

dis  
CRIMEN

RIVISTA  
3/2025





## **DIRETTORE RESPONSABILE**

Alessandra Borghini

## **COMITATO DIRETTIVO**

Gian Marco Baccari, Roberto Bartoli, Filippo Bellagamba, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Francesco Cingari, Carlotta Conti, Giovannangelo De Francesco, Cristina de Maglie, Alberto di Martino, Luciano Eusebi, Chiara Fanuele, Paola Felicioni, Giovanni Flora, Benedetta Galgani, Alberto Gargani, Roberto Guerrini, Dario Guidi, Isabella Leoncini, Vincenzo Maiello, Gianfranco Martiello, Adriano Martini, Enrico Marzaduri, Dario Micheletti, Marco Nicola Miletta, Gaetana Morgante, Domenico Notaro, Renzo Orlandi, Tullio Padovani, Francesco Palazzo, Caterina Paonessa, Michele Papa, Carlo Piergallini, Francesca Ruggieri, Alessandra Sanna, Paolo Tonini, Antonio Vallini

*Coordinatore* Fausto Giunta

## **COMITATO SCIENTIFICO**

Alberto Alessandri, Lorenzo Algeri, Giuseppe Amarelli, Enrico Amati, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha), Giuliano Balbi, Fabio Basile, Elio Romano Belfiore, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Universidad de Salamanca), Costanza Bernasconi, Marta Bertolino, Davide Bianchi, Sergio Bonini, Roberto Borgogno, Riccardo Borsari, David Brunelli, Marcello Busetto, Alberto Cadoppi, Alberto Camon, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Juan Carlos Carbonell Mateu (Universidad de Valencia), Stefania Carnevale, Fabio Cassibba, Andrea R. Castaldo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Marco Cecchi, Massimo Ceresa-Gastaldo, Claudia Cesari, Agata Ciavola, Teresa Travaglia Cicirello, Gabriele Civello, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo (Universitat de Barcelona), Luigi Cornacchia, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Marcello Daniele, Gerhard Dannecker (Universität Heidelberg), Giulio De Simone, Giancarlo De Vero, Alberto De Vita, Mariavaleria Del Tufo, Massimo Donini, Fabio Fasani, Paolo Ferrua, Giovanni Fiandaca, Stefano Fiore, Antonio Fiorella, Luigi Foffani, Desiree Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Alfredo Gaito, Marco Gambardella, Mercedes García Arán (Universitat Autònoma de Barcelona), Octavio García Pérez (Universidad de Málaga), Nicolás García Rivas (Universidad de Castilla-La Mancha), Giulio Garuti, Gian Luigi Gatta, Ignazio Giacona, Glauco Giostra, José Luis González Cussac (Univesidad de Valencia), Giovanni Grasso, Tommaso Guerini, Cristina Guisasola Lerma (Universidad de Valencia), Antonino Gullo, Clelia Iasevoli, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Alessio Lanzi, Sergio Lorusso, Paola Maggio, Carlos Alberto Mahiques (Argentina), Stefano Manacorda, Enrico Maria Mancuso, Vittorio Manes, Annalisa Mangiaracina, Adelmo Manna, Marco Orlando Mantovani, Luca Marafioti, Antonella Massaro, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Nicola Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Enrico Mezzetti, Vincenzo Militello, Sergio Moccia, Lucio Monaco, Fermín Morales Prats (Universitat Autònoma de Barcelona), Vito Mormando, Francesco Mucciarelli, Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla), Daniele Negri, Pietro Nocita, Carlo Enrico Paliero, Giuseppina Panebianco, Raphaële Parizot (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Lucia Parlato, Vania Patanè, Paolo Patrono, Pier Paolo Paulesu, Annamaria Peccioli, Marco Pelissero, Francesco Peroni, Lorenzo Picotti, Giorgio Pino, Nicola Pisani, Daniele Piva, Andrea Porciello, Cornelius Prittowitz (Goethe-Universität, Frankfurt am Main), Andrea Pugiotto, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Gonzalo Quintero Olivares (Universidad Rovira i Virgili, Tarragona), Ramon Ragués i Vallès (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona), Paolo Renon, Silvia Renzetti, Silvio Riondato, Lucia Risicato, Natalia Rombi, Mauro Ronco, Andrea Rossetti, Adolfo Scalfati, Andrea Scella, Aldo Schiavello, Sergio Seminara, Domenico Siciliano, Jesús-María Silva Sánchez (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona), Licia Siracusa, Fabrizio Siracusano, Giorgio Spangher, Luigi Stortoni, Kolis Summerer, Giovanni Tarli Barbieri, Silvia Tordini Cagli, Valeria Torre, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Elena Valentini, Vico Valentini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Paolo Veronesi, John A.E. Vervaele (Universiteit Utrecht), Daniele Vicoli, Luciano Violante, Tiziana Vitarelli, Thomas Weigend (Universität zu Köln), Bettina Weißer (Universität zu Köln), Francesco Zacchè, Roberto Zannotti, Angelo Zappulla

## **REDAZIONE**

Claudia Azteni, Alessandro Corda, Niccolò Decorato, Arianna Festinese,  
Carolina Fontani, Francesco Macrì, Sonia Tognazzi, Cecilia Valbonesi

*Coordinatore* Gherardo Minicucci



Registrazione presso il Tribunale di Pisa  
al n. 2209 del 6 dicembre 2018

*disCrimen* è una rivista scientifica quadrimestrale

ISSN 2704-6338

2025 – Firenze, via B. Varchi n. 56

info.discrimen@gmail.com

#### **CRITERI DI CITAZIONE**

Per la citazione dei contributi pubblicati nei fascicoli di *disCrimen* si propone il seguente modello:

N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *disCrimen*, 1/2019, xxx ss.

#### **CRITERI DI PUBBLICAZIONE**

Al fine di assicurarne la qualità scientifica, la pubblicazione degli scritti destinati a *disCrimen* è subordinata alla previa positiva valutazione di un revisore, del quale è garantito l'anonimato, individuato tra i membri del Comitato Scientifico, che può subordinare il proprio giudizio a interventi correttivi e migliorativi. Nella procedura di revisione è garantito altresì l'anonimato dell'autore del contributo oggetto di valutazione (c.d. procedura in "doppio cieco"). Nel caso di parere negativo, il Coordinatore del Comitato Direttivo può richiedere una nuova valutazione, sempre in forma anonima, a un diverso membro del Comitato scientifico, il cui giudizio diventerà vincolante ai fini della pubblicazione. Sono esentati dalla procedura di revisione i contributi raccolti nelle sezioni Opinioni, Focus, Recensioni e Varietà. Fatto salvo quanto appena precisato, il Coordinatore del Comitato Direttivo, acquisito il parere favorevole di almeno un altro componente del Comitato, può esentare dalla procedura di *peer review* gli scritti di carattere non scientifico, le relazioni a convegni scientifici, gli scritti già pubblicati o in corso di pubblicazione in testi o riviste scientifiche, gli scritti di studiosi di chiara fama.



