerebbe oltretutto un'eccessiva restrizione della fattispecie.

(9) Cass. pen., Sez. II, 13 aprile 2011 - 20 maggio 2011, n. 20025, Monti e altri, in *Giur. It.*, 2012, 674, con nota di V. Altare, *Sul momento consumativo della truffa contrattuale*; Cass. pen., Sez. II, 24 gennaio 2012 - 17 maggio 2012, Volpi, in CED Cass., n. 18859/2011.

(10) Si v. anzitutto: Cass. pen., Sez. un., 21 giugno 2000 - 1° agosto 2000, Franzo, in *Cass. Pen.*, 2000, 3270; Cass. pen., Sez. un., 16 dicembre 1998 - 19 gennaio 1999, n. 17, Cellammare, in *Cass. Pen.*, 1999, 2482, con nota di I. Leoncini, *La truffain assunzione ad un pubblico impiego*; Cass. pen., Sez. un., 22 marzo 1969, Carraro, in *Giust. Pen.*, 1970, II, 98. Più recentemente: Cass. pen., Sez. II, 15 gennaio 2013 - 29 aprile 2013, in CED Cass., n. 18762/2013 e Cass. pen., Sez. II, 17 giugno 2011 - 1° luglio

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

2011, in CED Cass., n. 25956/2011. Per la concezione più strettamente economica (di patrimonio e) di danno penalmente rilevante: A. De Marsico, *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1951, 10 e 146; G. Bettiol, *Concetto penalistico di patrimonio e momento consumativo della truffa*, in *Giur. It.*, 1947, IV, 8, ora in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, 717. Per la concezione giuridico-economica: D. Angelotti, *Delitti contro il patrimonio. Titolo XIII del Libro II del codice penale*, in *Trattato di diritto penale*, coord. da E. Florian, IV ed., 1936, 60; G. Fiandaca- E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 25 e seg.; V. Militello, voce "Patrimonio (delitti contro il)", in *Digesto Disc. Pen.*, IX, 1995, 281. Per una concezione di ispirazione più marcatamente personalistica: A. Carmona, *Tutela del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996, 67 e segg.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 20, 37 e 206; S. Moccia, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, *passim* e spec. 65 e segg.; A. Pagliaro, *Truffa e danno patrimoniale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1963, 1205.

(11) Nella dottrina tradizionale, P. Delogu, *Il momento consumativo della truffa*, in *Giur. Cass. Pen.*, 1944, 70 e segg. e spec. 72. In giurisprudenza, *ex plurimis*: Cass. pen., Sez. II, 2 maggio 1989, Pastore, in *Giur. It.*, 1991, II, 100; Cass. pen., Sez. V, 3 giugno 1983 - 6 ottobre 1983, Ronchi, in *Cass. Pen.*, 1984, 1969; Cass. pen., Sez. VI, 15 giugno 1982, Cattano, in *Giust. Pen.*, 1983, II, 653; Cass. pen., Sez. II, 7 novembre 1980, Buscaini, in *Giust. Pen.*, 1981, II, 598.

(12) F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 366: "Nella disposizione normativa, in ogni modo, è rimasto il requisito degli 'artifizi o raggiri'. Qual è la sua portata? Come deve intendersi? Nel suo significato letterale 'artifizio' è ogni studiata trasfigurazione del vero, ogni camuffamento della realtà effettuato sia simulando ciò che non esiste (per es., ricchezza, titoli, nome, conoscenze, qualità, ecc.), sia dissimulando, vale a dire, nascondendo ciò che esiste (per es., il proprio stato di insolvenza, di persona coniugata, o inabilitata, l'uso di una determinata cosa, ecc.). Il raggiro, d'altra parte, è un avvolgimento ingegnoso di parole destinate a convincere: più precisamente, una menzogna corredata da ragionamenti idonei a farla scambiare per verità".

(13) Per lo più ascritta dalla giurisprudenza tra i raggiri connotati da attitudine ingannatoria anche là dove non accompagnata da ulteriori attività di persuasione: Cass., Sez. II, 25 gennaio 2000, Monaci, in *Foro Amm.*, 2001, 1890; Cass. pen., Sez. II, 16 marzo 1990, Mazzotta, in *Giust. Pen.*, 1990, II, 631; Cass. pen., Sez. II, 14 maggio 1982, De Tuglie, in *Giust. Pen.*, 1983, II, 508. Generalmente contraria la dottrina dominante: G. Fiandaca-E.Musco, *Diritto penale*, cit., 185; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 202; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, III, *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 327.

(14) Per consolidata giurisprudenza la condotta del reato può essere integrata anche dal silenzio serbato su determinate circostanze da chi abbia il dovere di farle conoscere, a condizione che il comportamento complessivamente tenuto sia contraddistinto da tratti modali che consentano di ricondurlo nell'alveo degli artifizi o raggiri. *Ex plurimis*: Cass. pen., Sez. II, 18 giugno 2015 - 7 luglio 2015, in CED Cass., n. 28791/2015; Cass. pen., Sez. II, 19 marzo 2013 - 4 luglio 2013, in CED Cass.,

n. 28703/2013; Cass. pen., Sez. II, 19 giugno 2012 - 21 agosto 2012, in CED Cass., n. 32859/2012; Cass. pen., Sez. II, 14 ottobre 2009 - 30 ottobre 2009, n. 41717, Rv. 244952. Con riferimento ai requisiti individuati dalla giurisprudenza, si v. nella dottrina tradizionale C. Pedrazzi, *Inganno ed errore*, cit., 192 e segg. e spec. 194, nt. 266. In senso analogo, si v. anche G. La Cute, voce "Truffa", in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, 260. Generalmente contraria la dottrina più recente: G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale*, cit., 188; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 202.

(15) La questione si pone in maniera analoga, seppure con le diversità del caso, nella casistica sul c.d. "furto di carburante" e sul mancato pagamento del pedaggio autostradale. Con riferimento al primo dei richiamati filoni giurisprudenziali, si v. anzitutto il classico contributo di A. Pagliaro, *L'altruità della cosa nei delitti contro il patrimonio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1965, 693. Sempre in tema di mancato pagamento del carburante, per un'ampia rassegna di giurisprudenza, si v. A. Fanelli, *Mancato pagamento della consumazione al bar e del carburante dal benzinaio: furto o inadempimento contrattuale?*, in *Cass. Pen.*, 1999, 763; nonché l'annotazione dello stesso Autore a Cass. pen., Sez. II, 11 ottobre 2013 - 21 ottobre 2013, n. 43107, in *Foro It.*, 2014, II, 417. Con riferimento al filone giurisprudenziale sul mancato pagamento del pedaggio in autostrada, si v. A. Fanelli, *Omesso pedaggio autostradale: illecito amministrativo o reato?*, in *Cass. Pen.*, 2013, 2326.

(16) Cass. pen., Sez. II, 13 gennaio 2012 - 16 febbraio 2012, in CED Cass., n. 6351/2012; Cass. pen., Sez. II, 13 dicembre 2011 - 20 dicembre 2011, n. 46903, De Liguori, in *Arch. Giur. Circ. e Sin.*, 2012, 555.

(17) Non si rinvengono ragioni per cui il negozio così formato debba dirsi nullo o annullabile: cfr. G. Azzali, *Prospettive negoziali del delitto di truffa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 325.

(18) A. Fanelli, *Mancato pagamento*, 770 e 771. Nella manualistica, si v. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 216. Si v. anche F. Mantovani, *Diritto penale*, IX ed., Assago-Padova, 2015, 119; D. Pulitanò, *Diritto penale*, IV ed., Torino, 177. Deve, peraltro, riconoscersi che l'interpretazione della Corte sembra trovare un autorevole fondamento in C. Pedrazzi, *Inganno ed errore*, cit., 86 e segg. e spec. 88 e seg.: "Distinguiamo due ipotesi: innanzitutto quella in cui l'intenzione di appropriarsi della cosa sussiste già al tempo della condotta fraudolenta: in cui la frode, nei piani del reo, serve a procurare, con il possesso della cosa, la possibilità di un'appropriazione definitiva. *L'inganno consiste qui nel far credere a un'intenzione di restituire che in realtà non esiste; il danno immediato della frode è appunto in ragione delle intenzioni del reo* [corsivo nostro]. È vero che la riserva mentale non toglie nulla all'esistenza e alla validità dell'obbligo: però la pretesa nasce svalutata in partenza rispetto alla normalità del rapporto voluto dal soggetto passivo; quindi un danno esiste anche prima che il reo abbia effettivamente disposto della cosa da proprietario. (…) Perciò resta assorbito dalla truffa qualunque atto con cui il reo successivamente suggelli la sua signoria di fatto sulla cosa, in qualunque momento compiuto, anche oltre i limiti dell'unità del contesto". Condivide tale interpretazione una risalente e rada giurisprudenza. Si v. in

particolare Cass. pen., 8 aprile 1952, Mari, in *Foro It. Rep.*, 1952, voce Truffa, n. 83: "Bene è affermata la responsabilità per truffa e non per appropriazione indebita a carico di chi, con originario proposito di trarre profitto, si faccia consegnare, col pretesto del nolo, una bicicletta dal noleggiatore ed immediatamente dopo la venda, dal momento che nel caso in esame non si tratta d'illecita interversione di un possesso lecito già in atto, ma di un illecito conseguimento, mediante inganno, del possesso della bicicletta che prima non si aveva" (massima). Si v. anche: Cass. pen., Sez. II, 21 novembre 1961, D'Alessandro, in *Giust. Pen.*, 1962, II, 968; Cass. pen., 6 marzo 1952, Batticello, in *Foro It. Rep.*, 1952, voce Truffa, n. 84.

(19) Ampiamente C. Pedrazzi, *Inganno ed errore*, cit., *passim* e spec. 108 e segg.

(20) Sebbene sia probabilmente eccessivo concepire ignoranza ed errore come condizioni antitetiche, posto che anche l'ignoranza ingenera un'erronea comprensione delle circostanze nel soggetto passivo: A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 376. Sul punto, si v. anzitutto C. Pedrazzi, *Inganno ed errore*, cit., 260 e 267 e seg. Si v. anche F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, 204 e 234 e segg.; G. Marini, voce "Truffa", in *Digesto Disc. Pen.*, XIV, Torino, 1999, 376.

(21) F. Mantovani, voce "Insolvenza fraudolenta", in *Digesto Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, 124 seg.

(22) Art. 641 c.p.: "Chiunque, dissimulando il proprio stato d'insolvenza, contrae un'obbligazione col proposito di non adempierla è punito, a querela della persona offesa, qualora l'obbligazione non sia adempiuta, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a euro 516".

(23) F. Mantovani, voce "Insolvenza fraudolenta", cit., 124.

(24) In giurisprudenza è pacifica la tendenza ad ammettere la rilevanza del mero silenzio ai fini del reato di insolvenza fraudolenta, a condizione sempre che sia possibile accertare la sussistenza del proposito di non adempiere fin dal momento dell'assunzione dell'obbligazione: Cass. pen., Sez. II, 22 maggio 2009 - 13 ottobre 2009, n. 39890, Rv. 245237; Cass. pen., Sez. II, 11 luglio 2006 - 12 ottobre 2006, n. 34192, Rv. 234774; Cass. pen., Sez. II, 5 giugno 2003 - 14 luglio 2003, n. 29454, Candido, in *Cass. Pen.*, 2005, 62. Divisa la dottrina. Secondo un primo orientamento, anche il silenzio integrerebbe gli estremi della condotta tipica: si v. in particolare F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 389. In forza di un diverso indirizzo interpretativo, il silenzio non sarebbe mai di per sé sufficiente ad integrare la condotta dissimulatoria, dovendo essere sempre accompagnato da atti concludenti o da oggettive ostentazioni di ricchezza: per tutti A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 376.

(25) F. Mantovani, voce "Insolvenza fraudolenta", cit., 123; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 375.

(26) Cass. pen., Sez. II, 6 marzo 2008 - 14 marzo 2008, n. 11734, Petruzzellis, in *Cass. Pen.*, 2009, 1981: "la 'situazione di insolvenza' è una situazione di carattere obiettivo, da intendersi come impossibilità, totale o parziale, di adempiere all'obbligazione e da

rapportarsi sia al momento dell'assunzione dell'obbligazione sia a quello dell'inadempimento".

(27) Art. 646 c.p.: "Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a euro 1.032".

(28) Per l'ampiezza ed il contenuto del concetto di possesso cui fa riferimento l'art. 646 c.p., si v. anzitutto la tesi "dell'*apparentia dominii*" espressa da P. Nuvolone, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942, 142. Nella dottrina tradizionale si v. anche B. Petrocelli, *L'appropriazione indebita*, Napoli, 1933, 193 e segg. e spec. 233. Per una definizione del presupposto possessorio "illuminata" dai connotati della condotta tipica dell'appropriazione indebita, si v. anzitutto C. Pedrazzi, voce "Appropriazione indebita", in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 835. Si v. anche F. Mantovani, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1962, 85 e seg.

(29) A. Pagliaro, voce "Appropriazione indebita", in *Digesto Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, 232 e segg.; C. Pedrazzi, *Appropriazione indebita*, cit., 833 e segg.

(30) Contraria in ogni caso la dottrina. Si v. *retro* nota 13.

(31) C. Pedrazzi, *Inganno ed errore*, 90 e seg.

(32) F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 213; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, 364 e seg.; C. Pedrazzi, *Inganno ed errore*, 80 segg. e spec. 82, 84 e 88.

(33) Cass. pen., Sez. II, 17 dicembre 2003 - 30 gennaio 2004, n. 3924, Castelli, in *Cass. Pen.*, 2005, 424; Cass. pen., Sez. II, 28 maggio 2003 - 16 ottobre 2003, Fagnani, n. 39114, in *Cass. Pen.*, 2005, 50, con nota di P. Cipolla, *Brevi note in tema di qualificazione del fatto, tra appropriazione indebita e truffa*; Cass. pen., Sez. V, 21 gennaio 1999, Rossi, Rv. 212528; Cass. pen., Sez. VI, 29 aprile 1989 - 14 luglio 1989, n. 10397, Longo, in *Riv. Pen.*, 1990, 465; Cass. pen., Sez. VI, 28 giugno 1988 - 16 luglio 1988, Centa, in *Cass. Pen.*, 1989, 338; Cass. pen., Sez. II, 24 marzo 1983 - 20 ottobre 1983, n. 8729, Varriale, Rv. 160818; Cass. pen., 3 novembre 1980 - 27 maggio 1981, n. 5017, Micheloni, in *Riv. Pen.*, 1982, 417; Cass., 10 ottobre 1966 - 31 gennaio 1967, n. 1330, Villani, Rv. 103332.

(34) C. Pedrazzi, *Inganno ed errore*, cit., 84.

(35) C. Pedrazzi, *Inganno ed errore*, cit., 85.

(36) G. La Cute, voce "Truffa", cit., 276.

(37) Cass. pen., Sez. II, 21 novembre 1961, D'Alessandro, in *Giust. Pen.*, 1962, II, 968; Cass. pen., 8 aprile 1952, Mari, in *Foro It. Rep.*, 1952, voce Truffa, n. 83; Cass. pen., 6 marzo 1952, Batticello, in *Foro It. Rep.*, 1952, voce Truffa, n. 84.

(38) Si v. nota *retro* 18.

RICETTAZIONE, INCAUTO ACQUISTO

Cass. pen. Sez. II, 27/11/2018, n. 4215
G.D.J.H.

RICETTAZIONE E INCAUTO ACQUISTO
Sussiste il delitto di riciclaggio a fronte della condotta di chi deposita in banca danaro di provenienza illecita, giacché, stante la natura fungibile del bene, lo stesso viene automaticamente sostituito, essendo l'istituto di credito obbligato a restituire al depositante la stessa somma depositata.

FONTI
Massima redazionale, 2019

Cass. pen. Sez. II, 13/01/2017, n. 11491
Gi.Ti. e altri

RICETTAZIONE E INCAUTO ACQUISTO
In ordine al reato di riciclaggio, si ravvisa il dolo nella forma eventuale quando il soggetto agente si rappresenta la concreta possibilità, accettandone il rischio, della provenienza delittuosa del denaro ricevuto ed investito.

FONTI
Massima redazionale, 2017

Corte d'Appello Roma Sez. II, 25/01/2017
Ha.Ce.

RICETTAZIONE E INCAUTO ACQUISTO
Ai fini della configurabilità del delitto di riciclaggio di cui all'art. 648-bis c.p., non è sufficiente la mera situazione di possesso della res di illecita provenienza, alterata in modo da ostacolarne l'identificazione delle sue provenienza e/o rintracciabilità, occorrendo un quid pluris idoneo a indicare, secondo gli ordinari criteri di valutazione della prova, che la condotta, consistita nella suddetta alterazione o manipolazione del bene, sia riconducibile, quanto meno nella forma del concorso eventuale di persone nel reato, all'imputato.

FONTI
Quotidiano Giuridico, 2017

Cass. pen. Sez. II Sent., 17/01/2018, n. 17235 (rv. 272652)
ORDINE PUBBLICO (REATI)

REATI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO - In genere - Riciclaggio - Autoriciclaggio - Soggetto non concorrente nel reato presupposto - Riciclaggio, nell'interesse dell'autore o del concorrente nel reato - Presupposto, di danaro, beni o altre utilità provenienti dalla commissione del predetto

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

reato - Responsabilità penale - Concorso in autoriciclaggio - Sussistenza - Esclusione - Riciclaggio - Sussistenza

In tema di autoriciclaggio, il soggetto che, non avendo concorso nel delitto-presupposto non colposo, ponga in essere la condotta tipica di autoriciclaggio o contribuisca alla realizzazione da parte dell'autore del reato - presupposto delle condotte indicate dall'art. 648-ter.1 cod.pen., risponde di riciclaggio e non di concorso nel delitto di autoriciclaggio essendo questo configurabile solo nei confronti dell'intraneus. (Rigetta, App. Napoli, 15/09/2016)

FONTI

CED Cassazione, 2018
Dir. Pen. e Processo, 2018, 10, 1307 nota di MERENDA
Giur. It., 2018, 11, 2475 nota di CAVALLINI

Cass. pen. Sez. VI, 03/06/2015, n. 26842
Procuratore della repubblica presso il Tribunale di Firenze c. Zh.Xi.

CONFISCA

L'art. 12-quinquies del D.L. 08 giugno 1992, n. 306 ha un portata distinta e autonoma rispetto al riciclaggio, all'autoriciclaggio ed è riferibile anche ai soggetti autori dei delitti presupposti.

FONTI

Massima redazionale, 2015

Cass. pen. Sez. II, 17/01/2018, n. 17235
T.S.

REATO IN GENERE

L'extraneus che presta un contributo causale alla commissione del reato di autoriciclaggio di cui all'art. 648-ter1 c.p. dell'intraneus deve rispondere del diverso e più grave reato di riciclaggio di cui all'art. 648-bis o di rimpiego di cui all'art. 648-ter c.p.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2018

Cass. pen. Sez. VI, 07/06/2018, n. 3608
P.M.