**Fascicolo 3/2025**

**Indice dei contenuti**

**Articoli**

E. AMODIO, <i>Cordero e Nobili, giuristi di alto profilo nell'età della codificazione</i>	3
D. BIANCHI, <i>Il morso delle aggravanti non-morte: art. 61, n. 2, c.p. e concorso formale di reati a condotta violenta</i>	15
F. DI VIZIO, <i>L'originale configurazione dei reati di omesso versamento delle imposte dopo il d.lgs. n. 87/2024: risistemazioni, novità e dubbi</i>	31
F. FERRI, <i>Una nuova nozione di diritto penale del nemico. Spunti a partire dai limiti delle teorie tradizionali e dal controllo di proporzionalità sulle tecniche di incriminazione</i>	91
A. FESTINESE, <i>Il Codice del consumo nella prospettiva penalistica: effetti diretti e riflessi</i>	111
G. FIORELLA, <i>Reato plurisoggettivo e illecito 'para-penale' dell'ente: due modelli di disciplina a confronto</i>	131
M. LAVACCHINI, <i>Una nuova sfida per il penalista. Qualche riflessione intorno agli indici di misurazione della corruzione</i>	139

D. NEGRI, <i>Il processo penale liberale nella postmodernità. Anacronismo o costante attualità di un ideale?</i>	161
M. POGGI D'ANGELO, <i>Condotte manipolative, High Frequency Trading e intelligenza artificiale: possibili rimedi all'ossimoro della circostanza aggravante "attenuante"</i>	175

### Opinioni

M. BLOCK, <i>Profili evolutivi e questioni interpretative intorno al dovere militare di obbedienza</i>	195
G. CIVELLO, <i>Autoriciclaggio: una premessa criminologica e alcuni spunti di riflessione</i>	209
G. INSOLERA, <i>Il problema della retroattività della giurisprudenza. Concorso esterno nei reati associativi</i>	221

dis  
CRIMEN  
*articoli*



## CORDERO E NOBILI, GIURISTI DI ALTO PROFILO NELL'ETÀ DELLA CODIFICAZIONE \*

ENNIO AMODIO \*\*

SOMMARIO 1. L'estro e la cultura: la personalità dei due studiosi. – 2. L'identico terreno di ricerca: la prova penale nell'orizzonte del rito accusatorio. – 3. Le oscillazioni di Cordero nell'atteggiamento verso il nuovo codice. – 4. Nobili e la normativa del 1988.

### 1. L'estro e la cultura: la personalità dei due studiosi

Se apro il mio quaderno di appunti sulla storia contemporanea della procedura penale, ne ricavo qualche spunto per riflettere su aspetti che non avevo mai preso in considerazione: Franco Cordero e Massimo Nobili sono due figure parallele che, sia pur lontane l'una dall'altra, rivelano convergenti analogie di personalità, di aree del processo penale studiate e di atteggiamento affine per quanto attiene alla elaborazione del codice del 1988.

Il parallelismo è imperfetto perché i due studiosi erano di generazioni diverse. Cordero, nato nel 1928, quasi coetaneo di Conso e De Luca, era cresciuto nella cerchia del grande processualcivilista Enrico Allorio. Aveva esordito con un lavoro di solido impianto dogmatico, *“Le situazioni soggettive nel processo penale”*, del 1956, che aveva contribuito a superare le stagnazioni degli studi nei lidi del cenerentolismo tanto deprecato da Francesco Carnelutti. Massimo Nobili era invece il figlio scientifico di Giuseppe De Luca, un vero innovatore impegnato per la rinascita del diritto processuale penale. Come il suo maestro, Massimo aveva l'entusiasmo per la ricerca capace di abbattere i vecchi idoli, come il libero convincimento del giudice, nella aspirazione di dar vita a una giustizia penale moderna e garantista.

Il professore de La Sapienza era prima di tutto un pensatore e, dal canto suo, anche Nobili era un intellettuale che credeva in sé e nella sua missione di “dotto”. In questo i due processualpenalisti erano assai simili: studiosi solitari, fin troppo consapevoli della solidità della loro cultura che dava origine alla convinzione di poter sveltare sugli altri processualisti, magari poco attrezzati sul versante letterario ed anche

---

\* Questo articolo è destinato al volume *La ragione e lo sdegno. Visioni della giustizia penale negli insegnamenti di Franco Cordero e Massimo Nobili*, a cura di R. Orlandi, E.M. Catalano e L. Zilletti.

\*\* Professore emerito di diritto processuale penale nell'Università di Milano.

un po' impacciati nel cogliere le venature di un nuovo corso che essi invece sapevano compiutamente interpretare.

Più ieratico Franco Cordero, che amava fare riferimento al luogo del suo *habitat*, una *turris* sacerdotale stracolma di libri e inaccessibile quasi a tutti. Più aperto, in ragione del suo temperamento artistico, Massimo Nobili cui non dispiaceva però far percepire agli altri il tormento del suo pensiero, tanto elevato da non poter essere qualche volta compreso.

Due personalità di così alto profilo non potevano non manifestare talvolta orientamenti o gesti di inflessibilità e di intransigenza. Tutti ricordano che Franco Cordero fu privato del gradimento delle autorità ecclesiastiche per i contenuti del suo insegnamento di filosofia del diritto alla Università Cattolica, ritenuto non allineato ai canoni della dottrina della Chiesa. Ne sortì una reazione fortemente polemica, sfociata nel pamphlet "*Risposta a Monsignore*", del 1970, che confutava con puntigliosi ed efficaci argomenti le ragioni del suo allontanamento<sup>1</sup>. Certo, uno spirito indipendente e solidamente ancorato ad una robusta matrice culturale non poteva arrendersi e non rivendicare le buone radici del suo insegnamento.

Analogamente, Massimo Nobili si è reso protagonista di un abbandono spontaneo della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bologna, nella quale era professore ordinario di procedura penale, per trasferirsi a Ferrara (1994-1997). Anche questo fu un gesto motivato dal puntiglio. Egli intendeva esibire il ripudio di quella comunità scientifica che lo aveva deluso e con la quale non intendeva continuare a convivere. Non so bene quale fosse stato il *casus belli*. In questo modo, però, si autopuniva costringendosi a continuare ad esercitare il suo ruolo in un'altra sede, in una città diversa da quella in cui viveva. Scelta di ammirevole rigore, ma al tempo stesso di grande sacrificio per la sua vita personale e scientifica. In perfetta linea con il carattere di un grande maestro che non tollerava strappi all'etica adamantina anche a costo di autoinfliggersi una sofferenza.

Va da sé che i due intellettuali qui evocati come figure parallele erano più propensi ad un personale lavoro solitario, chiusi nel fortino delle loro biblioteche, e poco inclini a confrontarsi e dialogare con gli esterni al mondo accademico. Così Cordero aveva ben presto abbandonato la professione di avvocato dopo le prime esperienze fatte, se non sbaglio, nello studio di Enrico Allorio e anche Nobili, che pure si era impegnato nel lavoro forense con buoni risultati, aveva poi preferito tenersi un po' in disparte.

---

<sup>1</sup> Per un'accurata ricostruzione di questa vicenda e una ampia riflessione sull'ecllettismo dello studio v. R. ORLANDI, *Franco Cordero intellettuale del dissenso*, in *Giustizia insieme*, 24 luglio 2025.

Il processualpenalista bolognese, che pure era riuscito a circondarsi di una buona schiera di promettenti allievi, non amava nemmeno confrontarsi con i colleghi della sua materia e non gradiva intrattenersi sui problemi legati a concorsi e cattedre. Tanto che una volta mi confidò di non avvertire alcun interesse per la neonata Associazione tra gli studiosi del processo penale che, forse, considerava più un luogo per allacciare rapporti di bassa cucina universitaria che un cantiere congeniale allo scambio di fecondi apporti conoscitivi utili per la ricerca scientifica.

Quanto a Cordero, ho già ricordato la sua scarsa inclinazione a partecipare ai convegni per non spezzare il ritmo avvolgente degli studi e della elaborazione degli scritti *in itinere*<sup>2</sup>.

È difficile non rimanere affascinati dall'estro e dalla prodigiosa ricchezza di idee dei due studiosi. Nei contributi di Franco Cordero è lo splendore della sua prosa ad esercitare una forte attrattiva, ancor prima della profondità del suo pensiero. Credo che un po' tutti noi della generazione successiva alla sua ne rimanemmo ammaliati e ci trovammo, anche inconsapevolmente, ad imitarne lo stile. Era fatto, come ben tutti ricordano, di un trionfo dell'essenziale, come se l'autore avesse scavato più e più volte nel testo per eliminare tutto ciò che appariva superfluo, dagli articoli determinativi alle parole che potevano ostacolare l'emergere della perentorietà e il ritmo incalzante del testo<sup>3</sup>. Se ne poteva arguire che l'autore voleva trasmettere il suo pensiero da intendersi più alto e più accreditato, quanto a valore di verità, rispetto alla tesi di ogni altro interprete.

Esemplare in Cordero anche la fusione fra il *dictum* giuridico vigente e il retroterra culturale storico che faceva da base o da elemento di contrasto al presente. Difficile davvero non rimanere colpiti dalla nitidezza delle immagini evocate e dalla forza delle idee avvolte in quello stile capace di soggiogare.

Anche Massimo Nobili aveva un retroterra di vasta potenzialità letteraria, pur se dai suoi scritti non affiorava un io così prorompente come quello corderiano. Nessuno ha dimenticato quel gioiello che è "*L'immoralità necessaria*" (2009), un libro costruito su una rete logica di citazioni letterarie che riescono a tratteggiare i profili di un edificio ben prefigurato dal suo autore.

---

<sup>2</sup> Sul punto rinvio a quanto riferito nel mio *Cordero il grande Sacerdote del rito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, p. 413.

<sup>3</sup> In una interessante conversazione privata di fine anni Settanta, Cordero mi confidò che nei suoi scritti usava spesso la tecnica della eliminazione di intere frasi risultanti dalla redazione di una prima stesura del testo. In sostanza egli rileggeva il testo scritto e con inesorabile precisione chirurgica cancellava con un pennarello tutto ciò che gli appariva superfluo: articoli, aggettivi, sostantivi e intere frasi.

## 2. L'identico terreno di ricerca: la prova penale nell'orizzonte del rito accusatorio

Si può ben dire che Cordero e Nobili – pur divisi sotto il profilo anagrafico perché il maestro della Cattolica era del 1928, come si è già ricordato, e il professore bolognese del 1945 – abbiano avvertito in ugual modo il fascino della prova penale, tema di forte impatto giuridico ma anche di corposa rilevanza sul piano della logica e della cultura. Questa vocazione assume rilievo nel panorama delle ricerche che andavano delineandosi nella rinascita della procedura penale. Se Giovanni Conso aveva gettato le fondamenta per la costruzione dogmatica del nuovo pensiero processualpenalistico, la predilezione dei nostri due giuristi per il diritto probatorio sanciva il sorgere di un nuovo filone negli studi giuridici, purtroppo non destinato ad aprire nuovi percorsi di ricerca nell'impegno degli studiosi delle Università italiane rimasti ancorati alla procedura e poco propensi ad aprirsi allo studio della *law of evidence*.

Probabilmente in Cordero aveva avuto un peso la sua formazione nella cerchia creata da un processualcivilista di grande valore come Enrico Allorio. Mentre Nobili aveva avuto la fortuna di crescere alla scuola di Giuseppe De Luca che prediligeva il terreno della prova anche per le suggestioni derivanti dalla sua esperienza professionale di grande avvocato penalista.

Il giurista de La Sapienza aveva subito dimostrato di voler mettere in primo piano l'approccio sistematico ad una materia da troppo tempo negletta. Lo dimostrano i “*Tre studi sulle prove penali*”, un vero *highlight* per la capacità di far rivivere in una costruzione rigorosa le categorie vitali del fenomeno probatorio: prove rappresentative/prove critiche; ammissibilità/veridicità della prova; rapporti tra prova e decisione<sup>4</sup>. Viene così disegnata la mappa del diritto probatorio penale con una analiticità da manuale della materia, che sembra dettata dall'esigenza di riordinare una parte del diritto processuale ben radicata in un passato lontano, ma troppo a lungo trascurata.

L'originalità del pensiero di Cordero si manifesta là dove egli dà rilievo alla riscoperta della legalità della prova in una prospettiva moderna. Nella cultura storica del diritto processuale, con esiti capaci di sopravvivere nell'età più recente nell'ambito della procedura civile, il legalismo era divenuto sinonimo di un metodo arbitrario volto a limitare la valutazione del giudice. Al contrario, il nuovo concetto di legalità, elaborato in sede penale, rinvia all'ossequio rispetto alle forme dettate dalla legge e alle condizioni di ammissibilità cui l'ingresso della prova è subordinato in sede processuale.