CONCORSO NEL REATO

Il soggetto che, non avendo concorso nel delitto-presupposto non colposo, ponga in essere la condotta tipica di autoriciclaggio o contribuisca alla realizzazione da parte dell'autore del reato - presupposto delle condotte indicate dall'art. 648 ter. 1 c.p., risponde di "riciclaggio" e non di concorso nel delitto di autoriciclaggio, essendo questo configurabile solo nei confronti dell'intraneus.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2019

Cass. pen. Sez. II, 18-07-2017, n. 40890

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

S.P.

REATO IN GENERE

Il delitto di autoriciclaggio, al pari di quello di riciclaggio, pur essendo a consumazione istantanea, è reato a forma libera e può anche atteggiarsi a reato eventualmente permanente quando il suo autore lo progetti ed esegua con modalità frammentarie e progressive.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2017

Cass. pen. Sez. Unite, 27-02-2014, n. 25191 (rv. 259590)
ORDINE PUBBLICO (REATI)

REATI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO - In genere - Trasferimento fraudolento di valori - Articolo 12 quinquies, comma primo, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356 - Autore del delitto presupposto - Concorso di reati - Configurabilità - Punibilità dei fatti di autoriciclaggio - Sussistenza

È configurabile il reato di cui all'art. 12 quinquies del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in legge 7 agosto 1992, n. 356 in capo all'autore del delitto presupposto, il quale attribuisca fittiziamente ad altri la titolarità o la disponibilità di denaro, beni o altre utilità, di cui rimanga effettivamente "dominus", al fine di agevolare una successiva circolazione nel tessuto finanziario, economico e produttivo, poichè la disposizione di cui all'art. 12 quinquies citato consente di perseguire anche i fatti di "auto" ricettazione, riciclaggio o reimpiego. (Annulla con rinvio, Trib. lib. Napoli, 30/04/2013)

FONTI

CED Cassazione, 2014

AUTORICICLAGGIO E RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI TRA PROBLEMI DOGMATICI E SUGGERIMENTI PRATICI

di Luca Troyer(*)

c.p. art. 648-ter

D.Lgs. 08-06-2001, n. 231, epigrafe

Il contributo esamina gli effetti, all'interno dei modelli di organizzazione e gestione, dell'introduzione del delitto *ex* art. 648 *ter*.1 quale reato presupposto del D.Lgs. n. 231/2001, in particolare focalizzando l'attenzione sul caso (alquanto problematico) dell'autoriciclaggio dei proventi da delitto tributario e delle sue ricadute pratiche sui modelli organizzativi, elaborando alcuni spunti utili a rafforzare questi ultimi tanto con riguardo al c.d. "autoriciclaggio *nell'ente*" quanto al c.d. "autoriciclaggio *dell'ente*".

Sommario: Premessa - I comportamenti che generano la responsabilità dell'ente - Il problematico caso dell'autoriciclaggiodel profitto dei reati tributari - L'autoriciclaggio nell'ente - L'autoriciclaggio dell'ente - L'aggiornamento del *Risk Assessment*, della *Gap Analysis* e dei modelli organizzativi adottati *ex* D.Lgs. n.

231/2001 - Autoriciclaggio nell'ente - Autoriciclaggio dell'ente - a) Soluzione "minima necessaria" - b) Soluzione di "maggior cautela" - c) Soluzione intermedia con approccio "progressivo" - Conclusioni

Premessa

Con l'approvazione della L. 15 dicembre 2014, n. 186 è stato introdotto nell'ordinamento italiano, all'art. 648 *ter*.1 c.p., il delitto di autoriciclaggio, norma di nuovo conio la cui entrata in vigore ha sollevato accesi dibattiti dottrinali.

L'inserimento ad opera della medesima Legge dell'art. 648 *ter*.1 nel corpo dell'art. 25 *octies* del D.Lgs. n. 231/2001 (in seguito anche Decreto) tra i reati presupposto della responsabilità dell'ente impone di valutare l'attuale idoneità dei modelli organizzativi (in seguito anche MO), adottati ed implementati, ad impedire la commissione del nuovo delitto di autoriciclaggio.

Scopo del presente lavoro non è quello di fornire una compiuta esegesi della nuova fattispecie, né di effettuare una ricognizione dei numerosi problemi applicativi che la nuova incriminazione non mancherà di porre - limitandoci, salvo brevi cenni, a rimandare per un approfondimento alla già copiosa dottrina in materia(1) - bensì quello di analizzare quale impatto concreto il delitto in parola avrà sui modelli organizzativi e quali istruzioni operative si possono sin d'ora suggerire agli applicatori.

I comportamenti che generano la responsabilità dell'ente

Sarebbe assai gratificante poter semplificare almeno uno degli aspetti della complessa disciplina, dicendo che assumono un concreto rilievo ai fini dei comportamenti riconducibili all'autoriciclaggio solo quelli commessi da soggetti in posizione apicale o sottoposti alla direzione e vigilanza degli apicali, che siano *interni* all'ente. In effetti, a prima vista, potrebbe sembrare che nel caso in cui un apicale o un subordinato della società siano meramente di ausilio all'autore del delitto presupposto nel riciclare denaro, beni o altre utilità, avvalendosi della struttura societaria e senza aver concorso nel delitto presupposto generatore della provvista, la condotta imputabile all'ente - sempre che, ovviamente, sia ravvisabile un interesso o vantaggio dell'ente stesso nell'operazione - sia quella di riciclaggio "tradizionale" *ex* art. 648 *bis* c.p., reato che già fa parte dell'elenco dei delitti presupposto della responsabilità ai sensi del Decreto e, dunque, già oggetto di mappatura del rischio per i modelli organizzativi.

In realtà il problema non è così semplice in quanto - a parere di chi scrive - per via dell'applicazione della disciplina del concorso di persone nel reato colui che ieri era autore di riciclaggio dovrebbe oggi essere considerato un concorrente nell'altrui autoriciclaggio(2).

Tuttavia agli effetti pratici nulla cambia, in quanto, a prescindere dalla fattispecie applicabile, quando il flusso di denaro illecito proviene dall'esterno - e cioè siamo in presenza di un (auto) riciclaggio nell'ente - il rischio di impiegare nell'ente capitali di provenienza illecita, non può che essere presidiato dai tradizionali protocolli antiriciclaggio.

Vi è chi, in dottrina, ha sostenuto che "già il delitto a monte produttore dell'utilità illecita in quanto strumentale all'autoriciclaggio dell'ente debba essere uno dei reati

presupposto costituenti ad oggi la parte speciale del D.Lgs. n. 231 del 2001 determinanti la responsabilità diretta della persona giuridica e non già qualsiasi fatto di delitto non colposo"[3].
Tale assunto "azzardato"[4], ma sicuramente suggestivo, trova un indubbio punto d'appoggio in quanto statuito dalla S.C. in materia di responsabilità degli enti con riferimento al reato di associazione per delinquere. La Corte, infatti, di recente ha affermato che la rilevanza di una fattispecie non inserita nel catalogo *ex* D.Lgs. n. 231/2001 non può essere indirettamente recuperata (nella specie ai fini della individuazione del profitto confiscabile), nella diversa prospettiva di una loro imputazione quali delitti-scopo del reato associativo, pure contestato, perché, così ragionando, "la norma incriminatrice di cui all'art. 416 c.p.- essa, sì, inserita nell'elenco dei reati-presupposto *ex* cit. D.Lgs., art. 24 *ter*, a seguito della modifica apportata dalla L. 15 luglio 2009, n. 94, art. 2 - si trasformerebbe, in violazione del principio di tassatività del sistema sanzionatorio contemplato dal D.Lgs. n. 231 del 2001, in una disposizione "aperta", dal contenuto elastico, potenzialmente idoneo a ricomprendere nel novero dei reati-presupposto qualsiasi fattispecie di reato, con il pericolo di un'ingiustificata dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo, i cui organi direttivi, peraltro, verrebbero in tal modo costretti ad adottare su basi di assoluta incertezza, e nella totale assenza di oggettivi criteri di riferimento, i modelli di organizzazione e di gestione previsti dal citato D.Lgs., art. 6, scomparendone di fatto ogni efficacia in relazione agli auspicati fini di prevenzione"[5].
Tale tesi è stata fatta propria da Confindustria con la circ. n. 19867 del luglio 2015[6].
Tuttavia, innanzitutto, va considerato che il Legislatore ha modellato il reato in parola con un'amplissima ed interminata platea di reati presupposto - *in primis* i reati fiscali ed in generale tutti i reati non colposi generatori di profitti patrimoniali - precipuamente al fine di impedire che gli autori di fatti di reato possano far fruttare i capitali illecitamente acquisiti, rimettendoli in circolazione come capitali depurati e come tali investibili in attività economico - produttive legali[7]; contestualmente ha inserito tale reato nel novero del D.Lgs. n. 231/2001 proprio allo scopo di traslare la responsabilità per siffatte condotte anche a livello collettivo[8] nei confronti di società ed enti, al fine di impedire non solo che gli stessi possano essere utilizzati quale strumento per le attività di riciclaggio e reimpiego, e quindi per ostacolare la giustizia, ma anche di evitare che società ed enti possano beneficiare nella loro attività di capitali di qualsivoglia provenienza illecita, alterando le regole della concorrenza e del mercato[9].
Ma soprattutto - ad di là del sempre incerto risultato dell'esame dell'*intentio legis*[10] - deve essere notata la profonda differenza strutturale della relazione che intercorre tra il delitto di associazione per delinquere ed i reati-fine, da un lato, tra il riciclaggio ed i delitti-fonte dall'altro: infatti è stato giustamente osservato[11] che, mentre l'associazione per delinquere costituisce una forma di incriminazione anticipata dei delitti scopo, che acquista la sua stessa tipicità dalla fisonomia dei reati-fine, talché la depenalizzazione dei delitti scopo è considerata un fattore escludente la punibilità dello stesso delitto associativo[12], l'autoriciclaggio possiede un autonomo disvalore di

condotta segnato "da un'elencazione determinata di condotte disvolute e soltanto occasionata dalla precedente commissione di un delitto - fonte"(13) .
Com'è stato esattamente notato(14) "l'art. 25-*octies* D.lgs. n. 231 del 2001 punisce la società che ha tratto un beneficio dall'attività di *laundering* tenuta da soggetti a lei facenti capo e che ha agevolato la condotta di costoro non avendo saputo impedire - per carenze organizzative interne - che il suo patrimonio venisse utilizzato per occultare la provenienza illecita dei capitali ivi investiti, è invece indifferente, ai fini dell'applicazione delle sanzioni D.Lgs. n. 231 del 2001 tanto la natura dell'illecito da cui il provento criminale ha avuto origine quanto il fatto che l'ente non abbia saputo evitare la realizzazione di tale illecito base".
D'altra parte proprio la struttura del reato di associazione per delinquere a tassatività minima comporta la conseguenza - come stigmatizzato dalla Cassazione nella summenzionata sentenza - che l'ente, al fine di neutralizzare il rischio reato, non potrebbe certo progettare meccanismi di prevenzione del fatto associativo in sé (proibendo per esempio ai propri dipendenti di frequentarsi in numero maggiore di due), bensì verrebbe costretto ad elaborare presidi volti ad evitare il compimento di qualsiasi delitto non colposo, con il segnalato pericolo di un'eccesiva dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo.
Diversamente, al fine di prevenire il reato di riciclaggio, come è stato autorevolmente osservato, a venire in rilievo rispetto al modello di organizzazione non sarà certo l'innumerevole serie di delitti evocati dall'art. 648 *ter*.1 c.p., "bensì i flussi economici e finanziari che interessano l'ente e che dovranno essere tracciati per controllarne la provenienza non illecita"(15), similmente, del resto, a quanto già avviene per il reato di riciclaggio, da tempo inserito nel novero dei reati rilevanti ai fini della responsabilità degli enti *ex* art. 25 *octies*, D.Lgs. n. 231/2001.
Dunque, come meglio vedremo più avanti, in chiave di prevenzione del rischio di autoriciclaggio sebbene possa essere utile predisporre dei protocolli mirati alla prevenzione dei reati presupposto non inseriti nel catalogo 231/01 ritenuti di plausibile verificazione in relazione alle attività dell'ente -, ciò che è veramente necessario (e sufficiente) è l'approntamento di protocolli che prevedano la tracciatura di tutti i flussi economici e finanziari, sia in entrata che in uscita, al fine di renderne accertabile la lecita provenienza o la legittima e trasparente destinazione, nonché che individuino specifici indici di sospetto suggestivi di un rischio-reato
Potrà stupire l'estensione dei controlli ai flussi in uscita, ma occorre considerare che tali flussi possono essere efficaci indicatori della generazione di un illecito profitto all'interno dell'azienda: per fare un esempio si pensi alla non infrequente situazione di un flusso in uscita anomalo, come il pagamento di una consulenza ad una società straniera con un oggetto vago e per un ammontare incongruo per eccesso. Orbene - tralasciando qui ogni considerazione in merito ai profili problematici dell'autoriciclaggio dei proventi dei reati fiscali che saranno sinteticamente trattati nel seguente paragrafo - potrebbe trattarsi di una fattura per un'operazione inesistente per mezzo della quale viene generato un illecito risparmio

di imposta nella società e contemporaneamente viene veicolata una parte del denaro dell'ente all'estero, vuoi per la costituzione di fondi neri, vuoi per provvedere al pagamento del prezzo del reato alla "cartiera" emittente, fenomeno noto nella prassi - ci si perdoni l'espressione un poco grossolana - come "fatturone defiscalizzante".

Il problematico caso dell'autoriciclaggio del profitto dei reati tributari

Come sopra anticipato, sicuramente uno dei temi di maggior interesse espressamente evocato dal legislatore nella normativa sulla *voluntary disclosure*, a mo' di bastone per indurre il contribuente recalcitrante a far riemergere i capitali occultati al Fisco, guadagnandosi la carota dell'impunità per gli illeciti commessi è quello della possibilità di configurare l'autoriciclaggio da parte dell'ente dei profitti provenienti da reati tributari commessi dagli apicali a vantaggio dell'ente stesso.

Tale nodo problematico è stato già da tempo al centro del dibattito sulla configurabilità del risparmio d'imposta quale oggetto materiale dei delitti di cui agli artt. 648 *bis* e *ter* c.p.(16).

Secondo un insegnamento risalente della giurisprudenza di merito(17) e di legittimità(18), poiché il profitto nelle fattispecie tributarie si sostanzia in un mancato depauperamento, senza un arricchimento evidente e tangibile nella disponibilità dell'autore, tale utilità, restando confusa nel complesso delle disponibilità di chi ne ha tratto vantaggio, si sottrae a qualsiasi possibilità di specificazione in senso civilistico e, quindi, di individuazione come oggetto materiale definito di un successivo riciclaggio o reimpiego.

Altro più recente indirizzo giurisprudenziale(19), fa leva sulla costante espansione della fattispecie di riciclaggio, sia sotto il profilo del superamento della elencazione nominativa dei reati presupposto, sia attraverso l'inclusione tra gli oggetti materiali del reato dell'ampio concetto di "altre utilità", per concludere che tale locuzione "deve essere intesa come [ricomprendente] tutte quelle utilità che abbiano, per l'agente che abbia commesso il reato presupposto, un valore economicamente apprezzabile. In esse devono farsi rientrare non solo quegli elementi che incrementano il patrimonio dell'agente, ma anche quelle attività fraudolente a seguito delle quali l'agente impedisce che il proprio patrimonio s'impoverisca. Di conseguenza, rientra fra i reati presupposto [del riciclaggio] anche il reato di frode fiscale a seguito del quale l'agente, evitando di pagare le imposte, consegue un risparmio di spesa che si traduce in un mancato decremento del patrimonio e, quindi, in una evidente utilità di natura economica"(20).

Addirittura la Corte di cassazione si è spinta ad affermare che l'illecito fiscale produttivo di un risparmio d'imposta, realizzato in territorio straniero e che rilevi esclusivamente per tale ordinamento, potrebbe costituire presupposto rilevante per il delitto di riciclaggio(21).

Recentemente la S.C., anche se nel contesto di una pronuncia cautelare e senza far luogo ad una specifica motivazione, ha affermato la rilevanza proprio con riguardo al delitto di cui all'art, 648 *ter*.1 c.p., delle condotte di cui all'art. 4, D.Lgs. n. 74/2000,

"assunte ad ipotesi di reato presupposto", anche quelle realizzate in epoca precedente all'entrata in vigore della L. 15 dicembre 2014, n. 186.

Tale impostazione più recente della Suprema Corte non appare convincente nella sua assolutezza: come già era stato rilevato in dottrina con riguardo all'analogo tema del riciclaggio dei proventi derivanti da reati fiscali(22), il fatto che, in astratto, possano ipotizzarsi casi in cui i delitti tributari producano un profitto riciclabile o reimpiegabile non implica che siano ammissibili forme di autoriciclaggio o reimpiego per "equivalente", in cui non sia possibile identificare l'oggetto materiale dei delitti di cui agli artt. 648 *bis* e *ter* c.p.(23), anteriormente alla condotta di sostituzione, trasferimento o reimpiego.

Infatti(24) "la tesi del 'significato economico della provenienza da delitto', a fondamento della ricorrenza di un riciclaggio da reato tributario, si deve misurare con la peculiarità dell'autoriciclaggio, con la constatazione che il soggetto attivo di tale reato impiega somme in attività proprie, facenti parte del proprio patrimonio e di impossibile riconduzione oggettiva al reato tributario"(25).

Esemplificativamente: un conto è che si sia in presenza di un rimborso d'imposta non dovuto, giacché in tal caso è facilmente individuabile una somma di denaro, che preesiste a successive condotte eventualmente tipiche *ex* artt. 648 *bis* e *ter* c.p. altro conto è se il delitto tributario si risolva in un mancato depauperamento del patrimonio del contribuente, come nel caso di una dichiarazione infedele mediante indicazione di elementi passivi fittizi ovvero in un omesso versamento di IVA o ritenute o infine di omessa dichiarazione. Seguendo l'impostazione tracciata dal summenzionato orientamento giurisprudenziale, in tale ultimo caso, laddove l'infedele dichiarazione o l'omesso versamento siano stati compiuti dall'amministratore in un momento di crisi congiunturale e non allo scopo di distrarne il provento - risparmio d'imposta, bensì nell'interesse della società, restando di conseguenza il risparmio d'imposta confuso nel patrimonio sociale a disposizione per gli ordinari impieghi aziendali e cioè per pagare i dipendenti ovvero i fornitori, ne seguirebbe come effetto automatico il reimpiego in attività economiche e si dovrebbe accusarlo di autoriciclaggio.

A prescindere dal fatto che in quest'ultimo caso ci si troverebbe in presenza di una curiosa fattispecie di autoriciclaggio"per equivalente"(26), una siffatta interpretazione finirebbe - tra l'altro - per portare ad una violazione del principio del ne *bis in idem*, giacché nel caso dell'utilizzo del pur illecito risparmio d'imposta, è assolutamente evidente che l'utilizzazione del bene costituisce una conseguenza assolutamente necessaria della precedente azione illecita, talché il punire l'agente anche per una condotta necessariamente accessoria a quella del reato fonte "sarebbe un'evidente violazione del *ne bis in idem* sostanziale"(27).