Al recupero degli imperativi dettati dalla legge è poi pervenuto per altra via anche

<sup>4</sup> V. F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.

Massimo Nobili, ricostruendo sul piano storico la degenerazione subita dal principio del libero convincimento del giudice dal trapianto della giuria in Francia fino all'espansione della *intime conviction* nei codici degli Stati nazionali dell'Europa continentale<sup>5</sup>.

È stata come una folgorazione emotiva che ha invaso l'immaginario giuridico e, prima ancora, politico dei riformatori del vecchio continente. Il verdetto monosillabico dei giurati aveva fatto nascere l'idea di una valutazione della prova totalmente irrazionale e non traducibile in un atto linguistico da versare in uno scritto ragionato. Poi l'intima convinzione viene a poco a poco trasferita al processo penale demandato ai giudici togati fino ad erodere la componente logico-razionale della valutazione del fatto per trasformarla in un atto inconoscibile e dominato dalla più ampia libertà del giudicante.

Tutta questa involuzione, che progressivamente falsifica la *ratio* della partecipazione dei laici alla amministrazione della giustizia affermatasi nel modello inglese, viene portata alla luce dalla ricerca di Nobili. Nel suo pensiero si avverte la segnalazione del pericolo per le istituzioni giudiziarie che si è materializzato con ancor più forza nella saldatura tra libero convincimento come parametro dell'irrazionale conoscitivo, da una parte, e potere inquisitorio del giudice, dall'altra, come teorizzato nel codice Rocco e poi tradotto in corposa realtà da una giurisprudenza fedele interprete della ideologia autoritaria. E così l'opzione di Nobili si è manifestata chiaramente nel senso di invocare la legalità della prova per superare l'anarchia conoscitiva generata da un libero convincimento ormai divenuto la leva impiegata per scardinare la razionalità del giudizio sul fatto<sup>6</sup>.

C'è da rilevare come entrambi gli studiosi, nel loro rispettivo itinerario di ricerca proteso alla riscoperta della prova come strumento conoscitivo del fatto governato dalla disciplina legislativa, non abbiano attinto al serbatoio culturale della *law of evidence* dell'esperienza anglo-americana. Una prima ragione di questa rinuncia potrebbe essere individuata nella convinzione di Cordero circa la natura della *law of evidence* come materia dominata dai pratici e da regole giurisprudenziali<sup>7</sup>, tale da apparire come una semplice «empiria ragionata». In Nobili il fossato verso la *common law* è meno percepibile, ma è pur vero che non sono frequenti nei suoi scritti editi spunti e riflessioni sulla *law of evidence* e sulla elaborazione della dottrina sulle prove nella pur vasta produzione degli studi inglesi e statunitensi<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> V. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

<sup>6</sup> V. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 468.

<sup>7</sup> Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, p. 635.

<sup>8</sup> È apparso recentemente, grazie all'impegno di un allievo, un contributo inedito in cui il giurista bolognese aveva messo a punto le relazioni tra diritto penale sostanziale e processo nella elaborazione

### 3. Le oscillazioni di Cordero nell'atteggiamento verso il nuovo codice

Il pensiero dei due maestri ha saputo ben presto dare i suoi frutti. Ne sono testimone nella mia qualità di componente della Commissione ministeriale per la elaborazione del Progetto preliminare del codice di procedura penale, presieduta da Gian Domenico Pisapia. Mi era stato assegnato l'incarico di fare una proposta per la disciplina della prova. E la prima idea fu quella di creare un intero libro dedicato al diritto probatorio per sottolineare la ritrovata unità di una materia dissolta sotto i colpi di un principio divenuto eversivo come quello del libero convincimento, una vera ghigliottina per la razionalità e la legalità del fenomeno probatorio, proprio come avevano appunto insegnato Cordero e Nobili. Avevo intuito, anche sulla base dei miei studi, che stava per affermarsi un clima culturale favorevole ad un passo verso la rifondazione del diritto delle prove penali e che tracciare i confini del nuovo continente avrebbe contribuito a rendere più saldo il garantismo del nuovo sistema processuale, così da bloccare ogni velleità di un ritorno dello spirito inquisitorio che aveva trionfato nella cultura francese e nella parentesi autoritaria del periodo fascista.

Nel proporre la creazione di una parte generale del libro sulle prove, mi ero ispirato soprattutto al rigore classificatorio di Cordero. Il cappello introduttivo aveva l'ambizione di ridare il suo posto centrale alla prova rispetto alla procedura, un po' come accade nel *common law* non tanto per esplicito dettato del legislatore ma per la forza cogente di categorie naturali che costituiscono un *a priori* nel panorama della materia.

Il libro III del codice del 1988 è dunque un po' figlio diretto di Cordero e Nobili, ma loro non lo hanno riconosciuto. È una storia difficile da raccontare e io non sono in grado di farlo con il rigore dello storico. Ma tenterò ugualmente di offrire qualche spunto per dare un minimo supporto ad altri che sappiano narrarla con strumenti più efficaci di quelli di cui io posso disporre.

Bisogna cominciare con il ricordare che Franco Cordero era stato componente della prima Commissione Pisapia che aveva redatto il Progetto del 1978. Anch'io facevo parte di quella Commissione e ho avuto occasione di ascoltarne gli interventi nelle sedute tenutesi sotto la guida di Gian Domenico Pisapia. Cordero era circondato da una autentica venerazione, specie da parte del gruppo dei più giovani cui io appartenevo. Parlava poco e quando prendeva la parola ci si accorgeva subito che l'eloquio era per lui un tormento nella ricerca del vocabolo più giusto, sempre alla caccia

---

della cultura angloamericana. V. M. NOBILI, *L'impatto della cultura di common law sui rapporti fra diritto e processo penale*, in *Scritti inediti*, a cura di A. Camon, Padova, 2021, p. 109.

dell'aggettivo più appropriato e del verbo più espressivo per denotare quel che voleva esprimere. Spesso ci si accorgeva che nell'argomentare riferiva concetti ed esempi che già figuravano nei suoi scritti sui temi che in quel momento affrontava. Si capiva, insomma, che non amava attardarsi ad avviare un confronto con i suoi interlocutori forse perché era abituato al dialogo con sé stesso che probabilmente spesso conduceva nel chiuso del suo pensatoio tra i suoi libri. Così quando fu formata la seconda Commissione ministeriale che poi portò a termine la stesura del Progetto preliminare egli non era più nella pattuglia dei compilatori della nuova normativa. Non credo che qualcuno avesse posto un veto sul suo nome, sempre circondato da grande stima da parte di tutti. Ma nel 1987 il Ministro Giuliano Vassalli e il suo capo di gabinetto non pensarono a lui nel mettere in fila i nomi di studiosi, magistrati ed avvocati cui veniva demandata la redazione del futuro codice di procedura penale.