Sicuramente il rigore dell'anzidetto orientamento giurisprudenziale non potrà che essere stemperato, valorizzando al massimo la capacità selettiva del dato modale dell'azione tipizzata nel primo comma dell'art. 648 *ter*.1 c.p., ovvero la sua idoneità ad ostacolare in concreto l'individuazione della provenienza illecita dei beni, così da addivenire a soluzioni interpretative ragionevoli.

Segnatamente, laddove al compimento del reato fiscale presupposto segua un'operazione in cui il provento della frode fiscale (attuata ad esempio mediante l'annotazione di fatture inesistenti) venga fisicamente enucleato dal patrimonio dell'ente ad opera di un soggetto apicale e trasferito su conti correnti di un soggetto apparentemente terzo, ad esempio un fiduciario operante in un paese *off shore* tramite una società terza (spesso di diritto estero), priva di concreta operatività e di reali finalità imprenditoriali, potrebbe essere configurato il reato di autoriciclaggio(28).
Qualora il risparmio fiscale provento del reato presupposto resti, invece, confuso nel patrimonio del contribuente, senza uscirne verso terze destinazioni, ma venendo reimpiegato anche in attività economiche - pertanto non rientranti nella clausola d'esclusione di cui al comma 4(29) - che costituiscono l'ordinaria attività aziendale, non potrà certo ritenersi che tale condotta sia idonea ad ostacolare concretamente l'identificazione delittuosa del bene(30).
In ogni caso poiché in questa sede si vuole adottare un criterio di massima precauzione, i suggerimenti operativi in ordine alla formulazione dei modelli organizzativi volti a prevenire la commissione del reato di cui all'art. 648 *ter*.1 c.p., prescinderanno da tale pur fondamentale distinzione.

Ai fini del presente lavoro, pertanto, si porrà, dunque, un problema di autoriciclaggio allorché un soggetto *interno* all'ente sia autore materiale o concorrente di un qualsiasi delitto non colposo, da cui si generi denaro, beni o altra utilità.

Entrando nel merito, si possono individuare due distinte ipotesi, che meritano di essere analizzate separatamente e che possono compendiarsi sinteticamente come l'autoriciclaggio *nell'ente* e l'autoriciclaggio *dell'ente*.

L'autoriciclaggio nell'ente

Il primo caso (autoriciclaggio nell'ente) si ha quando il denaro, i beni o le altre utilità provenienti da delitto non colposo non siano nel patrimonio dell'ente, tanto che l'autoriciclaggio si realizza proprio attraverso l'acquisizione di titolarità della *societas* sull'oggetto materiale dell'autoriciclaggio. L'ipotesi in esame viene astrattamente in rilievo ogni qualvolta il soggetto apicale o il subordinato immetta nell'ente, con modalità tali da ostacolare concretamente l'identificazione dell'illecita provenienza, risorse provenienti dalla commissione di un (qualsiasi) delitto non colposo(31) da utilizzarsi nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso(32).
Per prevenire tale rischio-reato, l'ente dovrà prevedere nella parte speciale del Modello organizzativo procedure idonee ad evitare che soggetti che rivestano un ruolo apicale - o anche, ma più difficilmente, per ovvi motivi, soggetti sottoposti - immettano nell'ente stesso un flusso di denaro (o beni e utilità, in ipotesi probabilmente meno frequenti) di origine delittuosa; tali procedure costituiscono peraltro ordinari protocolli in materia di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita.

Peraltro, occorre anche sottolineare che il perimetro della fattispecie di autoriciclaggio è più ristretto di quello di riciclaggio o di impiego di denaro, beni o

utilità di provenienza illecita; ci si riferisce alla locuzione "in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa" di cui al nuovo art. 648 *ter*.1 c.p., per cui non ogni impiego, sostituzione o trasferimento delle risorse derivanti dal delitto costituisce condotta penalmente rilevante di autoriciclaggio.

Un'esemplificazione può risultare, in merito, utile: si ipotizzi un aumento di capitale della società, sottoscritto e versato dal socio e amministratore; si immagini pure che il denaro a mezzo del quale il socio ha versato o intenda versare il capitale derivi dalla commissione (in prima persona) di un delitto non colposo. Laddove il versamento di tale somma di denaro sui conti della società (che indubbiamente si risolve in un vantaggio per l'ente e che altrettanto indubbiamente costituisce *impiego* di denaro proveniente da delitto) sia compiuto con modalità ordinarie (bonifico bancario dal conto del sottoscrittore, per esempio), che, in quanto tali, non *ostacolano concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa*, si può sostenere che non si ponga un problema di autoriciclaggio per mancanza della "idoneità concreta" della condotta ad ostacolare l'accertamento dell'origine illecita dei fondi.

Al contrario, ogni volta che all'interno dell'ente vengano canalizzate (*rectius* si tenti di canalizzare) risorse da parte di un *soggetto apicale o subordinato*, secondo modalità che di per sé stesse possono ostacolare la ricostruzione della provenienza (per esempio attraverso tecniche usualmente utilizzate per le frodi fiscali, quale la triangolazione con lo schermo fittizio di una società costituita in un paese *off-shore*) sarebbe sicuramente configurabile il reato di autoriciclaggio.

L'autoriciclaggio dell'ente

La seconda ipotesi, quella dell'autoriciclaggio dell'ente, vede la provvista illecita già *ab origine* nella disponibilità della *societas* stessa; questa avrebbe, per così dire, beneficiato direttamente dei proventi del delitto non colposo, presupposto proprio del successivo autoriciclaggio. All'interno di questa seconda ipotesi occorre distinguere, al fine di individuare protocolli idonei a schermare il rischio di autoriciclaggio, i casi in cui il delitto generatore della provvista illecita faccia parte o meno del catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente.

Nel primo caso non si pongono particolari problemi: per evitare lo specifico rischio di autoriciclaggio di un certo delitto presupposto, sarà sufficiente rinviare alla parte speciale del MO, dedicata alla relativa prevenzione.

In linea di massima, se un modello organizzativo risulta idoneo ad impedire il reato presupposto, non può porsi il correlato problema di idoneità ad impedire il relativo autoriciclaggio.

Più complesso, invece, si presenta il caso in cui il delitto generatore della provvista non faccia parte dei reati presupposto compresi nel catalogo del Decreto.

Senza pretesa di esaustività, i delitti che alla data del presente scritto non fanno parte del novero di quelli rilevanti ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001[33] e che potrebbero generare direttamente risorse per l'ente sono l'*appropriazione indebita*[34], la *truffa*[35], l'*usura*[36], i *reati doganali* e, soprattutto, i *reati tributari*[37].

Fattore comune di tutte tali ipotesi è la circostanza che il profitto del reato sorge in capo all'ente stesso. In questa prospettiva particolare considerazione meritano i delitti tributari e doganali. Tali reati possono essere commessi nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente (anzi, lo sono tipicamente), da soggetti *interni* (potenziali autoriciclatori) e generano risorse - la locuzione sarà approfondita a breve - direttamente nella disponibilità dell'ente (si pensi paradigmaticamente ai delitti tributari di cui agli artt. 2, 3, 4, 5, 10 *bis*, 10 *ter*, 10 *quater*, 11, D.Lgs. n. 74/2000).

Infine, prima di entrare nel merito dei suggerimenti operativi, deve essere sottolineato che, in linea generale, si può escludere che rilevino ai nostri fini le ipotesi limite di enti (o unità organizzative di enti) che siano *stabilmente utilizzati allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare* la commissione di condotte di autoriciclaggio: è il caso delle "imprese - strumento intrinsecamente criminale" oppure delle "imprese contigue alla criminalità",normalmente funzionali a vere e proprie associazioni per delinquere(38) e per le quali, ovviamente, i modelli organizzativi non rivestirebbero alcuna utilità. Per tali ipotesi, *ex* art. 24 *ter*, comma 4 del Decreto, è infatti prevista la sanzione definitiva dell'interdizione dall'esercizio dell'attività.

L'aggiornamento del *Risk Assessment*, della *Gap Analysis* e dei modelli organizzativi adottati *ex* D.Lgs. n. 231/2001

Il nuovo reato pone particolari problemi interpretativi sia con riferimento all'individuazione del perimetro della mappatura dei rischi, sia con riguardo all'elaborazione dei protocolli.

Infatti, il timore espresso da alcune associazioni di categoria quali Confindustria è che si giunga a concludere che, per approntare un presidio di massima efficacia al compimento del reato di autoriciclaggio, occorrerebbe necessariamente prendere in considerazione tutte le fattispecie di reato suscettibili di produrre un vantaggio patrimoniale, approntando specifici protocolli al fine di evitarne il rischio di compimento.

Evidentemente l'opzione potrebbe rivelarsi estremamente gravosa e di difficile attuazione pratica, specie per le PMI.

Nei paragrafi seguenti si presenteranno tre diversi approcci al problema dell'autorganizzazione dell'ente, che riflettono i diversi orientamenti di opinione manifestati sia in dottrina che, per l'appunto, dalle associazioni di categoria, tra le quali - coerentemente alle premesse - ve n'è una, focalizzata sui flussi finanziari che interessano la *societas*, accessibile ad ogni tipo di realtà imprenditoriale.

Passando quindi all'aggiornamento dei modelli organizzativi occorrerà innanzi tutto effettuare:

- l'analisi in merito alla identificazione degli ambiti aziendali nei quali possa essere - sia pure astrattamente - commesso il reato ("*Risk Assessment*");

- la valutazione - per nulla banale - dell'efficacia del sistema di controllo interno nel prevenire la commissione della condotta illecita ("*Gap Analysis*").

A tale scopo si riportano di seguito alcuni suggerimenti operativi per l'effettuazione (o aggiornamento, ove già esistenti) del *Risk Assessment* e della *Gap Analysis*, nonché del Modello organizzativo adottato ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001, che si basano sui due scenari rappresentati nei precedenti paragrafi, ossia:

i) l'autoriciclaggio *nell'ente*;

ii) l'autoriciclaggio *dell'ente*.

Autoriciclaggio nell'ente

Nel primo caso (*autoriciclaggio nell'ente*), ai fini dell'aggiornamento del *Risk Assessment* e della *Gap Analysis* occorrerà:

- innanzitutto identificare in astratto quei possibili flussi in entrata da parte di soggetti interni (per esempio Soci, Amministratori e loro sottoposti) che potrebbero costituire una condotta di autoriciclaggio;

- in secondo luogo, prevedere criteri per identificare fattori di rischio legati sia alle oggettive caratteristiche delle operazioni (quali ad esempio frazionamento, intestazione dei conti di provenienza, origine geografica dei conti di provenienza, etc.), sia ai soggetti (per esempio "politicamente esposti");

- al termine delle analisi di cui sopra, si procederà con l'aggiornamento del Modello organizzativo attraverso: (*i*) il rafforzamento dei presidi già in essere con riferimento al rischio-reato di riciclaggio prevedendo, ad esempio, l'implementazione di controlli introdotti in relazione al D.Lgs. n. 231/2007 e successivi provvedimenti attuativi, inerenti a operazioni quali aumenti di capitale, conferimenti, finanziamenti, operazioni straordinarie, etc.[39]; (*ii*) la definizione di nuovi presidi sui "flussi in entrata" non già rilevati nelle precedenti mappature dei rischi-reato "231" (in particolare con riferimento al reato di riciclaggio).

Nell'ambito di questo scenario, l'Organismo di Vigilanza avrà il compito di verificare i protocolli di prevenzione previsti nel Modello organizzativo anche in ottica autoriciclaggio e, in particolare, verificare l'adeguatezza e l'operatività dei principi di controllo (esistenti ed eventuali nuovi) relativi al riciclaggio anche in ottica autoriciclaggio.

Autoriciclaggio dell'ente

Nel caso di delitti "endosocietari" (*autoriciclaggio dell'ente*), ai fini dell'aggiornamento del *Risk Assessment* e della *Gap Analysis* occorrerà identificare gli ambiti nei quali potrebbe essere generato denaro, beni o altre utilità dalla commissione di delitti non colposi, sia che tali delitti siano già tra quelli nel novero del D.Lgs. n. 231/2001, sia che ne siano esclusi. Se nel primo caso potrà essere sufficiente rimandare al *Risk Assessment* "231" esistente, nel secondo caso si potrà procedere secondo gli *step* di seguito descritti: (*i*) identificazione degli illeciti teoricamente più rilevanti per ciascun ente, sulla base del settore di *business* di appartenenza e/o delle modalità organizzative e operative attraverso cui l'ente persegue i propri obiettivi; (*ii*) identificazione delle modalità attraverso le quali potrebbero essere potenzialmente commessi i reati presupposto; (*iii*) analisi dei presidi a prevenzione della commissione degli stessi; (*iv*)

identificazione delle condotte che potrebbero essere utilizzate per occultare concretamente la provenienza illecita di denaro, beni o altre utilità.

Con riferimento a quest'ultimo punto, le analisi dovrebbero concentrarsi sui processi aziendali ove maggiormente si annida il rischio che possano essere realizzate condotte di occultamento di proventi illeciti (come nel caso della gestione dei conti correnti, della contabilità e del bilancio, della definizione e approvazione delle operazioni straordinarie o *intercompany*).

A conclusione dell'aggiornamento del *Risk Assessment* e della *Gap Analysis*, si procederà con l'identificazione delle soluzioni organizzative e di controllo che l'ente intende adottare "a tendere". Nello specifico, l'ente - sulla base della propria propensione al rischio - potrà valutare di intraprendere le seguenti strade:

a) Soluzione "minima necessaria"

Sulla base delle assunzioni che i) la commissione di un delitto non espressamente richiamato dal Decreto non è rilevante ai sensi della responsabilità amministrativa degli enti, che ii) gli ambiti a rischio di commissione degli illeciti già richiamati dal Decreto sono presidiati nel M.O. in essere e che iii) la condotta del nuovo reato è la stessa di quella del riciclaggio, gli enti potrebbero adottare un approccio "minimalista", ossia effettuare una mera integrazione del Modello con regole etiche/comportamentali *ad hoc* per gli ambiti identificati a rischio di commissione di delitti non colposi "non 231".

Nell'ambito di questa soluzione, l'Organismo di Vigilanza avrebbe il compito di verificare l'adeguatezza e il rispetto dei nuovi principi di comportamento nonché verificare i protocolli di prevenzione del riciclaggio anche in ottica autoriciclaggio.

Tale soluzione avrebbe il vantaggio di non appesantire "l'impianto 231" già adottato dall'ente e di non sovraccaricare l'operatività dell'Organismo di Vigilanza, comportando presumibilmente un aggravio di costi minimo o nullo; tuttavia una tale soluzione difficilmente potrebbe essere considerata, ad esempio dagli Organi inquirenti, concretamente idonea a prevenire l'autoriciclaggio.

b) Soluzione di "maggior cautela"

In considerazione, invece, delle assunzioni che *i*) per prevenire l'autoriciclaggio è necessario impedire il delitto non colposo che genera la provvista e che *ii*) l'occultamento della provenienza illecita della provvista potrebbe realizzarsi con la condotta stessa del reato presupposto, un approccio maggiormente conservativo potrebbe prevedere, oltre a quanto precedentemente detto, la definizione di nuovi protocolli di controllo all'interno del MO, volti a prevenire il rischio della commissione di ogni reato, ancorché non compreso nel catalogo del D.Lgs. n. 231/2001 (come nel caso dei delitti tributari[40], della truffa in danno dei consumatori, dell'usura, etc.).

Nell'ambito di questa soluzione l'Organismo di Vigilanza avrebbe il compito di verificare l'adeguatezza e il rispetto di nuovi protocolli facenti parte integrante del Modello organizzativo.

Tale soluzione avrebbe il vantaggio di essere teoricamente più efficace in termini preventivi, ma non sarebbe di facile realizzazione ed estenderebbe l'operatività dell'Organismo di Vigilanza ad ambiti aziendali non strettamente rilevanti (almeno per il momento, in assenza di giurisprudenza) ai sensi del Decreto.

Inoltre una siffatta impostazione, sicuramente più cautelativa, rischia di essere sovrabbondante, dispendiosa e di difficile sostenibilità, soprattutto per le PMI.

c) Soluzione intermedia con approccio "progressivo"

Sulla base delle considerazioni più sopra illustrate, in particolare in merito alle difficoltà interpretative - non ancora risolte - connesse al nuovo reato, alle soluzioni "radicali" sopra rappresentate ne potrebbe essere preferita una in cui il rischio di commissione dell'autoriciclaggio sia presidiato attraverso un protocollo *ad hoc* in cui, prendendo anche spunto dalle previsioni di cui al D.Lgs. n. 231/2007 e relativi provvedimenti attuativi, siano definiti indicatori di rischio (ad esempio con riferimento a flussi "sospetti" sia in entrata sia in uscita[41]) e principi di controllo e di comportamento[42] in relazione agli ambiti aziendali individuati come a rischio-reato di autoriciclaggio nel corso dell'attività di *Risk Assessment* e *Gap Analysis*.

I suddetti protocolli dovranno trovare una concreta e più specifica attuazione nelle procedure relative a ciascun ambito aziendale mappato come a rischio autoriciclaggio.

In tal caso l'Organismo di Vigilanza potrebbe adempiere alle proprie funzioni in modo simile a quanto previsto con riferimento ai reati *ex* art. 25 *septies* del Decreto, per la prevenzione dei quali i modelli organizzativi rimandano agli adempimenti richiesti dal D.Lgs. n. 81/2008 e alle procedure adottate in conformità agli standard OHSAS 18001, ossia coordinandosi con gli altri organi di controllo già esistenti e acquisendo, da questi e dal *management*, informazioni inerenti: i) il verificarsi di eventi aziendali che potrebbero celare condotte di "riciclaggio" e *ii*) l'effettiva implementazione dei presidi a prevenzione dell'autoriciclaggio.

Quest'ultimo approccio avrebbe inoltre il vantaggio di consentire agli enti di affrontare gradualmente i rischi di commissione degli illeciti "presupposto" - anche laddove non direttamente rilevanti ai sensi della responsabilità amministrativa *ex* D.Lgs. n. 231/2001 - e di definire un piano di progressivo miglioramento del sistema dei controlli interni, funzionale e commisurato alla proprie caratteristiche organizzative e di *business*[43].

Conclusioni

Secondo quanto riportato dalla stampa specializzata l'autoriciclaggio sarebbe nel mirino della Guardia di Finanza, come espressamente dichiarato dal Comandante Generale Saverio Capolupo, il quale ha reso noto che sarebbero già 70 le indagini iniziate e 103 le persone denunciate per tale delitto[44].

Appare dunque assai probabile che presto anche società ed enti saranno oggetto di indagini penali e i loro modelli organizzativi oggetto di attenzione. Sicuramente un'esegesi rispettosa del testo della norma potrebbe ridimensionare il potenziale effetto deflagrante insito nell'inserimento nel novero dei reati presupposto di una

fattispecie che in teoria potrebbe attrarre nel campo di applicazione del D.Lgs. n. 231/2001 una serie indeterminata di reati, tra cui *in primis* quelli tributari.