Entrata in vigore la riforma, Cordero ne prese le distanze sia pure *incidenter tantum* nella sua "Procedura penale". Sono da registrare molteplici punzecchiature tali da rendere palese qualcosa di ben diverso da una festosa accoglienza. Basta ricordare l'appellativo di «mostriciattolo» affibbiato al nuovo rito in alcune sue parti<sup>9</sup> e l'avversione per taluni neologismi come l'inutilizzabilità della prova bollata come una grossolana imitazione della etichetta «*exclusionary rules*» usata nel gergo dei pratici del processo di *common law*<sup>10</sup>. Non è difficile immaginare che in questi salaci commenti ci fosse almeno il rimprovero per una costruzione normativa considerata non proprio rigorosa sul piano logico-sistematico e nella scelta della nuova nomenclatura.

Negli scritti minori il maestro de La Sapienza, approfittando della sua lontananza dalle pagine paludate della sua "Procedura penale", si è però lasciato andare a giudizi velenosi e taglienti su alcuni istituti del Codice del 1988, arrivando a definire il nuovo legislatore come «garrulo, invadente, confuso, *pasticheur*»<sup>11</sup>. È il caso della normativa sulla riapertura delle indagini che egli considera irragionevole in quanto assoggetta al controllo del giudice l'iniziativa del pubblico ministero volta ad avviare nuove investigazioni contro la stessa persona e lo stesso fatto sui quali è già stata depositata una archiviazione.

Cordero boccia come irragionevole questa disciplina in quanto priverebbe l'organo dell'accusa del potere di aprire un nuovo fronte investigativo che potrebbe sfociare

---

<sup>9</sup> Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, p. 433.

<sup>10</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, p. 635.

<sup>11</sup> V. F. CORDERO, *Miserie della procedura penale*, in M. Ruotolo, a cura di, *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008. Va però ricordato che analoghi giudizi, un po' meno forti, erano stati anticipati nell'edizione del manuale del 2003 (v. ad esempio, p. 433).

nell'esercizio di una azione penale doverosa *ex art.* 112 Cost. Difficile però non vedere il solido impianto garantistico del controllo affidato al giudice che mira a tutelare la persona già indagata sottraendola all'arbitrio di un eventuale requirente che abbia in mente solo un "reato chimerico", come usava dire argutamente Cesare Beccaria. L'obbligo di garantire il diritto di difesa non può essere spazzato via da una esasperata e inconcepibile supremazia dell'interesse a perseguire possibili manifestazioni di illeciti penali. Del resto, proprio in questo senso si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 27 del 19 gennaio 1995 che ha visto nella tutela del diritto di difesa il fondamento del controllo giurisdizionale sulla richiesta di riapertura delle indagini.

Basta però andare indietro di poco meno di dieci anni nella sequenza temporale della bibliografia corderiana per scoprire un atteggiamento ben diverso da quello fin qui rilevato a proposito del codice del 1988. Infatti, il nuovo sistema processuale viene gratificato con l'appellativo di «ordigno perfettibile... ma cospicuo in abilità combinatoria, e tocca il culmine nei procedimenti speciali»<sup>12</sup>. Parole inequivocabilmente elogiative che nulla hanno a che vedere con quel furore demolitorio espresso nel 2008 nei confronti del lavoro portato a termine dai compilatori del Codice del 1988.

Ci si può domandare cosa abbia indotto Cordero a slittare dalla benevola attenzione del 1989 alla inesorabile censura del 2008. Non è difficile immaginare che una più approfondita analisi del nuovo rito accusatorio lo abbia spinto ad un riesame critico molto severo alla luce della sua concreta applicazione.

Forse però c'è qualcosa di più. Il modo pungente e corrosivo usato nel portare i suoi attacchi al nuovo edificio processuale possono far pensare che il grande maestro non sapeva talvolta resistere alla voglia di manifestare la sua delusione per non aver potuto intingere la sua penna nel calamaio dell'inchiostro legislativo.

#### 4. Nobili e la normativa del 1988

Una vicenda non dissimile si registra con riguardo ai rapporti di Massimo Nobili con la nuova procedura penale del 1988 e con i lavori che avevano condotto a portarla al traguardo della codificazione.

Il giurista bolognese non aveva partecipato ai lavori della Commissione Pisapia nel 1987. Qualcuno ha in passato raccolto una voce secondo la quale ci sarebbe stato un atteggiamento di chiusura nei suoi confronti negli ambienti ministeriali o attorno

---

<sup>12</sup> F. CORDERO, *Strutture d'un codice*, in *L'Indice penale*, 1989, p. 22.

ad essi. Avendo lavorato quasi continuativamente dal 1974 al 1989 negli ambienti del Palazzo di via Arenula a Roma mi sentirei di escludere il fondamento di una simile voce. Non ne ho mai sentito parlare da alcuno, ma ho sempre raccolto anche dalle fonti romane parole di elogio e di stima nei confronti di Massimo Nobili. La sua mancata presenza accanto a noi nel gruppo dei più giovani «garzoni del legislatore» si spiega in un modo assai più semplice. Per i “professorini” – così i ministeriali chiamavano gli studiosi di poco più di trent’anni cooptati nelle Commissioni – l’ingresso nel gruppo di lavoro ministeriale era stato propiziato dalla presenza di un loro maestro, come è stato per Mario Chiavario, nominato al fianco di Giovanni Conso, e per me che ero stato chiamato nella compagine dei compilatori del futuro tessuto legislativo come giurista della cerchia del presidente prof. Gian Domenico Pisapia. Insomma, l’assenza di Massimo Nobili era dovuta alla circostanza davvero fortuita derivante dal fatto che il suo maestro, Giuseppe De Luca, non era stato chiamato a far parte della Commissione redigente probabilmente solo perché si sapeva che era troppo impegnato nella attività professionale forense. Per quel che so, dunque, non c’è stato alcun atteggiamento di ostilità nei confronti di Nobili: probabilmente la sua assenza ha reso meno nitido e appropriato il lavoro di stesura delle norme.

Mentre Cordero si era lasciato andare ad un atteggiamento umorale e sarcastico, Nobili aveva adottato una posizione critica, ma pacata e ragionevole. Il suo dissenso si era rivolto al sistema delineato dal nuovo legislatore con riferimento ai rapporti tra indagini preliminari e dibattimento, con particolare attenzione agli effetti derivanti dalla programmata perdita di valore probatorio degli atti investigativi compiuti dal pubblico ministero<sup>13</sup>. Si era così convinto che l’art. 326 c.p.p., nel definire lo scopo delle indagini preliminari come fase finalizzata alle investigazioni per l’esercizio dell’azione penale da parte del pubblico ministero, fosse una norma «che non dice il vero o non dice tutto il vero»<sup>14</sup>. E spiegava che questa disposizione «bugiarda» non confessava che in molte occasioni quei risultati investigativi erano capaci di uscire dalle mani dell’organo dell’accusa per diventare *pièces à conviction*, elementi di prova idonei a formare il convincimento del giudice sul merito della imputazione. E faceva numerosi esempi, come il recupero delle sommarie informazioni per sopravvenuta impossibilità di assumere come teste l’originario dichiarante nella successiva fase dibattimentale. E ancora, la contestazione delle dichiarazioni difformi nel corso

---

<sup>13</sup> M. NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio all’accusatorio non garantito*, in M. Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 20.

<sup>14</sup> M. NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio all’accusatorio non garantito*, cit., p. 23.

dell'esame del teste (art. 500 c.p.p.) e, infine, la piena utilizzabilità degli atti di indagine nella fase del giudizio abbreviato.

Si comprende che il rilievo del giurista bolognese, pur ineccepibile sotto il profilo della fondatezza, nasceva nella sua mente per la convinzione di una sorta di tradimento della purezza del modello accusatorio. Così come pensato da lui sulla scia di un rito virtuale parametrato su un archetipo ideale, così come avevano fatto anche, prima di lui, Carnelutti e Cordero. Tutti i paladini dell'accusatorio attivi a partire dal secondo dopoguerra avevano costruito un paradigma elaborato *in vitro* e sganciato però da ogni riferimento ad una precisa realtà processuale accreditata sul piano storico e su quello comparativo.

Carnelutti e Cordero, così come Nobili, non avevano messo a fuoco il processo accusatorio forgiato dalla concreta esperienza operativa dei sistemi vigenti in Inghilterra e negli Stati Uniti di America. Se lo avessero fatto, avrebbero tutti compreso che non esiste un *adversary system* come forma assoluta ed inderogabile che nega l'uso del prodotto investigativo come tale ai fini della decisione sul merito dell'accusa. È il *prosecutorial product* a costituire la base della applicazione della pena nel *plea bargaining*. E in Inghilterra, sono gli atti investigativi della polizia a costituire il materiale su cui il *Magistrate* edifica la decisione nel *summary trial*, il modello su cui si basa il nostro giudizio abbreviato.

Per quanto concerne poi il divieto di utilizzabilità degli atti investigativi nel dibattimento, è ben noto che la *common law* prevede molte eccezioni e tra queste proprio l'uso degli *inconsistent statements* del teste esaminato davanti alla giuria, con tutti i *distinguo* a proposito della legittimità di un uso degli stessi al fine di formare il materiale per il *verdict*.

Bisogna però riconoscere a Nobili di aver saputo resistere alla tentazione dello spunto critico demolitorio nella lettura delle norme del nuovo codice, per privilegiare un approccio costruttivo che, in molti casi, proponeva soluzioni volte a colmare le lacune del sistema. Esemplare l'analisi condotta sulle disposizioni pericolose in quanto generatrici di vuoti nella tutela del diritto di difesa, capaci di evocare la deriva di un nuovo rito accusatorio non garantito nella fase delle indagini preliminari.

Rilevata la mancanza di un obbligo del pubblico ministero di inserire le prove a discarico nel fascicolo trasmesso al giudice con la richiesta di applicazione di una misura cautelare personale (art. 291 c.p.p.), il giurista bolognese osservava che una simile voragine in danno della difesa per la conseguente amputazione della pienezza conoscitiva da parte del giudice *de libertate* costituiva un *vulnus* che non poteva essere

tollerato<sup>15</sup>. In tal modo egli creava il pungolo per spingere il legislatore a porre riparo alla lacuna, come infatti è poi avvenuto nel 1995, quando è stato integrato il testo dell'art. 309 c. 5 c.p.p. che precisa come in sede di riesame della misura *de libertate* il tribunale investito del controllo cautelare deve poter disporre delle prove a discarico, pure di quelle sopravvenute (art. 309 c. 5 c.p.p., come modificato dalla legge n. 332/1995). Con il medesimo provvedimento legislativo è stato inserito nel testo dell'art. 291 c.p.p. un riferimento specifico al dovere del pubblico ministero di produrre anche le prove a discarico quando richiede al giudice l'applicazione della misura. Il contributo di Massimo Nobili al riallineamento dell'originaria disciplina codicistica ai valori costituzionali non potrebbe essere più chiaro e inequivocabile.

---

<sup>15</sup> M. NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito*, (1989), ora in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., p. 30.

ABSTRACT

*Le vite parallele dei due studiosi, benché sfasate di una decina di anni, mettono in luce sorprendenti affinità. L'estro e la cultura di Franco Cordero si ritrovano anche in Massimo Nobili che riesce a pubblicare un volumetto costruito su una rete di citazioni letterarie. Entrambi poi rivelano un carattere talvolta spigoloso che li induce a manifestazioni di una inflessibilità reattiva verso situazione problematiche. I due giuristi scelgono nella ricerca sul processo penale un identico campo inconsueto: la prova penale come strumento indispensabile dell'accertamento giurisdizionale. Meno allineati invece gli atteggiamenti assunti verso il codice del 1988. Cordero ostenta dapprima una benevola attenzione che si trasforma poi in una critica tagliente motivata anche dalla avversione alla cultura di common law, vista come cattiva maestra del legislatore. Nobili invece esprime un orientamento più equilibrato con un apporto costruttivo nella revisione delle nuove norme.*

\* \* \*

CORDERO AND NOBILI, JURISTS OF HIGH PROFILE ON THE  
THRESHOLD OF A NEW CODE

ABSTRACT

*There is a link of similarities between two academic lawyers of high profile who worked in the field of the Italian criminal procedure in the recent past. Franco Cordero, professor at Rome University "La Sapienza", was not only a jurist, but before all a learned thinker and Massimo Nobili, professor at Bologna University, was too so far conversant with literature to write a book totally made of quotations from philosophers, novelists and political writers. Furthermore, the two lawyers took the view of developing their researches in the field of criminal evidence to discover the way the trier of fact elicits the truth. Cordero and Nobili show a different mind only when discussing the outcome of the new code of criminal procedure enacted in Italy in 1988. While they concurred in approving the choice to adopt the accusatorial model, Cordero disregarded the option in favour of the common law culture as a way of thinking too much rooted in the practice. On the contrary Massimo Nobili, notwithstanding his critical view of the pre-trial stage, took care of suggesting alternative features of the machinery regarding the role of the defence in the critical stages of the preliminary proceedings.*

**IL MORSO DELLE AGGRAVANTI NON-MORTE:  
ART. 61, N. 2, C.P. E CONCORSO FORMALE DI REATI A CONDOTTA VIOLENTA**

DAVIDE BIANCHI \*

SOMMARIO      1. Premessa: effetti dirompenti di aggravanti date per morte. – 2. Concorso formale di reati: l'inapplicabilità assoluta delle aggravanti consequenziali; la tendenziale applicabilità dell'aggravante teleologica. – 2.1. I casi controversi dei maltrattamenti in famiglia e della rapina impropria. – 3. La "violenza iniziale" e la "violenza sopravvenuta". – 4. In conclusione: un morso che (può) non affonda(re).