Tuttavia, le recenti vicissitudini interpretative di alcune norme in apparenza molto chiare, ma oggetto di un'interpretazione teleologicamente (troppo a parere di chi scrive) orientata - si pensi al caso dell'elusione fiscale prima della recente riforma(45) ed a quello, tutt'ora "caldo" del falso in bilancio(46) - con palesi forzature esegetiche da parte della stessa Corte di legittimità, consigliano un approccio di estrema cautela.

In siffatto contesto, ove le incertezze applicative si protrarranno per lungo tempo e quasi sicuramente si registreranno notevoli oscillazioni interpretative, appare opportuno che le società commerciali ed in genere gli enti si dotino di un modello organizzativo anche con riferimento al reato di autoriciclaggio: secondo un vecchio adagio, un tempo in voga tra gli avvocati milanesi, "meglio arrossire prima che impallidire dopo".

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Senza pretesa di completezza, in argomento si vedano, tra gli altri: F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 1, 108; F. Sgubbi, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, *ivi*, 137; D. Piva, *Il volto oscuro dell'autoriciclaggio: la fine di privilegi o la violazione di principi?*, in *Resp. amm. soc.*, 2015, 3, 59; A. D'Avirro - M. Giglioli, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 135; A. Lanzi, *L'autoriciclaggio e la necessità di un intervento di razionalizzazione da parte della giurisprudenza*, in *L'indice penale*, 2015, 1; A.M. Dell'Osso, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 804; F. Cosulich, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, 55; A. Gullo, *Autoriciclaggio, Voce per il libro dell'anno Treccani 2016*; in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2015; infine, volendo, S. Cavallini - L. Troyer, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 1, 95.

(2) Infatti, com'è noto, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria ritengono che, ove uno dei concorrenti sia un soggetto qualificato, tutti rispondano della fattispecie propria e non già di quella comune (in ipotesi pure configurabile), indipendentemente dal fatto che l'*intraneus* ponga in essere la condotta tipica o si limiti ad offrire un contributo causalmente efficiente alla commissione del reato: sul punto ci si consenta di rinviare a S. Cavallini - L. Troyer, *Apocalittici o integrati?*, cit., 104.

(3) Così A. Rossi, *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del D.Lgs. 231 del 20001 ed autoriciclaggio, criticità, incertezze illazioni ed azzardi esegetici*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2015, 15; *contra*: C. Santoriello, *Alcune precisazioni in tema di autoriciclaggio e responsabilità da reato delle società*, in *Resp. amm.*

soc. ed enti, 2016, 1, 149 ss.; cfr. inoltre, ma senza un approfondimento critico, M. Pansarella - F. Petrillo, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 43; G. Stile, *Profili problematici della responsabilità dell'ente da riciclaggio*, *ibidem*, 117; P. Silvestri - I. Musto, *Profili concorsuali tra reati presupposto e reati di riciclaggio: nuove prospettiive alla luce dell'introduzione del reato di auto riciclaggio* (commento a Cass. pen. 7 gennaio 2015, n. 245), in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2015, 2, 211 ss.

(4) Il termine è usato spiritosamente dall'Autrice stessa dell'articolo.

(5) Cass. pen., Sez. V, 20 dicembre 2013, n. 3635, Pres. Agrò - Rel. De Amicis. Per un autorevole commento si veda C. Piergallini, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, *in Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1006.

(6) In tale circ. (n. 19867 di Confindustria, *Il reato di riciclaggio e la responsabilità ex decreto 231/01*, 12 giugno 2015) si propone di adottare tale impostazione metodologica "*in* attesa che la giurisprudenza definisca con certezza il perimetro della responsabilità dell'ente". Vi è da rilevare in proposito, tuttavia, che la giurisprudenza potrebbe impiegare molto tempo a risolvere in via definitiva la questione e nel frattempo potrebbero verificarsi importanti contrasti interpretativi con la conseguenza che qualche ente potrebbe essere condannato per aver adottato la soluzione minimalistica. Del resto secondo la Corte di cassazione "i modelli organizzativi e gestionali possono (non devono) essere adottati sulla scorta di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative, ma, naturalmente non opera alcuna delega disciplinare a tali associazioni e alcun rinvio per *relationem* a tali codici, che, appunto, possono certamente essere assunti come paradigma, come base di elaborazione del modello in concreto da adottare, il quale, tuttavia, deve essere "calato" nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione. Il fatto che tali codici di comportamento siano comunicati al Ministero di Giustizia, che, di concreto con gli altri ministeri competenti, può formulare osservazioni, non vale certo a conferire a tali modelli il carisma della incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di ipse dixit aziendale c/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione dei reati." (Cass. pen., Sez. V., 18 dicembre 2013, n. 4677, Pres. Ferrua - Rel. Fumo.). Si legga in tal senso ed anche in senso fortemente critico circa il contenuto di tale circolare C. Santoriello, *La circolare di Confindustria sul nuovo reato di autoriciclaggio e la responsabilità degli enti collettivi: alcuni pericolosi equivoci*, in *Circolare 231*, n. 7, luglio 2015, in *Rivista 231.it*, 2015.

(7) Come risulta evidente dalla contestuale approvazione delle norme in materia di *voluntary disclosure*, l'auspicata riemersione di capitali provento di evasione, detenuti sia in Italia che all'estero, è stata perseguita minacciando il contribuente infedele di penalizzare i movimenti che tali capitali avrebbero in seguito compiuto e promettendogli uno scudo penale con la c.d. *voluntary disclosure* per il caso in cui si autodenunciasse: l'autoriciclaggio è il bastone, lo scudo penale è la carota, il fine è far cassa: si veda sul punto A. Ingrassia, *Le (caleidoscopiche) ricadute penalistiche della procedura di* voluntary disclosure*: causa sopravvenuta di non punibilità, autodenuncia e*

condotta penalmente rilevante, in *Dir. pen. cont.*, 11 maggio 2015. Si veda in tal senso anche A.M. Maugeri, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e auto riciclaggio*, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2015, 25-26: "Probabilmente questo è uno degli scopi di politica criminale perseguiti dalla nuova fattispecie, oltre alla semplificazione probatoria; punire più severamente o comunque introdurre un ulteriore deterrente nei confronti anche dell'evasione fiscale, scopo molto più concreto di quello della lotta al crimine organizzato, - tanto decantato nel dibattito sull'introduzione dell'autoriciclaggio -, nel senso che non si ritiene che tale lotta, disponendo già della confisca di prevenzione anche del reimpiego, dell'aggravante dell'art. 416-*bis* co. 6 e della fattispecie di cui all'art. 12-*quinquies* d. l. n. 306/92, usufruirà sostanzialmente del nuovo strumento"; da ultimo ci si consenta il richiamo anche a S. Cavallini - L. Troyer, *Apocalittici o integrati?*, cit., 107.

(8) Cfr. in tema di rapporti tra i reati di riciclaggio e 231/01, G. Stile, *Profili problematici della responsabilità degli enti per riciclaggio*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2009, 113.

(9) Secondo R. Galullo, *Finanza criminale*, il *Lex 24*, Milano, 2015, 23 "l'economia "non osservata" in Italia raggiunge in totale tra i 250 e i 290 miliardi annui. Di questi, 180-210 miliardi riguardano l'economia sommersa e informale (con un mancato gettito tra i 85 e i 100 miliardi) e 70-80 miliardi riguardano l'economia illegale. Sulla base di questi dati l'evasione totale è valutabile in 93 miliardi, con un mancato gettito di 55 miliardi dei quali 14 miliardi possono essere recuperati rendendo più efficienti le norme e implementando le misure di contrasto già esistenti nella lotta all'evasione, ma che devono ancora essere totalmente attivate".

(10) Si veda per tutti, M. Scoletta, *Le parole sono importanti? "Fatti materiali", false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2 marzo 2016.

(11) D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 28.

(12) Cass. pen., Sez. I, 9 marzo 2005, in *Cass. pen.*, 2006, 2070.

(13) S. Cavallini, *(Auto)riciclaggio e responsabilità degli enti: trapianto indolore o crisi di rigetto?*, *in Riv. dott. comm.*, 2015, 675; si veda anche, in senso conforme, A. Gullo, *Autoriciclaggio*, cit., 13. Si legga in tal senso C. Santoriello, *La circolare di Confindustria sul nuovo reato di autoriciclaggio e la responsabilità degli enti collettivi: alcuni pericolosi equivoci*, in *Circolare 231*, n. 7, luglio 2015, in *Rivista231.it*, 2015.

(14) Così C. Santoriello, *Ibidem*; si osservi che la Circolare ABI del 1° dicembre 2015 ha adottato tale differente impostazione, contrariamente a quella di Confindustria.

(15) F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 123.

(16) Sul punto in dottrina si vedano, tra gli altri, F. D'Arcangelo, *Frode fiscale e riciclaggio*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, 331 ss.; P. Ielo, *Reati tributari e riciclaggio: spunti di riflessione alla luce del decreto sullo scudo fiscale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, 1, 3 ss.

(17) Si veda Trib. Milano, Uff. GIP, 19 febbraio 2009, in *Foro amb.*, 1999, 441 ss.

(18) Si tratta di Cass. pen., Sez. III, 7 dicembre 1992, n. 2206, in *CED*, rv. 192669; Cass. pen., Sez. II, 20 settembre 2007, n. 38600, in *CED*, rv. 238161.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(19) Si tratta di Cass. pen., Sez. II, 17 gennaio 2012, n. 6061, in *CED*, rv. 252701.

(20) Così Cass. pen., Sez. II, 17 gennaio 2012, n. 6061, cit.

(21) Cass. pen. 17 novembre 2009, come riportata in P. Magri, *Codice Penale Commentato, commento all'art. 648*-bis, a cura di E. Dolcini - L. Gatta, Vicenza, 2015, III, 1321.

(22) Si veda in tal senso, R. Acquaroli, *Il riciclaggio*, in *Trattato Teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo - C.E. Paliero, *Reati contro la persona e il patrimonio*, a cura di F. Viganò - C. Piergallini, VII, Torino, 2011, 818.

(23) Auspica giustamente un ripensamento della giurisprudenza in merito al risparmio d'imposta quale possibile oggetto materiale dei reati di riciclaggio ed autoriciclaggio A. Lanzi, *L'autoriciclaggio*, cit., 5.

(24) Peraltro non deve essere dimenticato che, dal momento che nel nostro ordinamento le principali fattispecie di evasione fiscale si perfezionano con la presentazione della dichiarazione, eventuali movimenti di denaro anteriori al momento dichiarativo potrebbero non avere un autonomo rilievo penale.

(25) *Ibidem*, 5, cfr. anche A. D'Avirro - M. Giglioli, *Autoriciclaggio*, cit., 14.

(26) Deve essere sottolineato che il potenziale impatto di tale è stata in parte depotenziata dall'entrata in vigore di parte della tanto attesa Legge delega in materia fiscale, dal momento che è stata espressamente prevista la non rilevanza penale dell'elusione fiscale, reato di mera creazione giurisprudenziale - inserita interpretativamente tra le condotte di Dichiarazione infedele di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 74/2000, fattispecie generalmente generatrice di risparmio fiscale - che costituiva e tuttora costituisce una delle maggiori criticità per società italiane; l'origine interpretativa rende difficilissimo prevedere il contenuto del rimprovero penale che spesso va a sanzionare operazioni straordinarie apparentemente regolari, e rendo di conseguenza difficile approntare protocolli volti ad impedire la commissione del reato.

(27) A.M. Dell'Osso, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 804.

(28) Così F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 5; si legga in un'ottica parzialmente difforme, ma sicuramente non priva di interesse A. D'Avirro - M. Giglioli, *Autoriciclaggio*, cit., 149, secondo i quali non essendo possibile l'identificazione della frazione di risparmio fiscale che dà vita all'utilità del reato tributario nel patrimonio dell'agente, e quindi la condotta di ostacolo all'identificazione della provenienza illecita dell'utilità, ove si voglia rendere applicabile il reato di autoriciclaggio di utilità provenienti dal reato tributario, l'unico percorso sarebbe quello regolato dall'art. 11, D.Lgs. n. 74/2000. Conseguentemente Il risparmio fiscale, cioè l'utilità proveniente dal reato tributario potrebbe essere oggetto di autoriciclaggio solo attraverso l'alienazione simulata o il compimento di atti fraudolenti sui beni che l'autore dei reati tributari cerca di sottrarre alla procedura coattiva, con il risultato, tuttavia, che essendo l'art. 11 norma speciale rispetto alla

fattispecie di cui all'art. 648 *ter*.1, la fattispecie di autoriciclaggio non sarebbe mai applicabile in concreto.

(29) Circa l'applicabilità o non del comma 4 dell'art 648 *ter*.1 alla disciplina della responsabilità degli enti, si legga per un interessante approfondimento C. Santoriello, *Alcune precisazioni*, cit., 152.

(30) In senso conforme C. Santoriello, *La circolare*, cit., 12.

(31) Nessuna rilevanza ha la circostanza che il delitto fonte non sai stato posto in essere nell'ambito dell'attività imprenditoriale dell'ente si legga in proposito C. Santoriello, *Alcune precisazioni*, cit., 153 s.; contra A. Rossi *Note in prima lettura*, cit., 154, nonché R. Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta…o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"*, in *Dir. pen. cont.*, 10 marzo 2016. Si veda un caso paradigmatico, oggetto di vaglio da parte della S.C. ben prima dell'introduzione del nuovo reato, nel quale il socio di maggioranza di una società immobiliare aveva fornito a tale società la parte di provvista corrisposta in contanti, naturalmente "in nero", per l'acquisto di alcuni immobili, utilizzando il provento di pregressi illeciti: "Viene dato invece, in punto di diritto, il problema dell'ammissibilità del riciclaggio mediante versamento del denaro di provenienza illecita in società partecipata a maggioranza dallo stesso autore del delitto presupposto, adombrandosi una fattispecie di cd. "auto riciclaggio" non punibile ai sensi dell'art. 648 *bis* c.p. in forza della clausola di esenzione che apre la norma ("Fuori dai casi di concorso di reato…") (…) In realtà (…) il C. [il socio di maggioranza n.d.r.] non è affatto accusato di riciclaggio, essendo egli l'autore dei delitti presupposti. Né sussiste, in astratto, alcun ostacolo a prefigurare il delitto di riciclaggio per gli amministratori della società alla quale il denaro viene versato e che lo reinvestono. Sul piano sostanziale, o dalla lesione degli interessi protetti, deve ammettersi che già il solo spostamento della titolarità del denaro dell'autore del reato presupposto alla società consente la creazione di un primo schermo tra il denaro e la sua provenienza, sicché quando questa operazione si verifichi con la complicità di terzi estranei alla commissione del reato presupposto costituisce essa stessa riciclaggio, ovviamente ascrivibile solo a quei terzi. Nel caso concreto, il reinvestimento delle somme versate alla società aggiunge un'ulteriore e definitiva rilevanza, ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 648 *bis* c.p., al comportamento degli amministratori" Cass. pen., Sez. II, 11 febbraio 2009, n. 6561 - Pres. Cosentino - Rel. Renzo.

(32) Per un interessante approfondimento del tema relativo all'interesse o vantaggio dell'ente nelle operazioni di autoriciclaggio si veda C. Santoriello, *ibidem*,151 s.

(33) A tal proposito si evidenzia che, sebbene l'elenco dei delitti attraverso i quali un'azienda potrebbe generare delle provviste illecite sia particolarmente ampio, le analisi potranno essere effettuate partendo dalle famiglie di reato che "statisticamente" hanno, nel recente passato, generato provviste illecite. Prendendo spunto dalla Relazione al Ministro dell'Economia e delle Finanze del Comitato di sicurezza finanziaria (Valutazione delle attività di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo - Anno 2013), "l'importo complessivo delle operazioni

di riciclaggio e di reinvestimento di denaro "sporco" ammonta a 3,4 miliardi €. Si tratta di proventi originati soprattutto da: delitti di frode fiscale (1,9 miliardi €), associazione di stampo mafioso (257 milioni €), corruzione e/o concussione e altri reati contro la P.A. (142 milioni €), bancarotta fraudolenta (94 milioni €), truffa (81 milioni €) e altri gravi reati a sfondo patrimoniale e personale (891 milioni €)".

(34) Si pensi all'agenzia viaggi o allo spedizioniere doganale che si impossessino di denaro dei loro clienti di cui disponevano per finalità "vincolate", ma, anche più genericamente, a qualunque soggetto che si trovi a poter disporre per legge o per contratto di denaro o beni altrui, per es. agenzie per la riscossione, ovvero si ponga mente alla condotta del *manager* di una controllante che si appropri del denaro della controllata, conferito in un *cash pooling* o sfruttando una tesoreria centralizzata di gruppo per esigenze della controllante stessa (si considerino ad esempio i vorticosi rapporti *intercompany* visti nella vicenda Parmalat poi esitati nell'insolvenza di tutte le società del gruppo).

(35) Il pensiero va ai possibili casi di frodi su larga scala da parte di operatori telefonici, istituzioni bancarie, assicurazioni etc.

(36) Tale delitto pone peculiari questioni in relazione a banche e intermediari creditizi.

(37) Si pensi, in un gruppo di società, all'emissione di fatture per operazioni inesistenti dell'una nei confronti dell'altra per drenare liquidità, magari poi utilizzata per effettuare un aumento di capitale nella società depredata.

(38) Cfr. G. Stile, *Profili problematici*, cit., 114.

(39) Quali a titolo esemplificativo e non esaustivo: i) verifica dell'attendibilità del soggetto sulla base degli indicatori di anomalia previsti dall'art. 41, D.Lgs. n. 231/2007 (e successivi provvedimenti attuativi) quali: dati pregiudizievoli pubblici (ad es.: protesti, procedure concorsuali), eventuali sproporzioni rispetto agli ordinari valori di mercato; *ii*) identificazione del titolare effettivo in caso di flussi provenienti da società fiduciarie specialmente se domiciliate in paesi *off-shore*; *iii*) controlli formali e sostanziali dei flussi finanziari; tali controlli possono tener conto degli istituti di credito utilizzati (sede sociale delle banche coinvolte nelle operazioni e Istituti che non hanno insediamenti fisici in alcun Paese) e di eventuali schermi societari e strutture fiduciarie utilizzate per transazioni o operazioni straordinarie; etc.

(40) Sembrano propugnare tale soluzione M. Pansarella - F. Petrillo, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 1, 43, i quali per quanto riguarda la prevenzione del rischio del reimpiego dei proventi dei reati tributari propugnano l'adozione del sistema di gestione e controllo del rischio fiscale (c.d. *Tax Control Framework*), peraltro introdotto come obbligatorio per i soli contribuenti con volume d'affari o ricavi non inferiore a € 10 miliardi; si legga tal senso anche M. Monterisi - D. Tomei, *Impatti "231" dei reati tributari tra modifiche normative e gestione del rischio fiscale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 1, 68 ss.