**1. Premessa: effetti dirompenti di aggravanti date per morte**

Come noto, l'art. 61, n. 2, c.p. prevede tre distinte ipotesi circostanziali: l'aver commesso il reato (*i*) per eseguirne un altro (c.d. nesso teleologico), (*ii*) per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo di un altro reato (c.d. nesso paratattico), (*iii*) per occultare un altro reato o per conseguirne l'impunità (c.d. nesso ipotattico)<sup>1</sup>. Spesso, però, le ultime due ipotesi vengono riunite sotto la denominazione «connessione consequenziale» (o espressioni similari), rimarcandosi comunque la differenza rispetto all'aggravante teleologica (o finalistica)<sup>2</sup>.

Come altrettanto noto, buona parte della dottrina, in considerazione dell'introduzione del reato continuato eterogeneo ad opera della novella del 1974, aveva sostenuto l'abrogazione tacita delle circostanze in discorso, quantomeno di quella sub (*i*). Se, seguendo l'interpretazione prevalente, si riconosce nel «medesimo disegno criminoso» non solo un elemento rappresentativo (la previa rappresentazione della sequenza criminosa) ma anche un elemento finalistico (la preordinazione della sequenza criminosa al raggiungimento di un unico fine sufficientemente definito), risulta abbastanza evidente l'area di sovrapposizione con l'art. 61, n. 2, c.p.: resterebbero fuori dai confini del requisito soggettivo caratteristico del reato continuato solo alcune ipotesi di nesso consequenziale (quando il reato successivo non è stato previsto prima

---

\* Ricercatore di diritto penale (rtd-b) nell'Università degli Studi di Torino.

Si ringraziano i Colleghi ed amici Anna Costantini e Gherardo Minicucci per i preziosi spunti offerti durante la "condivisione del pane".

<sup>1</sup> V. per tutti A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, 469.

<sup>2</sup> V. per tutti T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 216.

dell'esecuzione del reato principale)<sup>3</sup>. Ritenendo tuttora pienamente vigenti le disposizioni circostanziali *de quibus*, si ammetterebbe allora l'assurdo che, rispetto ad un elemento soggettivo largamente coincidente, l'ordinamento esprima due valutazioni esattamente opposte, disponendo al contempo la mitigazione del trattamento sanzionatorio (con il cumulo giuridico delle pene) *ex art. 81, comma 2, c.p.* e il suo aggravamento *ex art. 61, n. 2, c.p.*<sup>4</sup>.

Nonostante queste perplessità dottrinali, la giurisprudenza è però univoca nel senso di ritenere vive e vegete le aggravanti teleologica e consequenziali, escludendo profili d'incompatibilità con l'istituto del reato continuato<sup>5</sup>. Così esse continuano a vagare nel flusso del diritto vivente, trovando frequentissima applicazione.

Si noti peraltro che si tratta di aggravanti "mordaci". In via generale, comportano l'effetto comune di inasprimento della pena-base fino ad un 1/3; in ipotesi specifiche di grande rilevanza pratica, hanno effetti ben più consistenti: ai sensi dell'art. 576, comma 1, n. 1, c.p., in riferimento all'omicidio doloso, determinano l'applicazione dell'ergastolo, con la conseguente inespugnabilità del rito abbreviato (stante la preclusione di cui all'art. 438, comma 1-*bis*, c.p.p.)<sup>6</sup>; ai sensi dell'art. 585 c.p., in riferimento

<sup>3</sup> L'aggravante teleologica invece pare integrare sempre anche il medesimo disegno criminoso, avendosi un reato che risulta preordinato all'esecuzione di un altro, il quale ultimo dunque non può che conferire al primo reato il proprio stesso fine (ed essendo immancabile la previa rappresentazione). Resta fermo, però, che può aversi continuazione di reati in assenza di nesso teleologico tra gli stessi: occorre sì che i vari reati siano unificati, oltre che dalla previa rappresentazione, dal medesimo fine ma quest'ultimo può esser perseguito dal reo senza che l'un reato costituisca il mezzo per eseguire l'altro.

<sup>4</sup> V. per tutti G. de Vero, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2024, 597 s.; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2023, 453; C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, Utet-WK, 2020, 502; F. Mantovani-G. Flora, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam-WK, 2023, 508 s.; *contra* T. Padovani, *op. cit.*, 217; S. Preziosi, *Le circostanze del reato*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, Utet, 2013, 860 s.

<sup>5</sup> *Ex multis*, Cass., Sez. I, 11 ottobre 2017, n. 16881, in *Dejure*, per cui «deve ribadirsi il principio di diritto secondo cui - in via generale e salvo a verificarne la congruenza in relazione alla concreta fattispecie - non sussiste, pur dopo la modifica incisiva del reato continuato introdotta dalla novella di cui al D.L. n. 99 del 1974, conv. dalla L. n. 220 del 1974, un'incompatibilità logico-giuridica tra la continuazione e la circostanza aggravante del nesso teleologico, agendo, la prima, sul piano della riconducibilità di più reati ad un comune programma criminoso ed essendo, la seconda, connotata dall'accertamento della strumentalità di un reato rispetto ad un altro».

<sup>6</sup> Preclusione processuale recentemente "convalidata" da Corte cost., sent. n. 2/2025 (nella sua «comune interpretazione», ricomprendendosi quindi tanto i delitti puniti *ex se* con la pena perpetua quanto quelli punibili con tale pena massima in forza di circostanze aggravanti ad efficacia speciale).