(41) Ci sia consentito di rimandare in proposito a G. Garegnani - G. Galli, L. Troyer, *Brevi note sull'introduzione del nuovo delitto di riciclaggio nel novero dei reati*

presupposto della responsabilità amministrativa da reato di cui al D.Lgs. 231/01, in *Riv. dott. comm.*, 2015, 484, per l'individuazione degli indicatori di rischio: "In via esemplificativa si propongono alcuni esempi di indicatori di rischio con riferimento a operazioni ovvero flussi in entrata e in uscita "sospetti": pagamento agli amministratori di emolumenti non deliberati ovvero deliberati, ma in misura sproporzionata all'attività;

pagamenti ai parenti degli amministratori per non meglio precisate attività di consulenza;
pagamento di compensi agli amministratori a titolo di consulenza;
pagamento di consulenze a società che si trovano in paesi *black list* o *off-shore*;
pagamenti effettuati per attività svolte da controparti italiane, ma accreditate su conti correnti di società in paesi *black list* o *off-shore*;
aumenti di capitale effettuati da società con sedi in paesi *black list* o *off-shore*;
finanziamenti soci provenienti da società fiduciarie o esterovestite;
finanziamenti soci ricorrenti anche da parte di una società del gruppo partecipante o controllante senza una sottostante ragione di ordine imprenditoriale e reiterati prelievi a titolo di rimborso finanziamento soci non deliberati dal CdA;
movimentazione eccessiva del conto di cassa senza una descrizione analitica delle operazioni compiute nel mastrino di cassa o nel libro giornale; sponsorizzazioni o donazioni per importi sensibili a Fondazioni o Onlus non meglio individuate;
operazioni di significativo ammontare in assenza di motivazioni correlate al proprio *business*;
operazioni ripetute e di ammontare significativo effettuate in contropartita con società che risultano create di recente e hanno un oggetto sociale generico o incompatibile con il business della società; stipula di rapporti contrattuali con vincoli o pegni a favore di terzi che non presentano alcun collegamento con la società;
acquisto di un ingente ammontare di strumenti finanziari a elevata liquidità seguito dalla richiesta di prestiti garantiti dagli stessi strumenti finanziari;
frequenti operazioni di investimento a lungo termine in strumenti finanziari immediatamente seguite dalla richiesta di liquidare la posizione e di trasferire i relativi proventi".
Ovviamente si tratta di esemplificazioni formulate in via molto generale, che andranno poi modellate sulla realtà concreta dell'ente, non essendo possibile stabilire in astratto uno *standard* valido per tutte le diverse tipologie di ente, che possono spaziare dal dall'impresa operante settore bancario a quello alle società industriali ed infine a fondazioni, associazioni non riconosciute ed onlus.
(42) In via generale ed esemplificativa, innanzitutto assicurando la trasparenza nella gestione delle finanze dell'ente e, dunque, prevedendo come necessaria la tracciabilità di qualunque flusso in entrata, in uscita ed anche in circolazione all'interno della società stessa, ed inoltre, come propone C. Santoriello, *La Circolare*, cit., 17, proibendo il ricorso a tecniche idonee ad ostacolare in concreto l'individuazione della

provenienza di eventuali proventi illeciti "*e cioè in concreto i relativi modelli organizzativi dovranno impedire, o subordinare a rigorosi controlli, operazioni - come giroconti, cambio di assegni, compensazioni debiti-crediti, ecc. - che possono rendere più difficile la ricostruzione della contabilità aziendale.*", ed infine introducendo più step decisionali di approvazione e verifica, in ragione della particolarità di talune operazioni più complesse (per esempio le operazioni straordinarie), come suggerisce la Circolare citata dell'ABI.

(43) A titolo esemplificativo, con riguardo ai reati tributari l'avvio di percorsi di avvicinamento progressivo all'adozione di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale potrebbero essere considerate soluzioni efficaci anche in termini di prevenzione di condotte illecite rilevanti ai sensi della responsabilità amministrativa degli enti. Nelle società commerciali di maggiori dimensioni potrebbe essere anche valutato di aderire al summenzionato regime di Adempimento Collaborativo con l'adozione del c.d. Tax Control Framework. Con riguardo alle banche, le stesse potranno avvalersi delle valutazioni già effettuate dalla Funzione *Compliance*, ovvero dalla "funzione specialistica" istituita ad hoc (ai sensi del 15°aggiornamento della circ. 263/06 di Banca d'Italia - Capitolo 7), con riferimento al presidio del rischio di non conformità alle normative di natura fiscale.

(44) M Mobili, *Autoriciclaggio nel mirino GdF*, in *Lex 24*, 11 marzo 2016, n. 70, inserto *Norme e Tributi*, 43.

(45) Sul punto si segnala A. Ingrassia, *La rilevanza penale dell'elusione: nuovi capitoli di una 'saga (forse non) infinta*, in *Le Società*, 2016, 491.

(46) Si veda M. Scoletta, *Le parole sono importanti?*, cit.

AUTORICICLAGGIO E REATI TRIBUTARI

di Antonio D'Avirro e Marco Giglioli

c.p. art. 648-ter.1

L. 15-12-2014, n. 186, epigrafe

L. 06-11-2012, n. 190, epigrafe

D.Lgs. 10-03-2000, n. 74, Art. 11.

La nuova ipotesi delittuosa di autoriciclaggio, recentemente introdotta con la l. 6 novembre 2012 n. 190, è destinata a sollevare non pochi dubbi interpretativi. Il primo attiene alla causa di esclusione della punibilità, introdotta al quarto comma dell'art. 648 *ter* 1 c.p. per i casi in cui l'oggetto materiale della condotta di autoriciclaggio sia destinato alla mera utilizzazione o al godimento personale. Accanto ai problemi interpretativi della norma, altri si pongono soprattutto per quanto concerne la possibilità di configurare il reato di autoriciclaggio nelle utilità provenienti dai reati tributari.

Sommario: Le ragioni della riforma - Il tortuoso *iter* legislativo del reato di autoriciclaggio - Il reato di autoriciclaggio- L'inversione di rotta del legislatore: le ragioni della punibilità dell'autoriciclaggio - La condotta di autoriciclaggio e i suoi

diversi segmenti - Il requisito modale della condotta: ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa- L'oggetto materiale della condotta: denaro, beni o altre utilità provenienti dalla commissione di un delitto non colposo - La destinazione alla mera utilizzazione o al godimento personale quale *post factum* non punibile del reato presupposto - Autoriciclaggio e reati tributari - L'orientamento giurisprudenziale in tema di riciclaggio - L'ostacolo insuperabile all'autoriciclaggio dei reati tributari - L'inidoneità della condotta ad integrare l'autoriciclaggio del provento dei reati tributari - Il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento d'imposta (art.11 d.lgs. 74/2000): l'ipotesi classica di autoriciclaggio del provento del reato tributario

Le ragioni della riforma

Le ragioni della riforma, analogamente a quanto si è verificato per la riforma dei reati di concussione e corruzione, introdotta con la l. 6 novembre 2012 n. 190, sono da ricercarsi soprattutto nelle Convenzioni pattizie cui ha aderito l'Italia(1).

La risoluzione sulla criminalità organizzata dell'Unione Europea, adottata dal Parlamento Europeo il 25 ottobre 2011, pur non avendo efficacia vincolante, ha rappresentato una forte spinta all'introduzione nel nostro sistema del reato di autoriciclaggio, considerato, al pari del riciclaggio, uno dei canali più insidiosi di contaminazione fra il lecito e l'illecito.

La risoluzione del Parlamento Europeo ha chiesto espressamente agli Stati membri di inserire come obbligatoria la penalizzazione dell'autoriciclaggio, ovvero il riciclaggio di denaro di provenienza illecita compiuto dallo stesso soggetto che ha commesso il reato presupposto.

Va sottolineato però che, nonostante la risoluzione del Parlamento Europeo risalga al 25 ottobre 2011, ad oggi, oltre all'Italia, hanno introdotto il reato di autoriciclaggio il Belgio, la Grecia, il Portogallo, la Spagna e in generale i paesi di *common low*. Mentre l'autoriciclaggio non è presente in Francia, Germania, Austria e Danimarca(2). Se fino ad oggi l'autoriciclaccio non ha costituito un'ipotesi delittuosa, perché la sostituzione o il trasferimento di denaro, beni o altre utilità da parte dell'autore del reato presupposto, secondo l'orientamento giurisprudenziale e dottrinario prevalente, rappresentava la continuazione della condotta illecita di quest'ultimo reato, tanto che in alcuni casi si è invocato l'applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, le sollecitazioni sulla necessità di non poter procrastinare l'intervento legislativo con l'introduzione del reato di autoriciclaggio hanno avuto la meglio. Soprattutto perché si è ritenuto che «con l'introduzione del reato di autoriciclaggio nell'ordinamento italiano lo Stato può finalmente dotarsi di uno strumento necessario al fine di potenziare e di rendere maggiormente efficace il contrasto al crimine organizzato»(3).

Il tortuoso *iter* legislativo del reato di autoriciclaggio

Oltre ai numerosi disegni di legge che hanno preceduto l'entrata in vigore del reato di autoriciclaggio, merita prestare attenzione ai lavori delle Commissioni Ministeriali Greco e Fiandaca(4).

La Commissione Greco, costituita con decreto del Ministero della Giustizia del 18 gennaio 2013, era nata con l'incarico specifico di procedere sia alla revisione del reato di riciclaggio che all'introduzione del reato di autoriciclaggio.

La Commissione Greco, anziché mantenere in vita le fattispecie originarie, limitandosi ad eliminare la clausola di riserva richiamata dagli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p., aveva previsto un'autonoma fattispecie di riciclaggio ed autoriciclaggio da includere in un apposito capo dedicato ai delitti contro l'ordine economico e finanziario, attraverso l'introduzione di una nuovo reato all'art. 517 *sexies* c.p.

La prima proposta(5) prevedeva al primo comma la punibilità da quattro a dodici anni per chiunque avesse impiegato in attività economiche e finanziarie denaro beni o alte utilità provenienti da delitti non colposi. L'eliminazione della clausola di riserva rendeva la norma applicabile sia ai casi di riciclaggio che di autoriciclaggio.

Seguiva al secondo comma una diversa fattispecie, punita con la stessa pena, nei confronti di chi avesse sostituito, trasferito o attribuito fittiziamente ad altri la titolarità o la disponibilità di denaro beni o altre utilità provenienti da delitti non colposi o avesse compiuto altre operazioni finalizzate ad ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa. Era inizialmente prevista una causa di non punibilità per l'autore del reato presupposto nel caso di godimento personale del provento del reato che poi, a seguito della discussione in sede di Commissione, è stata alla fine espunta dal testo della proposta definitivamente presentata.

La seconda proposta(6) manteneva, viceversa, la clausola di riserva prevista al primo comma dell'art. 517 *sexies* c.p., punendo chiunque avesse sostituito o trasferito denaro, beni ed altre utilità provenienti da reati dolosi o avesse compiuto altre operazioni in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza criminosa.

Il secondo comma prevedeva il reato di autoriciclaggio, punendo con la stessa pena prevista dal primo comma, che manteneva in vita la fattispecie autonoma di riciclaggio, colui che, avendo commesso o concorso a commettere il reato presupposto, avesse sostituito, trasferito denaro, beni o altra utilità provenienti da reato doloso per finalità speculative, economiche o finanziarie.

Le disposizioni previste per l'autoriciclaggio non erano applicabili se il fatto fosse consistito nel mero godimento dei beni o nell'utilizzo del denaro o delle altre utilità provento di reato, con finalità non speculative, economiche o finanziarie.

L'analisi delle due ipotesi evidenziava come la seconda si presentasse più articolata, mentre la prima si risolveva nella semplice eliminazione della clausola di riserva.

La Commissione Fiandaca, istituita con decreto ministeriale del 10 giugno 2013, era stata incaricata di elaborare una proposta di intervento in materia di criminalità organizzata.

La proposta, oltre ad occuparsi del tema dello scambio elettorale politico mafioso, aveva preso in considerazione il reato di autoriciclaggio che - come osserva la relazione - presenta una serie di problemi di fondo consistenti nella necessità «di verificare la persistente tenuta del principio *nemo tenetur se detegere* e del rispetto del

principio del *ne bis in idem* sostanziale, oltre ad evitare intollerabili incrementi sanzionatori per l'autore del reato presupposto».

Il primo problema di tecnica legislativa affrontato dalla Commissione Fiandaca era stato quello di verificare se mantenere distinte le ipotesi criminose, creando due fattispecie autonome di riciclaggio ed autoriciclaggio o riunificarle in un'unica fattispecie delittuosa(7).

La Commissione aveva optato per questa seconda ipotesi che distingueva all'interno della stessa fattispecie il reato di riciclaggio ed autoriciclaggio.

Il reato di autoriciclaggio entrava nel sistema penale italiano con la semplice eliminazione della clausola di riserva, «fuori dai casi di concorso nel reato», prevista dai reati di cui all'art. 648 *bis* e *ter* c.p., anche se nei confronti dell'autore del reato presupposto, era prevista una sanzione meno grave, rispetto al riciclatore.

Inoltre, a causa dell'eccessiva indeterminatezza della condotta di chi sostituisce o trasferisce denaro o altra utilità prevista dall'art. 648 *bis* c.p., il dato qualificante della condotta di autoriciclaggio consisteva nel compimento di atti o di operazioni in concreto idonei ad ostacolare l'identificazione dei proventi di un delitto doloso.

La vera novità era il riferimento espresso che la norma faceva ai reati tributari.

In considerazione dei dubbi sollevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla possibilità di individuare il profitto dei reati tributari, consistenti nel risparmio fiscale, quale oggetto del riciclaggio e dell'autoriciclaggio, la norma dettata dalla Commissione Fiandaca, nella seconda parte del primo comma, prevedeva espressamente che per provento dell'autoriciclaggio doveva intendersi denaro, beni o altre utilità, anche ottenute o ricavate da un delitto tributario o doganale.

Il reato di autoriciclaggio

Con la legge 15 dicembre 2014 n. 186, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 292 del 17 dicembre 2014, dal primo gennaio 2015 entra in vigore il reato di autoriciclaggio.

La norma fa parte di un complesso di disposizioni relative all'emersione e al rientro di capitali detenuti all'estero, nonché al potenziamento della lotta all'evasione fiscale.

La nuova norma, che nasce dall'approvazione al Senato, in data 4 dicembre 2014, del disegno di legge n. 1643 di iniziativa dei deputati Cansi ed altri, rappresenta una sintesi dei contributi dati dalle proposte della Commissione Greco e della Commissione Fiandaca.

Il nuovo art. 648 *ter* 1 c.p. punisce con la pena della reclusione da due a otto anni, chiunque avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo impiega, sostituisce o trasferisce in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative il denaro, i beni o le altre utilità, provenienti dalla commissione di tali delitti, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

Nei casi in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengano dalla commissione di un delitto non colposo, punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni, la pena della reclusione è ridotta da uno a quattro anni. È prevista una causa di non

punibilità nei casi in cui il denaro, i beni o le altre attività, provenienti dal reato presupposto, vengano destinati alla mera utilizzazione o al godimento personale.

Come è facile rilevare dalla lettura dell'art. 648 *ter* 1 c.p. e dal confronto con le proposte avanzate dalle due Commissioni, il reato di autoriciclaggio recupera una serie di elementi richiamati dalla varie proposte. Soprattutto quelle della Commissione Greco, anche se diversamente dalle indicazioni fornite dalle due Commissioni, che collocavano in un'unica fattispecie i reati di riciclaggio e di autoriciclaggio, la nuova norma sull'autoriciclaggio nasce all'art. 648 *ter* 1 c.p. come ipotesi delittuosa autonoma che, nel capo dei delitti contro il patrimonio, segue ai reati di riciclaggio (art. 648 *bis* c.p.) e di impiego di denaro beni o utilità di provenienza illecita (art. 648 *ter* c.p.).

La lettura delle proposte della Commissione Greco evidenzia la loro forte incidenza sulla struttura del reato di autoriciclaggio che cerca di superare l'eccessiva indeterminatezza del reato di riciclaggio, tipizzando maggiormente la condotta punibile, che può estrinsecarsi nell'impiego, nella sostituzione, nel trasferimento in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative del provento del reato, ma soprattutto nella sua idoneità ad ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. La norma, inoltre, sempre ispirandosi direttamente alla proposta della Commissione Greco, introduce una causa di non punibilità nei casi in cui il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dal reato presupposto vengano destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale.

L'inversione di rotta del legislatore: le ragioni della punibilità dell'autoriciclaggio

Le ragioni della mancata punibilità dell'autoriciclaggio dovevano ricercarsi nel fatto che l'occultamento e l'utilizzazione del denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita rappresentavano per coloro che avevano commesso o avevano concorso nella commissione del reato presupposto un normale sviluppo della condotta precedente, attraverso la quale il soggetto agente ne consegue i vantaggi o ne mette al sicuro i risultati(8). In questo caso avrebbe trovato applicazione il principio *del ne bis in idem* sostanziale che non consente di punire due volte per lo stesso fatto sulla base di una logica riconducibile all'idea di consunzione.

Le preoccupazioni derivanti dalla violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale nel caso dell'introduzione nel nostro sistema del reato di autoriciclaggio sono state superate dalla portata offensiva del fenomeno criminale che costituisce non la semplice e naturale prosecuzione di un'attività criminosa, ma un momento centrale di quell'attività attraverso la reimmissione delle disponibilità illecite nel mercato legale.

Il riciclaggio del provento delittuoso, sia che venga commesso dall'autore del reato presupposto o da un soggetto diverso, anche se rappresenta la necessaria prosecuzione dell'originaria condotta delittutosa, acquista una sua autonomia, quale attività capace di alterare il corretto funzionamento del mercato e di sollecitare nuove attività criminose(9).

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

L'esigenza di evitare l'alterazione del corretto funzionamento del mercato attraverso l'immissione di proventi illeciti nel circuito dell'economia legale, che viene a danneggiare l'impresa che opera legalmente sta, come si legge in alcune relazioni ai vari disegni di legge(10), alla base del superamento del *ne bis in idem* sostanziale che fino ad oggi aveva frenato l'introduzione nel nostro sistema del reato di autoriciclaggio. Il legislatore, infatti, ravvisa nel reimpiego delle disponibilità illecite non una semplice prosecuzione di un'attività criminosa, ma un fatto sostanzialmente diverso ed autonomo rispetto al reato presupposto che può alterare il corretto funzionamento del mercato.

Forse, anziché mantenere, probabilmente per ragioni sistematiche, la collocazione del reato di autoriciclaggio tra i reati contro il patrimonio, sarebbe stato più opportuno, come prevedeva la Commissione Greco, trasferire i reati di riciclaggio, reimpiego ed autoriciclaggio nel nuovo art. 517 *sexies* c.p. tra i delitti contro l'ordine economico e finanziario(11). Anche perché è la norma stessa, ricollegando l'autoriciclaggio all'impiego, alla sostituzione, al trasferimento dei proventi illeciti in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali e speculative, lo riconduce espressamente ai reati contro l'ordine economico e finanziario.

La condotta di autoriciclaggio e i suoi diversi segmenti

L'art. 648 *ter* 1 c.p. appartiene alla categoria delle norme a più fattispecie o norme miste alternative, in cui le varie condotte descritte costituiscono sviluppi o fasi diverse di una azione sostanzialmente unitaria che aggredisce il medesimo bene giuridico(12).

L'impiego, la sostituzione, il trasferimento in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative dei beni di provenienza illecita costituiscono le modalità alternative di realizzazione di un unico reato che recupera, nel paradigma della condotta del reato di autoriciclaggio, le forme alternative ed equivalenti previste dagli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p.

La sostituzione del denaro di provenienza illecita con altro denaro pulito è l'ipotesi classica di riciclaggio, consistente nella consegna di un bene in cambio di un bene diverso. Si tratta di vedere ora se la connotazione della condotta che deve ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa della disponibilità illecita possa, ad esempio, far ricadere nel reato di autoriciclaggio il semplice deposito in banca da parte dell'autore del reato presupposto del provento di attività illecite, cui segua il successivo prelievo della somma equivalente(13).

Il trasferimento di denaro, beni o altre utilità, sta a significare lo spostamento del bene nel patrimonio altrui sia fisico che giuridico. Anche per questa seconda modalità della condotta si ripropone l'interrogativo se il richiamo fatto dalla norma all'idoneità della condotta ad ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa della disponibilità illecita, possa integrare il reato di autoriciclaggio in quei casi in cui si sia verificato il mero trasferimento di denaro da un conto corrente all'altro(14).

Tanto la sostituzione che il trasferimento di denaro, beni o altre utilità dovrebbero consistere in comportamenti che fanno venir meno la titolarità del bene che passa da un soggetto ad altro.

Infatti in una delle proposte della Commissione Greco vi era un richiamo espresso al cambio della titolarità del bene in quanto la condotta di autoriciclaggio poteva consistere nella sostituzione, nel trasferimento o nell'attribuzione fittizia ad altri della titolarità o della disponibilità di beni di provenienza illecita.

La condotta di impiego di denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo si colloca come un'ipotesi residuale, destinata ad accogliere quelle modalità esecutive che non rientrano nella sostituzione o nel trasferimento, anche se è difficile distinguere la sostituzione o il trasferimento dall'impiego, in quanto l'impiego di disponibilità illecite si manifesta nella sostituzione o nel trasferimento dei beni di provenienza illecita. Forse la distinzione è da ricercarsi nel fatto che la sostituzione ed il trasferimento comportano una modifica della titolarità del bene, mentre la modalità di impiego di denaro, beni o altre utilità non determina il mutamento della titolarità del bene che viene impiegato dallo stesso soggetto che ne ha la titolarità.

Le modalità alternative di impiego, sostituzione, o trasferimento, attraverso le quali può estrinsecarsi la condotta penalmente rilevante richiamata dall'art. 648 *ter* 1 c.p., devono tradursi in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative.

Anche in questo caso le attività richiamate dalla norma sono alternativamente previste nel senso che non debbono ricorrere cumulativamente, ma è sufficiente che una sola di queste attività colori le modalità esecutive della condotta per integrare il reato di autoriciclaggio.

L'attività economica consiste in un'attività di carattere patrimoniale, finalizzata alla produzione o allo scambio di beni o servizi che trova la sua espressa fonte normativa nell'art. 2082 c.c.

La norma, infatti, nel qualificare l'imprenditore come colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, definisce al tempo stesso l'attività economica, individuandola nella produzione o nello scambio di beni o servizi.

L'attività economica è propria dell'imprenditore che è tale perché esercita un'attività economica. Appare quindi ripetitivo il richiamo fatto dalla norma all'attività imprenditoriale che è la forma attraverso la quale si manifesta l'attività economica.

L'attività finanziaria riguarda l'intermediazione immobiliare e trova la sua fonte normativa nel T.U.I.F.(15).

Mentre per attività speculativa, che generalmente può interessare varie forme di speculazione, da quella finanziaria a quella edilizia, si intende l'operazione volta ad ottenere un vantaggio o uno sfruttamento in situazioni favorevoli a danno di altri soggetti.

L'attività speculativa peraltro più che essere un'attività autonoma si intreccia con l'attività finanziaria o economica di cui rappresenta una particolare manifestazione.

Il requisito modale della condotta: ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa

L'ostacolo concreto all'identificazione della provenienza delittuosa del denaro, dei beni e delle altre utilità costituisce l'autentico nucleo di disvalore del delitto di autoriciclaggio.

La sostituzione, il trasferimento, l'impiego delle disponibilità illecite saranno punibili solo se costituiranno un ostacolo concreto all'identificazione della provenienza delittuosa dei beni. È il richiamo fatto dall'art. 648 *ter* 1 c.p. all'ostacolo concreto all'identificazione della provenienza delittuosa dei beni ad assegnare al trasferimento, alla sostituzione ed all'impiego il contenuto di offensività che rende quella condotta penalmente rilevante.

Il reato di autoriciclaggio si scosta dall'ipotesi di cui agli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p. per l'introduzione dell'avverbio «concretamente» riferito all'ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa dei beni. Diversamente dai reati di riciclaggio e di reimpiego per i quali non vi è alcun richiamo alla concretezza dell'ostacolo all'identificazione, il legislatore ha sentito l'esigenza, per il reato di autoriciclaggio, di dare un connotato di disvalore forte alla condotta assegnando, attraverso l'uso dell'avverbio «concretamente», una carica di rilevante offensività alle modalità esecutive attraverso le quali si estrinseca la condotta.

Il richiamo fatto in tema di autoriciclaggio alla concretezza dell'ostacolo evidenzia che le difficoltà che l'agente pone all'identificazione della provenienza illecita dei beni debbono presentare un livello maggiore rispetto a quelle richieste per le altre ipotesi delittuose di riciclaggio e reimpiego.

Ci si domanda se quell'orientamento giurisprudenziale(16), secondo il quale il trasferimento di denaro di provenienza illecita da un conto corrente ad un altro, anche se diversamente intestato ed acceso presso un differente istituto di credito, integra il delitto di riciclaggio, possa oggi valere anche per il reato di autoriciclaggio che, con l'aggiunta dell'avverbio concretamente, impone di attribuire al termine ostacolare un valore diverso da quello espresso dagli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p.(17). La risposta non può che essere negativa, perché l'ostacolo alla ricostruzione della provenienza illecita, cioè della pista di carte (*paper trail*) che conduce dal bene o utilità apparentemente lecita sino all'originaria provenienza criminosa, presenta per l'autoriciclaggio un percorso diverso da quello delle altre due fattispecie delittuose di riciclaggio e reimpiego.

Ed il percorso per la determinazione delle condotte punibili per il delitto di autoriciclaggio, a seguito del richiamo ad un ostacolo concreto all'identificazione dei beni di provenienza illecita, non può che riguardare il diverso grado di difficoltà che deve caratterizzare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene nel reato di autoriciclaggio rispetto alle altre ipotesi delittuose punite dagli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p.

Per il reato di autoriciclaggio la condotta di ostacolo non può essere assimilata, come per il riciclaggio o il reimpiego, secondo le indicazioni giurisprudenziali(18), a qualsiasi modalità idonea a determinare un semplice ritardo nell'identificazione.

Forse qualche spunto interessante si può ricavare dal delitto di frode mediante altri artifici (art. 3 d.lgs. 74/2000)[19] che fa espresso riferimento, a proposito delle condotte punibili, a mezzi fraudolenti idonei ad impedire l'accertamento della falsa rappresentazione degli elementi attivi e passivi delle dichiarazioni tributarie.
È vero che l'art. 3 del d.lgs. 74/2000 parla di mezzi fraudolenti, idonei ad ostacolare l'accertamento, ma il richiamo fatto dal reato di autoriciclaggio ad una condotta che in concreto deve ostacolare l'identificazione della provenienza illecita del bene rende assimilabili tra di loro gli ostacoli all'accertamento della falsità (art. 3 d.lgs. 74/2000) e all'identificazione della provenienza illecita.

Quindi non basterà ad integrare il delitto di autoriciclaggio il mero trasferimento dell'utilità da un conto corrente ad un altro diversamente intestato o acceso presso un differente istituto di credito, cioè modalità esecutive delle condotte che costituiscono un ostacolo facilmente superabile con la normale diligenza degli organi accertatori. Questi ultimi, infatti, in virtù dei poteri di controllo che ad essi competono (ad esempio art. 32 d.P.R. n. 600/1973) possono pervenire agevolmente all'identificazione dei rapporti bancari e alla titolarità del conto attraverso una semplice richiesta di informazioni agli istituti di credito. Soprattutto quando la ricostruzione del *paper trail* passa attraverso i rapporti bancari, l'identificazione della pista che conduce dal bene apparentemente legittimo all'originaria provenienza delittuosa, spesso, nei casi di semplice trasferimento di denaro da un conto corrente diversamente intestato o acceso presso un diverso istituto di credito, non richiede particolari indagini tali da costituire un concreto ostacolo all'identificazione della provenienza illecita dei beni.

L'oggetto materiale della condotta: denaro, beni o altre utilità provenienti dalla commissione di un delitto non colposo

L'oggetto materiale delle condotte alternativamente previste dal nuovo reato di autoriciclaggio è costituito dal denaro, dai beni o dalle altre utilità provenienti dalla commissione del delitto presupposto. Come si vede, la fattispecie incriminatrice ricalca sul punto, quasi pedissequamente, le analoghe previsioni contenute dagli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p.[20]
Quanto alla formula «il denaro, i beni o le altre utilità» utilizzata dal legislatore, l'interpretazione risulta ragionevolmente semplice.

Come condivisibilmente evidenziato dalla dottrina che si è occupata del delitto di riciclaggio tale formula è, infatti, talmente ampia da far ricomprendere nell'oggetto materiale della condotta incriminata qualsiasi entità suscettibile di valutazione economica quali, ad esempio, oltre al denaro e agli altri strumenti di pagamento (assegni, vaglia, ordini di pagamento ecc.), i beni immobili , le aziende, i diritti e i beni immateriali, i titoli, i metalli preziosi, ecc[21]. Purché ovviamente tale entità sia presente, esistente, - e non meramente ipotizzabile - al momento della condotta. Anche la giurisprudenza di legittimità non ha, del resto, mancato di sottolineare - con riferimento al delitto di cui all'art. 648 *bis* c.p. - come in particolare la locuzione «*altre utilità*» sia «talmente ampia che in essa devono farsi rientrare tutte quelle utilità che

abbiano, per l'agente che abbia commesso il reato presupposto, un valore economicamente apprezzabile»[22].
Sulla stessa linea si sono peraltro espressi i primi commentatori del nuovo delitto di autoriciclaggio(23).
Foriera di seri problemi interpretativi risulta, invece, l'espressione «provenienti dalla commissione di un delitto non colposo», utilizzata dal legislatore per tipizzare il legame che deve sussistere, ai fini della punibilità dell'agente, tra l'oggetto materiale della condotta (e, cioè, l'entità riciclabile) e il reato presupposto. Analogo problema è già stato affrontato, non a caso, con riguardo al delitto di riciclaggio e - a tal proposito - non si è mancato di sottolineare, in dottrina, come il significato da attribuire al termine «*provenienti*» rappresenti un "passaggio fondamentale" per la corretta interpretazione della fattispecie incriminatrice[24].
Il concetto di "provenienza" appare, in effetti, suscettibile di interpretazioni più o meno estese, con tutte le conseguenze - sempre indesiderabili - che possono in concreto manifestarsi nelle aule di giustizia. Premesso che, trattandosi di norma penale, si dovrebbe sempre privilegiare un'interpretazione restrittiva, un primo dato appare indiscutibile: oggetto di riciclaggiopossono senz'altro essere tutte quelle entità economicamente apprezzabili che provengono, in senso stretto, dalla commissione del reato presupposto e, cioè, il profitto (vantaggio economico ricavato dal fatto reato) e il prodotto (ovvero il frutto, l'oggetto materiale, direttamente generato dall'attività criminosa).
Una prima incertezza attiene, invece, al prezzo del reato e ciò perché tale espressione viene generalmente riferita al compenso (denaro o altre utilità) dato o promesso per indurre, determinare, o istigare altri a commettere un reato, e non rappresenta quindi un provento, in senso stretto, del reato medesimo. Ciò detto, pur rilevando che la stessa giurisprudenza della Suprema Corte in tema di confisca (*ex* art. 240 c.p.) ha più volte escluso dalla nozione di "provento" il prezzo del reato[25], appare condivisibile il diffuso orientamento dottrinale che include anche quest'ultimo nell'oggetto materiale del riciclaggio e - quindi - anche del nuovo delitto di autoriciclaggio. E ciò perché la tesi contraria produrrebbe conseguenze difficilmente accettabili[26].
Devono, invece, escludersi dall'oggetto materiale dell'autoriciclaggio - come sottolineato dalla dottrina appena citata - le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato (confiscabili *ex* art. 240 c.p.) nonché le cose pertinenti al reato (sequestrabili *ex* artt. 253 e 321 c.p.p.). In entrambi i casi non si tratta, infatti, di cose che provengono dalla commissione del reato presupposto.
Ciò detto, il problema centrale nell'interpretazione del concetto di "provenienza" - e, più in generale, nell'individuazione dell'oggetto materiale dell'autoriciclaggio (così come del riciclaggio) - è senz'altro il seguente: il termine «provenienti» include solo le utilità che - attraverso la commissione del reato presupposto - abbiano determinato un incremento di ricchezza, inteso come flusso in entrata nel patrimonio del reo, o anche quelle costituite da una mancata diminuzione del patrimonio medesimo

(risparmio) che si sarebbe, al contrario, verificata senza la realizzazione dell'attività criminosa?

La questione risulta di fondamentale importanza per stabilire la reale portata della fattispecie delittuosa. E ciò perché, dalla risposta che si intende fornire a tale quesito, dipende l'inclusione o meno, tra i reati presupposto dell'autoriciclaggio, di tutti quei delitti che, per la loro struttura tipica (ad esempio la frode fiscale) o per le circostanze del caso concreto (ad esempio un falso materiale o ideologico) producono un arricchimento del reo sotto forma, appunto, di mancato depauperamento patrimoniale.

Ed è soprattutto con riguardo ai più significativi delitti tributari (frode fiscale, dichiarazione infedele, omessa dichiarazione) che la soluzione del problema assume una rilevanza pratica di spessore decisamente rilevante: i rapporti tra autoriciclaggio e reati tributari saranno, perciò, oggetto di specifica trattazione nell'ultima parte del presente lavoro(27).

La destinazione alla mera utilizzazione o al godimento personale quale *post factum* non punibile del reato presupposto

Il quarto comma del nuovo art. 648 *ter* 1 c.p. prevede che «*non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale*». La norma ha già suscitato forti perplessità in alcuni commentatori e pare, senz'altro, destinata a far discutere.

La *ratio* di questa peculiare e inedita previsione appare, invero, agevolmente individuabile oltre che strettamente connessa alle ragione giustificatrici dell'incriminazione dell'autoriciclaggio e al tipo di condotta specificamente punita dal primo comma dell'art. 648 *ter* 1 c.p.(28).

Come si è visto, infatti, la grave sanzione penale descritta nel primo comma della nuova fattispecie incriminatrice è stata dal legislatore prevista per una serie di condotte, alternative tra loro, che producono lo stesso identico risultato e, cioè, il reimpiego, a fini di lucro, nel circuito economico legale di risorse di provenienza delittuosa.

L'incriminazione dell'autoriciclaggio è stata, cioè, riservata a quelle forme di utilizzazione dei proventi illeciti maggiormente offensive per l'ordine economico, perché potenzialmente capaci di inquinare la libera concorrenza e alterare le regole del mercato (oltre che ledere l'amministrazione della giustizia attraverso il concreto ostacolo posto all'identificazione della provenienza delittuosa del denaro, dei beni o delle altre utilità). Condotte, quindi, considerate dal legislatore non solo estremamente gravi, ma anche dotate di un autonomo disvalore e di una autonoma lesività rispetto alla consumazione del reato presupposto, tale da giustificare un'ulteriore incriminazione a carico dell'autore di quest'ultimo. In casi del genere, le eventuali obiezioni incentrate sulle teorie del *post factum* non punibile e del *ne bis in idem* sostanziale(29) risulterebbero, perciò, prive di fondamento.

Ed allora, se questa è la *ratio* della nuova fattispecie incriminatrice, la previsione contenuta nel quarto comma dell'art. 648 *ter* 1 c.p. pare proprio condividerne le radici sostanziali: onde evitare ingiustificati aggravi sanzionatori per fatti sforniti di

autonomo disvalore rispetto al reato presupposto, il legislatore ha voluto espressamente escludere dalla portata incriminatrice dell'art. 648 *ter* 1 c.p. tutte quelle condotte che si concretizzano non già in un reimpiego in attività produttive di proventi delittuosi, ma nella mera utilizzazione (consumo) o godimento personale di questi ultimi. Comportamenti di questo tipo appaiono, infatti, riconducibili alla categoria del *post factum* non punibile, cosicché ammettendone la punizione si finirebbe, in sostanza, per addebitare due volte lo stesso fatto al suo autore(30).
Ciò detto, come già anticipato, la previsione in commento ha suscitato forti perplessità in alcuni, autorevoli, commentatori già all'indomani dell'introduzione della nuova fattispecie di autoriciclaggio. Le critiche sono state, in particolare, le seguenti: a) la punizione di chi investe proventi illeciti in attività produttive e l'esclusione della punibilità per chi, invece, li destina al piacere individuale rivela una scala di valori deprecabile: premio per l'edonismo, condanna e riprovazione per l'attività produttiva; b) la causa di non punibilità - che, peraltro, costituisce un mero argomento difensivo - è formulata in termini incerti ed ambigui: i confini tra ciò che è penalmente rilevante e ciò che non lo è sono, dunque, oscuri e labili (con rischio di interpretazione abrogatrice da parte dell'Autorità Giudiziaria), cosicché l'autore del reato presupposto sarà indotto a mantenere nell'economia sommersa i proventi conseguiti(31).
Gli argomenti sollevati sono, come si vede, seri e degni della massima considerazione.
La prima osservazione critica appare, sul piano morale, inconfutabile. È facile immaginare, anzi, che l'applicazione in concreto della nuova fattispecie alimenterà, sul punto, animate discussioni non solo tra gli operatori del diritto ma anche, e soprattutto, nell'opinione pubblica. Considerando la *ratio* del nuovo delitto - di cui sopra si è detto - la neutralizzazione del fastidioso effetto perverso appare, tuttavia, praticabile solo attraverso l'abrogazione della fattispecie appena introdotta nel nostro ordinamento. L'altra possibilità - punire, cioè, anche le condotte di mera utilizzazione o godimento personale - si risolverebbe, infatti, in una palese e ingiustificata violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, e risulterebbe, perciò, del tutto inaccettabile.
Quanto all'ambiguità della formula legislativa - e alle possibili ripercussioni che possono derivarne sul piano interpretativo - le preoccupazioni emerse in dottrina appaiono più che condivisibili. L'applicazione in concreto della nuova norma incriminatrice farà emergere, ne siamo sicuri, vicende difficilmente inquadrabili entro i confini della condotta tipica piuttosto che nell'area del penalmente irrilevante. E in tali casi le sorti dell'imputato saranno rimesse - in misura, forse, eccessiva - alla sensibilità individuale dell'organo giudicante. L'espressione "mera utilizzazione o godimento personale" presenta, infatti, margini di indeterminatezza sia propri (cosa deve intendersi per "personale"? È punibile il godimento condiviso con i familiari? E con gli amici?), che derivanti dalla contrapposizione con la condotta incriminata e, cioè, con l'utilizzo dei proventi illeciti in attività di tipo economico. Si pensi, molto banalmente, all'impiego di denaro di provenienza criminosa per l'acquisto di beni immobili o mobili (auto o imbarcazioni di lusso, quadri d'autore, gioielli) che l'agente

destini, sì, al proprio godimento personale, ma trasformi anche (magari dopo un breve lasso di tempo) in una fonte di reddito (locazione o successiva rivendita, magari a prezzo maggiorato). O si pensi, altrettanto banalmente, all'impiego dei medesimi proventi per una cena, un evento, o un viaggio che, oltre a soddisfare il piacere personale dell'agente, costituisca una forma di pubblicità o promozione della propria attività imprenditoriale.

L'impressione è, insomma, che il compito demandato all'Autorità Giudiziaria possa, in concreto, rivelarsi sin troppo penetrante e delicato.

Ultima considerazione: la previsione contenuta nel quarto comma dell'art. 648 *ter* 1 c.p. sarà difficilmente applicabile allorquando il reato presupposto sia commesso dal legale rappresentante di una società di capitali, ma sia quest'ultima (o i soci) a trarne il relativo profitto. Difficile immaginare, infatti, che in casi del genere l'autore del reato presupposto ponga in essere condotte di destinazione di tale profitto alla mera utilizzazione o al godimento personale.

Autoriciclaggio e reati tributari

Ricostruita in maniera sia pur sommaria la nuova fattispecie di autoriciclaggio e gli elementi costitutivi che la caratterizzano, occorre affrontare il delicato problema del *se* e del *come* il reato tributario possa atteggiarsi quale reato presupposto del riciclaggio.

Già nel vigore della precedente disciplina erano state manifestate delle perplessità[32] sulla possibilità di ricomprendere i reati tributari nella categoria del reato presupposto del riciclaggio.

Il d.lgs. 74/2000 ha completamente riformato la materia dei reati tributari[33] rispetto alla prima riforma legislativa organica dei reati tributari che risale alla l. 516/82.

Com'è noto la l. 516/82[34] era finalizzata a colpire soprattutto le condotte prodromiche all'evasione: in particolare tutto il quadro dell'ipotesi contravvenzionali, consistente nella mancata o infedele annotazione o fatturazione del corrispettivo, era caratterizzato dalla punibilità delle condotte propedeutiche all'evasione.

La riforma del 2000 ha viceversa cercato di riaffermare il criterio di offensività, sottoponendo a sanzione penale le condotte che danno vita ad una vera e propria evasione che si consuma con la presentazione della dichiarazione.

La dichiarazione tributaria rappresenta il momento centrale attraverso il quale si perfezionano le ipotesi più significative previste dal d.lgs. 74/2000, quali la frode fiscale mediante utilizzo di fatture per operazioni inesistenti, la frode fiscale mediante altri artifici, l'infedele e l'omessa dichiarazione: i reati il cui profitto è rappresentato dal risparmio fiscale.

In altre parole il vantaggio del reato tributario consiste nel mancato impoverimento del patrimonio del reo, di qui la difficoltà di poter ricondurre il reato tributario nella categoria del reato presupposto.

Come è stato acutamente osservato[35] il richiamo fatto anche dalla norma sull'autoriciclaggio al termine "provenienza" dei denari, beni o altre utilità porta a ritenere che l'oggetto materiale dell'autoriciclaggio, al pari del riciclaggio e

del reimpiego possa essere solo un incremento di patrimonio, cioè un flusso di ricchezza illecita proveniente dall'esterno.
L'aver mantenuto nello schema del reato di autoriciclaggio il termine "provenienza" quale connotato irrinunciabile della fattispecie criminosa, ribadisce che anche nell'ipotesi prevista dall'art. 648 ter 1 c.p. il vantaggio derivante dall'attività delittuosa, non può che coincidere con un incremento patrimoniale.

Da qui derivano le difficoltà di poter ricollegare il reato tributario, in particolar modo i reati che vengono commessi con il mezzo della dichiarazione tributaria, alla categoria del reato presupposto, anche in considerazione del fatto che l'autoriciclaggio, al pari degli altri reati di riciclaggio o reimpiego, richiede necessariamente l'individuazione del denaro, dei beni o dell'utilità che si intende riciclare.

In tutti quei casi, che sono la prevalenza, in cui il profitto del reato tributario consiste in un vantaggio fiscale rappresentato dal risparmio d'imposta, il vantaggio si confonde nel patrimonio dell'agente, sicché risulta estremamente difficile la sua individuazione.

Salvo i casi di indebito rimborso d'IVA, provocato dall'utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti, in cui l'utilità derivante dal risparmio fiscale è ben individuabile, consistendo in un dato specifico rappresentato dall'indebito rimborso, negli altri casi in cui il reato tributario si perfeziona con il mezzo della dichiarazione, il risparmio d'imposta non consente l'individuazione del bene che potrà essere oggetto di autoriciclaggio.

L'orientamento giurisprudenziale in tema di riciclaggio

Salvo isolate sentenze[36] la giurisprudenza di legittimità si è fin da subito espressa positivamente sulla possibilità di ricomprendere nella categoria del reato presupposto del riciclaggio anche i reati tributari.
Secondo la Cassazione[37] il riferimento fatto dagli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p. oltre che al denaro e ai beni, anche alle altre utilità consente di ricomprendere in questa categoria anche il risparmio di imposta, in quanto l'amplissima formula "altre utilità" sarebbe impiegata dalla legge quale clausola di chiusura.
Il concetto di altra utilità è così ampio che in esso possono rientrare tutte quelle utilità che hanno un valore economicamente apprezzabile per l'agente che può consistere, attraverso il risparmio di imposta, nel mancato impoverimento del patrimonio[38].
La soluzione fornita dalla giurisprudenza non convince, anche perché non offre una risposta a quello che è il cuore del problema sollevato dai reati tributari che non è quello di verificare se vi sia stato o meno, a seguito del risparmio fiscale, un incremento patrimoniale per l'agente, ma è quello di individuare ed isolare nel patrimonio dell'autore del reato le disponibilità illecite che potranno essere oggetto di autoriciclaggio.

Probabilmente, come è stato osservato[39], le reali argomentazioni a sostegno dell'attuale indirizzo giurisprudenziale debbono ricercarsi nel «timore che escludendo i delitti fiscali, quale presupposto del riciclaggio, si vanifichi alla radice l'efficacia dell'intero sistema di lotta all'inquinamento ed all'alterazione dell'economia sana attraverso flussi di origine delittuosa».

Sarà interessante verificare l'atteggiamento della giurisprudenza sulla possibilità di ipotizzare l'autoriciclaggio del provento dei reati tributari che, avuto riguardo alla struttura della norma, evidenzia ostacoli difficilmente superabili.

L'ostacolo insuperabile all'autoriciclaggio dei reati tributari

Si è già detto delle difficoltà sollevate sulla possibilità di ipotizzare il riciclaggio del provento dei reati tributari.

La prima difficoltà - com'è noto - è rappresentata dall'identificazione del profitto del reato tributario nel risparmio d'imposta, quale conseguenza della condotta dell'agente finalizzata a dissimulare i ricavi o a utilizzare costi fittizi, mediante le condotte previste dai reati di frode fiscale o di infedele o omessa dichiarazione.

Il risparmio fiscale, che determina il mancato impoverimento del patrimonio dell'agente non è oggettivamente individuabile, sicché diventa difficile identificare l'oggetto materiale dell'autoriciclaggio.

Accanto a questa prima difficoltà, altre se ne accompagnano quali ad esempio la struttura del reato tributario che per le ipotesi più significative, che si consumano con la presentazione della dichiarazione, richiede il superamento della soglia di punibilità.

Ciò determina un primo sfasamento temporale fra le condotte, ad esempio, di omessa annotazione di corrispettivi ed il momento consumativo del reato che coincide con la presentazione della dichiarazione(40).

Può infatti verificarsi che i corrispettivi non annotati che costituiscono i proventi al nero, il cui importo complessivo determina il superamento dell'imposta evasa, possano essere movimentati mediante l'impiego, la sostituzione, o il trasferimento in attività economiche, imprenditoriali, finanziarie o speculative dall'autore del reato tributario prima della presentazione della dichiarazione tributaria, cioè prima della consumazione del reato tributario. Mentre i ricavi non annotati costituiscono un vantaggio oggettivamente individuabile nel patrimonio dell'agente il cui impiego, sostituzione o trasferimento può facilmente rappresentare l'oggetto dell'autoriciclaggio, il risparmio fiscale,che costituisce, invece, la vera utilità del reato tributario e che si consuma con la presentazione della dichiarazione infedele o fraudolenta, è un'entità astratta che non può coincidere con il dato oggettivo dei ricavi non annotati.

Solo se il reato tributario, com'era previsto per le ipotesi contravvenzionali introdotte con la l. 516/82, consistesse nell'omessa o infedele annotazione o fatturazione dei corrispettivi, sarebbe possibile definire l'oggetto materiale dell'autoriciclaggio.

La frazione corrispondente all'imposta evasa, che costituisce l'utilità del reato tributario, non è distinguibile nel patrimonio dell'agente e come tale non è possibile definire l'oggetto materiale della condotta di autoriciclaggio che si sostanzia nell'impiegare, sostituire o trasferire denaro, beni o altre utilità. Inoltre per quei reati tributari commessi col mezzo della dichiarazione, per i quali il legislatore prevede una soglia di punibilità, il reato di autoriciclaggio presuppone una verifica quanto meno seria sul superamento della soglia di rilevanza penale.

È vero che la giurisprudenza ha, in più occasioni affermato(41) che per l'esistenza del reato di riciclaggio non occorre l'accertamento giudiziale del reato presupposto, essendo sufficiente che esso risulti almeno astrattamente configurabile; ma se questa indicazione può valere per la maggior parte degli altri reati, appare di difficile applicazione per i reati tributari che hanno nella soglia di rilevanza penale un elemento costitutivo del reato(42).

Le difficoltà derivano soprattutto dagli accertamenti delle violazioni fiscali, che possono tradursi in reati tributari, condotte dagli organi preposti all'accertamento, i quali sono spesso portati a ricostruire l'entità dell'imposta evasa sulla base di presunzioni tributarie che, difficilmente, possono avere accesso al processo penale.

In questi casi il principio generale enunciato dalla Cassazione sull'astratta configurabilità del reato presupposto, che può prescindere dall'accertamento giudiziale, si rivela di difficile applicazione per quei reati tributari che hanno nel superamento della soglia di rilevanza penale l'elemento costitutivo del reato.

L'autoriciclaggio del provento del reato tributario non può fondarsi su di una semplice verifica degli organi accertatori che ipotizzano come astrattamente configurabile il reato presupposto, ma proprio per l'eccessiva arbitrarietà che spesso caratterizza l'accertamento tributario, l'autoriciclaggio del provento di un reato tributario non può fondarsi su una semplice verifica tributaria.

Quantomeno per i reati che fanno riferimento alla soglia di rilevanza penale, sarà necessaria una verifica giudiziale per scongiurare i rischi connessi ad accertamenti spesso fantasiosi o addirittura arbitrari.

In questi casi l'autoriciclaggio non potrà prescindere da una sorta di vera e propria pregiudiziale dibattimentale, volta a verificare la fondatezza del reato presupposto ed in particolare la soglia di rilevanza penale rappresentata dal superamento dell'imposta evasa.

L'inidoneità della condotta ad integrare l'autoriciclaggio del provento dei reati tributari

Si è precedentemente sottolineato come il reato di autoriciclaggio si differenzi dai reati di cui agli artt. 648 *bis* e *ter* c.p. per l'introduzione nella norma dell'avverbio "concretamente" riferito all'ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa dei beni.

La sostituzione, il trasferimento o l'impiego delle disponibilità illecite saranno punibili solo se costituiranno un ostacolo concreto all'identificazione della provenienza delittuosa dei beni che contrassegna il contenuto di offensività che rende la condotta di autoriciclaggio penalmente rilevante.

Ora se il profitto del reato tributario, cioè "le altre utilità" cui fa riferimento la norma, consiste nel risparmio fiscale non è facile concepire una condotta che possa concretamente ostacolare l'identificazione della sua provenienza delittuosa.

Come è già stato osservato l'impiego, la sostituzione, il trasferimento può interessare il denaro corrispondente ai ricavi non fatturati o non annotati, cioè a quelle omissioni o infedeltà che sono estranee all'attuale paradigma del reato tributario commesso con

il mezzo della dichiarazione. Mentre appare difficile individuare una condotta di impiego, sostituzione o trasferimento del risparmio fiscale concretamente diretta ad ostacolarne la provenienza delittuosa, perché non è possibile identificare il risparmio fiscale nel patrimonio dell'autore del reato presupposto.

Inoltre la condotta che concretamente può ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene è già regolata da altra disposizione e precisamente dall'art. 11 del d.lgs. 74/2000 che prevede il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento dell'imposta. Infatti nel reato di autoriciclaggio del provento derivante da reato tributario che si identifica nel risparmio di imposta, l'unica condotta idonea ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni è quella finalizzata ad evitare il pagamento dell'imposta, cioè a conseguire il risparmio fiscale, mediante atti simulati o fraudolenti idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva.

Ora poiché non è possibile identificare ed isolare nel patrimonio dell'autore del reato tributario l'utilità consistente nel risparmio d'imposta, l'unica condotta idonea ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene, non può che essere quella che si traduce in un atto di disposizione del patrimonio da parte dell'agente con correlativa sottrazione del bene, suscettibile di essere sottoposto ad eventuale procedura di riscossione coattiva da parte dell'erario. In ciò sta il vantaggio che l'autore del reato tributario può perseguire e la sottrazione del bene alla procedura esecutiva costituisce la condotta idonea ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene.

Il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento d'imposta (art.11 d.lgs. 74/2000): l'ipotesi classica di autoriciclaggio del provento del reato tributario

L'art. 11, comma 1, del D.Lgs. 74/2000 ha anticipato l'introduzione del reato di autoriciclaggio per quanto riguarda il vantaggio derivante da reato tributario.

La norma punisce con la reclusione da sei mesi a quattro anni «chiunque, al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte di ammontare complessivo superiore ad euro cinquantamila aliena simulatamente o compie altri atti fraudolenti sui propri o su altri beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva. Se l'ammontare dell'imposta, sanzioni ed interessi è superiore ad euro duecentomila si applica la reclusione da uno a sei anni»[43].

La norma presenta non poche analogie con l'autoriciclaggio del provento derivante dal reato tributario.

È vero che l'art. 11 d.lgs. 74/2000 non fa specifico riferimento alla commissione di un reato tributario, quale presupposto alla condotta di sottrazione fraudolenta al pagamento dell'imposta, ma il richiamo alla soglia di punibilità rappresentata da un debito tributario superiore ad euro cinquantamila rivela inequivocabilmente che la condotta è stata preceduta dalla commissione di un reato tributario, anche perché quella soglia coincide con quella prevista dalla dichiarazione infedele e ricomprende quella della frode fiscale mediante altri artifizi e dell'omessa dichiarazione.

È chiaro quindi che colui che pone in essere la condotta finalizzata alla sottrazione fraudolenta al pagamento dell'imposta si identifica con l'autore del reato tributario che, in virtù della soglia richiamata dall'art. 11 d.lgs. 74/2000, può essersi reso responsabile, a seconda del comportamento, del reato di frode fiscale mediante altri artifici, o dei reati di omessa o infedele dichiarazione.

V'è in questo caso una piena coincidenza tra l'autore del reato tributario presupposto e colui che cerca di conseguire o mantenere il risparmio fiscale ottenuto dalla commissione del reato tributario, mediante la sottrazione fraudolenta del bene, cioè mediante una condotta idonea ad ostacolare la sua provenienza delittuosa.

Lo schema dell'art. 11 del d.lgs. 74/2000, nell'anticipare l'autoriciclaggio del provento del reato tributario, ne ricomprende gli elementi che lo caratterizzano e soprattutto definisce le modalità della condotta di autoriciclaggio che per i reati tributari, una volta che l'utilità viene ad essere identificata nel risparmio di imposta, non può che ricollegarsi al compimento di atti simulati o fraudolenti sui propri beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva.

Di fronte all'impossibilità di individuare ed isolare nel patrimonio dell'autore del reato tributario l'utilità rappresentata dal risparmio di imposta, l'unica condotta idonea ad ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza illecita del bene non può che essere quella con cui l'agente cerca di sottrarre al fisco l'equivalente dell'utilità che corrisponde al risparmio fiscale.

In altre parole si vuole sostenere che l'autoriciclaggio dell'utilità derivante dal reato tributario deve necessariamente passare attraverso le modalità che caratterizzano la condotta dell'art. 11 d.lgs. 74/2000, perché l'impiego, la sostituzione o il trasferimento del risparmio fiscale, cioè dell'utilità del reato tributario, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa, può assumere rilevanza penale solo attraverso l'alienazione o il compimento di altri atti fraudolenti sui propri beni al fine di rendere inefficace la procedura di riscossione coattiva.

Ed è proprio la presenza dell'avverbio "concretamente" richiamato dal legislatore, che contrassegna il contenuto di offensività della condotta di autoriciclaggio, che consente di mutuare dall'art. 11 del d.lgs. 74/2000 le modalità esecutive attraverso le quali può esprimersi la condotta di chi, avendo commesso il reato tributario, cerca attraverso l'impiego, la sostituzione, o il trasferimento dell'utilità di ostacolarne l'identificazione della provenienza delittuosa.

Come si è osservato se il legislatore, diversamente dai reati di riciclaggio e reimpiego, ha sentito l'esigenza per il reato di autoriciclaggio di dare un disvalore forte alla condotta, assegnando attraverso l'uso dell'avverbio "concretamente" una carica di rilevante offensività alle modalità esecutive della stessa, significa che nei casi in cui l'utilità coincida con il risparmio fiscale derivato dal reato tributario, la condotta di ostacolo potrà ben realizzarsi attraverso l'alienazione simulata o il compimento di altri atti fraudolenti sui propri beni.

Se non è possibile l'identificazione della frazione di risparmio fiscale che da vita all'utilità del reato tributario nel patrimonio dell'agente, e quindi la condotta di

ostacolo all'identificazione della provenienza illecita dell'utilità, ove si voglia rendere applicabile il reato di autoriciclaggio di utilità provenienti dal reato tributario, l'unico percorso è quello regolato dall'art. 11d.lgs. 74/2000.

Il risparmio fiscale, cioè l'utilità proveniente dal reato tributario potrà essere oggetto di autoriciclaggio solo attraverso l'alienazione simulata o il compimento di atti fraudolenti sui beni che l'autore dei reati tributari cerca di sottrarre alla procedura coattiva, perché rappresentano il riflesso diretto dell'utilità.

Il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte, disciplinato dall'art. 11 d.lgs. 74/2000 entra nel paradigma dell'autoriciclaggio del provento del reato tributario e diventa norma specializzante rispetto all'art. 648 *ter* 1 c.p. perché la condotta di impiego, sostituzione, trasferimento dell'utilità del reato tributario, idonea ad ostacolare concretamente l'identificazione di quelle utilità, si traduce necessariamente nell'alienazione simulata o nel compimento di atti fraudolenti sui propri beni per rendere inefficace la procedura coattiva.

---

(1) Sia la Convenzione ONU del 2000 ratificata ai sensi della l. 16 marzo 2006 n. 161, che la Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 1999, ratificata dall'Italia con la l. 28 giugno 2012 n. 110 hanno previsto la possibilità che nel rispetto degli ordinamenti giuridici degli stati membri non fosse prevista la punibilità per riciclaggio dell'autore del reato presupposto lasciando quindi intendere che la regola fosse la punibilità dell'autoriciclaggio.

(2) Per un uno sguardo completo sugli altri sistemi giuridici., L.Troyer e S. Cavallini, *La "clessidra" del riciclaggio ed il privilegio di* self-laundering: *note sparse a margine di ricorrenti, astratti furori del legislatore*; in *Dir. pen. contemporaneo* Riv. trim. on line, n. 2/2014, 4 ss.

(3) Camera dei Deputati n. 2166 Proposta di Legge presentata in data 6 marzo 2014.

(4) Relazione della Commissione Greco, consultabile sul sito del Ministero della Giustizia *www.giustizia.it*; nonché *Relazione della Commissione Fiandaca*, in *Dir pen. contemporaneo*, riv. on line, 12/02/2014.

(5) La Commissione Greco aveva elaborato due distinte proposte. La prima proposta stabiliva: «1. È punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da 5.000 a 50.000 euro chiunque impiega in attività economiche e finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo. 2. Alla stessa pena soggiace chiunque sostituisce, trasferisce, attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o la disponibilità di denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie altre operazioni in modo ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa. 3. La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita le pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648. 4. La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di una attività professionale. 5. La pena è diminuita fino a due terzi per

chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità giudiziaria e di polizia nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei reati e nell'individuazione di denaro, beni e altre utilità provento di reato. 6. Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 del codice di proceduta penale, è sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate alla commissione del reato e delle cose che ne costituiscono il prezzo, il prodotto e il profitto salvo che non appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile, la confisca dei beni, di cui il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona, per un valore corrispondente a tale prezzo, prodotto e profitto». Nel testo inizialmente esaminato dalla Commissione Greco era prevista, al comma 7, la seguente causa di non punibilità: "nei casi previsti dal presente articolo non è punibile l'autore del reato presupposto che impiega il denaro, i beni e le altre utilità provento del medesimo per finalità di godimento personale e se non ha compiuto il fatto su incarico o nell'interesse altrui". La Commissione nel corso dei lavori ha alla fine deciso di espungere tale clausola dalla fattispecie rilevando che essa "si limita a identificare fatti già implicitamente esclusi dall'ambito di operatività oggettiva della fattispecie incriminatrice, i cui contorno costituiranno approfonditamente oggetto di esegesi giurisprudenziale".

(6) La seconda proposta della Commissione Greco stabiliva: «1. Fuori dai casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da reato doloso ovvero compie, in relazione ad essi e fuori dai casi previsti dall'art. 648, altre operazioni in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza criminosa, ovvero li impiega in attività economiche o finanziarie è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da Euro 10.000 a Euro 100.000. 2. Si applica l'ultimo comma dell'art. 648. 3. La stessa pena prevista dal primo comma si applica nei confronti di chi ha commesso o ha concorso nel reato presupposto, il quale sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità, provenienti da reato doloso, per finalità speculative, economiche o finanziarie, ovvero li impiega nelle medesime attività. 4. La disposizione di cui al comma precedente non si applica se il fatto consiste nel mero godimento dei beni, o nell'utilizzo del denaro o delle altre utilità provento del reato, con finalità non speculative, economiche o finanziarie. 5. La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di una attività professionale. 6. La pena della reclusione è diminuita fino a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia e giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei reati e nell'individuazione di denaro, beni e altre utilità provento di reato. 7. Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 del codice di proceduta penale, è sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate alla commissione del reato e delle cose che ne costituiscono il prezzo, il prodotto e il profitto salvo che non appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile, la confisca dei beni,

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

di cui il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona, per un valore corrispondente a tale prezzo, prodotto e profitto».

(7) La proposta della Commissione Fiandaca proponeva di riscrivere gli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p. nel modo seguente: art. 648 *bis* "1. Fuori dai casi previsti dall'art. 648, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da Euro 10.000 a Euro 100.000 chiunque compie atti od operazioni in concreto articolo, per proventi si intendono denaro, beni o altre utilità, anche ottenute o ricavate da un delitto tributario o doganale. 2. Se i proventi derivano da un delitto doloso per il quale è stabilita le pena della reclusione nel massimo fino a sei anni, si applica la pena della reclusione fino a sei anni. 3. Nei confronti della persona che ha commesso o ha concorso a commettere il delitto da cui derivano i proventi si applicano la reclusione da tre a sei anni e la multa da (…) a (…). Ai concorrenti estranei a tale delitto si applicano le pene di cui al primo comma. 4. La pena è aumentata se il fatto è commesso nell'ambito di una professione ovvero nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria. 5. La pena è diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle utilità oggetto, profitto, prezzo o prodotto del delitto. 6. Si applica in ogni caso l'ultimo comma dell'art.648". Art. 648 *ter* "1. Fuori dai casi previsti dall'art. 648 e 648 bis, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da Euro 10.000 a Euro 100.000 chiunque impiega in attività speculative o imprenditoriali, di qualsiasi natura, i proventi di un delitto doloso, conoscendone la provenienza. Ai fini del presente articolo, per proventi si intendono denari, beni o altre utilità, anche ottenute o ricavate da un delitto tributario o doganale. 2. Se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto doloso per il quale è stabilita la pena della reclusione nel massimo fino a sei anni, si applica la pena della reclusione fino a sei anni. 3. La pena è aumentata se il fatto è commesso nell'ambito di una professione ovvero nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria. 4. La pena è diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle utilità oggetto, profitto, prezzo o prodotto del delitto. 5. Si applica in ogni caso l'ultimo comma dell'art. 648".

(8) L.D. Cerqua, *Il delitto di riciclaggio dei proventi illeciti*, in *Il riciclaggio del denaro*, a cura di E. Cappa-L. D. Cerqua, Milano, 2012, 57.

(9) Anche parte della dottrina si era espressa in questo senso. G. Morgante, *Riflessioni su taluni profili problematici dei rapporti tra fattispecie aventi ad oggetto operazioni in denaro o beni di provenienza illecita*, in *Cass. pen.*, 1998, 2518 ss.; A. M. Dell'osso, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto: difficoltà di inquadramento dogmatico ed esigenze di intervento legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1275.

(10) Proposta di legge n. 2166 di iniziativa del deputato Ferranti, presentata alla Camera dei Deputati il 6 marzo 2014.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(11) Le proposte della Commissione Greco inserivano al Libro II, Titolo VIII del Codice Penale il capo II *bis*, intitolato appunto "Dei delitti contro l'ordine economico e finanziario".

(12) F. Mantovani, *Delitto Penale, Parte Generale*, Padova, 2001, 485; F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2008, 537.

(13) La giurisprudenza ha ammesso fino ad oggi la riconducibilità di tali ipotesi al delitto di riciclaggio. Cass., Sez. VI, 15 ottobre 2008, in *CED Cass.* 242372; Cass, Sez. VI, 9 gennaio 2009, in *CED Cass.* 242374.

(14) Cass., Sez. II, 3 maggio 2007, in *Guida al diritto*, 2007, n. 27, 75; Cass., Sez. II, 17 febbraio 2009, n. 47375, in *De Jure*.

(15) Testo Unico delle disposizioni in materia di Intermediazione Finanziaria d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58.

(16) Cass., Sez. II, 6 novembre 2009 n. 47375, in *CED Cass.*, 246434.

(17) F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. contemporaneo*, Rivista on line, 24 dicembre 2014.

(18) Cass., Sez. II, 25 febbraio 2014, n. 9046, secondo la quale per il reato di cui all'art. 648 *ter* non è necessario che la condotta di reimpiego presenti connotazioni dissimulatorie volte ad ostacolare l'individuazione e l'accertamento della provenienza illecita dei beni.

(19) G.L. Soana, *I reati tributari*, Milano, 2013, 156; A. Perini, *I mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamenti*, in *Rass. Trib.*, 2002, 189 ss.; V. Napoleoni, *Diritto penale tributario*, Milano, 2000, 113.

(20) Come sottolineato da M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 1997, 395, l'oggetto materiale della condotta di riciclaggio era inizialmente costituita da "denaro o valori" nella versione originale dell'art. 648 *bis* (1978) ed è stato considerevolmente ampliato con l'attuale formula "denaro, beni o altre utilità" dalla riforma del 1990.

(21) Tra gli altri P. Costanzo, *Il riciclaggio di disponibilità di provenienza illecita. La disciplina penale italiana alla luce delle regole internazionali comunitarie*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Volume nono, *I reati del mercato finanziario*, a cura di Adolfo Di Amato, Padova, 2007, 560 ss.; L.D. Cerqua, *Il riciclaggio del denaro*, cit., 73; M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit. 396.

(22) Cass., Sez. II, 15/02/2012, n. 6061, in *De Jure*.

(23) F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 11.

(24) M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., 398; L.D. Cerqua, *Il riciclaggio del denaro*, cit., 74; sulla stessa linea P Costanzo, *Il riciclaggio di disponibilità di provenienza illecita*, cit., 515; e con particolare riferimento al rapporto tra reati tributari e riciclaggio, R. Cordeiro Guerra, *Reati fiscali e riciclaggio*, in *Riv. dir. trib.*, fasc. 12, 2013, 1163 ss.

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

(25) Per tutte, Cass., Sez. Un., 24/02/1993, n. 1811, in *De Jure*, secondo la quale il concetto di "provento" comprende il profitto ed il prodotto del reato, ma non il prezzo.

(26) M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., 405, osserva come "non sembra legittimo ritenere esclusa la ricettazione (o il riciclaggio), in caso di ricevimento (ad es. accettazione in deposito bancario) di denaro che sia stato pagato al reo per indurlo a commettere un sequestro di persona, ed invece concretata la stessa ricettazione (o il riciclaggio) se il denaro fa parte del riscatto."; sulla stessa linea: L.D. Cerqua, *Il riciclaggio del denaro*, cit., 75; P. Costanzo, *Il riciclaggio di disponibilità di provenienza illecita*, cit., 516.

(27) Identica questione è stata affrontata, sia in dottrina che in giurisprudenza, con riferimento al delitto di riciclaggio. Secondo un primo orientamento, la frode fiscale (al pari di tutti i reati tributari che non generano un flusso di ricchezza, ma un risparmio illecito) non può costituire presupposto del riciclaggio. Su questa linea, R. Cordeiro Guerra, *Reati fiscali e riciclaggio*, cit., 1163 ss.; L.D. Cerqua, *Il riciclaggio del denaro*, cit. 75, ss.; M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., 400 ss.; F. Hinna-Danesi, *Proventi da frode fiscale e riciclaggio*, in Il Fisco, 1995, 9758 ss.; ID., *Proventi di frode fiscale e riciclaggio*, in AA.VV., *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*, a cura di Carvese e Santoro, Milano, 1996, 283 ss.; U. Liguori, *Rapporti tra condotte principali e reato presupposto: cause di estinzione del reato o della pena, cause di esclusione dell'antigiuridicità, cause di non punibilità o non imputabilità*, abolitio criminis, *dichiarazione di incostituzionalità*,in A. Manna (a cura di), *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, Torino, 2000, 102 ss.; V. Manes, *Riciclaggio*, (art. 648 *bis*), in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2009, 722 ss.; G. Flora, *Sulla configurabilità del riciclaggio di proventi da frode fiscale*, in *Foro Ambrosiano*, 1999, 441; in giurisprudenza: G.I.P. di Milano, 19/02/1999, in *Foro Ambrosiano*, 1999, 441. La tesi si fonda, essenzialmente, su due argomenti: a) la lettera della legge, e ciò, perché al termine "provenienza", che indica un moto da luogo, andrebbe attribuito un significato ristretto, in senso fisico-materialistico, comprendente unicamente tutto ciò che costituisce un incremento, proveniente dall'esterno, del patrimonio del reo; b) l'utilità derivante da mancato depauperamento si confonde nel patrimonio del reo e si sottrae, conseguentemente, "a qualsiasi specificazione in senso civilistico e quindi alla possibilità stessa di essere individuata nel suo successivo reimpiego" (così, efficacemente, F. Hinna Danesi, *Proventi da frode fiscale e riciclaggio*, in *Il Fisco*, 1995, 9758 ss. Sull'impossibilità concreta di individuare l'entrata che provoca arricchimento patrimoniale si sofferma anche la sentenza del G.I.P. di Milano, 19/02/1999, cit.). Secondo un diverso orientamento, invece, anche i proventi da frode fiscale possono costituire oggetto di riciclaggio, e ciò non soltanto per l'estrema ampiezza del termine "utilità" (tale da includere ogni genere di vantaggio economico, in qualunque forma ottenuto), ma anche perché il concetto di "provenienza" andrebbe interpretato in modo più esteso e seguendo un criterio di tipo non fisico - materialistico, bensì economico: in questo senso proviene, dunque, da delitto, qualsiasi utilità economicamente apprezzabile che

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

da esso derivi sotto il profilo causale, sia sotto forma di incremento, sia sotto forma di risparmio. Quanto alla possibilità o meno di individuare il provento derivante da frode fiscale nel suo successivo reimpiego, si tratta di un problema, secondo questo diverso filone interpretativo, che non attiene alla configurabilità giuridica del riciclaggio, bensì al suo accertamento in concreto e alla prova del fatto reato. Su questa linea, P. Costanzo, *Il riciclaggio di disponibilità di provenienza illecita*, cit., 526 ss; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale, vol. II, tomo 2, I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2005, 248; M. Angelini, *Il reato di riciclaggio (art. 648* bis *c.p.). Aspetti dogmatici e problemi applicativi*, Torino, 2008, 136 ss.; R. Acquaroli, *Il riciclaggio, in Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. VII, *Reati contro la persona e contr il patrimonio*, a cura di F. Viganò e C. Piergallini, Torino 2011, 818; Di Vizio, *Problematiche sull'autoriciclaggio*, audizione al gruppo di studio sull'autoriciclaggio presso il Ministero della Giustizia, in Roma, 24 gennaio 2013, 27 dell'allegato. In giurisprudenza: Cass., Sez. II, 15/02/2012, n. 6061, in *De Jure*, con la quale la Suprema Corte di Cassazione si è decisamente schierata con riguardo alla questione di cui si discute.

(28) Secondo F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit.,12, all'esclusione della punibilità delle condotte descritte nel quarto comma dell'art. 648 *ter* 1 c.p. "si sarebbe potuti giungere anche in via interpretativa, posto che la esplicita destinazione alla re-immissione nel circuito legale considerata dal primo comma depone univocamente in tal senso".

(29) Su questa linea, F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 4 ss.

(30) Sulla progressione criminosa e sulla categoria del *post factum* non punibile, F. Mantovani, *Diritto Penale*, Parte Generale, cit., 506 ss.

(31) F. Sgubbi, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Dir. pen. contemporaneo*, Riv. on line, 10 dicembre 2014, il quale solleva decise critiche alla nuova fattispecie criminosa; nonché R. Razzante, *Le prime considerazioni sul reato di autoriciclaggio*, in *Rivista231.it*, che sottolinea, in particolare, come il quarto comma dell'art. 648 *ter* 1 c.p., sia destinato a creare seri problemi interpretativi.

(32) G. Pecorella, *Circolazione di denaro e riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1229 ss.; G. Flora, *Sulla configurabilità del riciclaggio di proventi da frode fiscale*, in *Foro Ambrosiano*; 1994, 44; F. Hinna-Danesi, *Proventi di frode fiscale e riciclaggio*, cit., 9760 ss.; B. Assumma, *Riciclaggio di capitali e reati tributari*, in *Rass. trib.*, 1995, 1779 ss.

(33) AA.VV. La riforma del diritto penale tributario (d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74), a cura di U. Nannucci-A. D'Avirro, Padova, 2000; AA.VV. *La riforma del diritto penale tributario. Questioni applicative*¸ a cura di C. Santoriello, Torino, 2001; A. Di Amato-A. Pisano, *I reati tributari*, Padova, 2002; A. Lanzi-P. Aldrovandi, *L'illecito tributario*¸ Padova, 2011; E. Musco-F. Ardito, *Diritto Penale Tributario*¸ Bologna, 2010; A. Martini, *Trattato di Diritto Penale, Parte Speciale, Reati in materia di finanze e tributi*,

TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Milano, 2010; A. D'Avirro-M. Giglioli, *I reati tributari*, Milano, 2012; G.L. Soana, *I reati tributari*, Milano, 2013.

(34) A. D'Avirro-U. Nannucci, *I reati nella legislazione tributaria*, Padova, 1984; R. Bricchetti-L. De Ruggero, *I reati tributari*,Milano, 1994; A. Di Amato, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 1987; I. Caraccioli-A. Giarda-A. Lanzi¸ *Diritto e procedura penale tributaria¸* Padova, 1989; A. D'Avirro-E Di Nicola-G. Flora-C.F. Grosso-T. Padovani, *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, a cura di C.F. Grosso, Milano, 1992.

(35) R. Cordeiro Guerra, *Reati fiscali e riciclaggio*, cit., 1163 ss.

(36) Trib. Milano, Ufficio G.I.P., 19 febbraio 1999, in *Foro Ambrosiano*, 1999, 441.

(37) Cass., Sez. I, 27 novembre 2008, 1024; Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2009, 45643, in *Foro it.*, 2010, II 242; Cass., Sez. II, 23 dicembre 2009, 49427.

(38) Cass., Sez. II, 15 febbraio 2012, 6061, in *De Jure*.

(39) R. Cordero Guerra, *Reati fiscali e riciclaggio*, cit., 1163 ss.

(40) G.L. Soana, *I reati tributari*, cit., 170; V. Napoleoni, *Diritto penale tributario*, cit., 68; A. D'Avirro-M. Giglili, *I reati tributari*, cit. 92.

(41) Cass., Sez. V, 21 maggio 2008, 36940; Cass., Sez. VI, 15 ottobre 2008, 495.

(42) A. D'Avirro-M.Giglioli, *I reati tributari*, cit., 2012, 84; V. Napoleoni, I *fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, cit, 144; G.L. Soana, *I reati tributari*, cit., 51 ss.

(43) G.L. Soana, I *reati tributari*, cit., 359 ss.; A. D'Avirro-M. Giglioli, *I reati tributari*, cit., 295 ss.; M. Romano, *Il delitto di sottrazione fraudolenta d'imposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1010; A Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 553; V. Napoleoni, *I fondamenti*, cit., 195; F. Ardito, *Orientamenti giurisprudenziali sulla sottrazione fraudolenta al pagamento d'imposte*, in *Rass. trib.*, 2008, 4, 1146.