Peraltro, l'integrazione della fattispecie d'omicidio circostanziata *ex art. 576, comma 1, n. 1, c.p.* preclude anche l'applicazione della sospensione del procedimento con messa alla prova nel diritto

alle lesioni personali, alle mutilazioni degli organi genitali femminili, alla deformazione permanente del viso e all'omicidio preterintenzionale, comportano l'aumento della pena da un terzo alla metà, oltre alla procedibilità d'ufficio per le lesioni produttive di una malattia pari o inferiore a venti giorni (art. 582, comma 2, c.p.).

Effetti d'estremo rilievo di aggravanti – preme subito evidenziarlo – di *natura soggettiva*, costantemente ricondotte ad una *ratio* di «maggior riprovevolezza etica» e di «più alta pericolosità sociale» di chi delinqua al fine di ulteriormente delinquere o di godere dei frutti del precedente agire delittuoso<sup>7</sup>.

## **2. Concorso formale di reati: l'inapplicabilità assoluta delle aggravanti consequenziali; la tendenziale applicabilità dell'aggravante teleologica**

Una volta ammessa la sopravvivenza delle norme circostanziali in discorso, altra questione di peso è quella della loro applicabilità nelle ipotesi di concorso formale di reati.

Dato che esse s'incentrano sulla connessione tra un reato strumentale e infine dipendente e «un altro reato» principale (in quanto fine oppure necessario presupposto del primo), autorevole dottrina ha ritenuto indispensabile una distinzione cronologica tra la condotta costitutiva del primo reato e quella costitutiva del secondo<sup>8</sup>.

Al contrario, da tempo risalente, la giurisprudenza maggioritaria ritiene perfettamente ammissibile l'applicazione dell'art. 61, n. 2, c.p. ai casi di concorso formale,

---

penale minorile, in forza del nuovo comma 5-*bis* dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988 (introdotto dalla l. n. 159/2023, in sede di conversione del d.l. n. 123/2023).

<sup>7</sup> Cfr. per tutte Cass., Sez. I, ord. 22 maggio 2025, n. 23353, in *Onelegale*; già Cass., Sez. Un., 29 novembre 1958, n. 19, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 937 ss., con nota di C. Pedrazzi, secondo la quale «il fondamento e la ragione giustificatrice dell'aggravante in esame vanno ricercati nella maggiore perversità e pericolosità del reo desunta dalla particolarità del movente e dalla più intensa criminalità dell'azione». Al netto della inflessione eticista, anche in dottrina è riconosciuto un fondamento soggettivistico a cavallo tra maggiore colpevolezza e maggiore pericolosità: v., con varietà d'accenti, C. Pedrazzi, *op. cit.*, 937; A. Vallini, *Circostanze del reato*, in G. De Francesco (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Giappichelli, 2011, 33; fa riferimento alla sola «maggior pericolosità o capacità a delinquere» S. Preziosi, *op. cit.*, 869.

<sup>8</sup> Così F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, 447; T. Padovani, *op. cit.*, 216 s.; A. Pagliaro, *op. cit.*, 470; *contra* F. Mantovani-G. Flora, *op. cit.*, 418; S. Preziosi, *op. cit.*, 860; nonché buona parte della dottrina meno recente: v. E. Zappalà, *L'aggravante della connessione teleologica e il concorso dei reati commessi mediante violenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 533 e nota 3, e Autori ivi citati. Per così dire "intermedia" la posizione di C. Pedrazzi, *op. cit.*, 938 s., secondo cui l'aggravante teleologica non potrebbe trovare applicazione «là dove il soggetto avverta un'unica offesa», considerato che «Psicologicamente un rapporto da mezzo a fine presuppone che i due termini vengano percepiti come distinti dal soggetto che il rapporto istituisce».

ricostruendo in termini puramente logici il rapporto tra il reato dipendente e quello principale e, dunque, escludendo la necessità di una scansione temporale<sup>9</sup>.

Ora, specie se si valorizza la *ratio* puramente soggettiva delle aggravanti *de quibus*, queste non appaiono del tutto inconciliabili con l'unicità di condotta naturalistica: in termini generali e astratti, si può ammettere l'esistenza d'un nesso teleologico laddove il reato-fine non si esaurisca nella stessa identica condotta con cui si realizza il reato-mezzo (avendo quindi uno sviluppo offensivo ulteriore); si pensi al caso classico dell'uso di cambiale falsa (rilevante ai sensi dell'art. 491, comma 2, c.p.) al fine di perpetrare una truffa (la quale ovviamente presenta elementi di tipicità ulteriori rispetto alla condotta fraudolenta, nel caso di specie realizzata commettendo altro reato: i concatenati eventi dell'effettiva induzione in errore, della disposizione patrimoniale, dell'altrui danno e del profitto ingiusto)<sup>10</sup>.

Va però rilevato che il discorso pare non reggere rispetto alle aggravanti consequenziali, le quali presuppongono necessariamente il perfezionamento del reato principale<sup>11</sup> e, pertanto, sembrano implicare una distinzione anche cronologica tra gli illeciti connessi, i quali dunque dovranno scaturire da condotte diverse, pur eventualmente contestuali. D'altronde, in uno dei casi più classici di connessione consequenziale, quello dell'occultamento del cadavere della vittima di omicidio, è lo stesso tipo criminoso del reato dipendente (*ex art. 412 c.p.*) ad estromettere ogni possibilità di sovrapposizione con la condotta omicidiaria, configurando il «cadavere» (ossia il risultato di un omicidio consumato) come presupposto della condotta d'occultamento.

Si potrebbe inoltre rilevare che, a seguito della riforma del '74, come v'è una incongruenza tra la disciplina del reato continuato e quella delle aggravanti di cui all'art. 61, n. 2, c.p., così v'è una frizione di fondo anche rispetto all'istituto del

<sup>9</sup> Così Cass., Sez. Un., 29 novembre 1958, cit., per cui «quando un reato sia intenzionalmente commesso allo scopo, unico o concorrente, di eseguirne un altro, l'aggravante del nesso teleologico sussist[e] sempre, indipendentemente da qualsiasi considerazione di ordine cronologico tra un reato e l'altro». Il principio è costantemente ribadito in materia di lesioni personali ai danni del pubblico ufficiale realizzate per resistere al compimento dell'atto d'ufficio (concorso formale tra i delitti di cui agli artt. 582 e 337 c.p.) e di lesioni od omicidio (consumato o tentato) direttamente funzionali alla sottrazione-impossessamento patrimoniale (concorso formale tra i delitti di cui agli artt. 582 o 575, eventualmente nella forma tentata, e 628, comma 1, c.p.): cfr. la giurisprudenza riportata da B. Fragasso, *Art. 61*, in E. Dolcini-G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, WK, 2025, 1024; M. Lombardo, *Art. 61*, in M. Ronco-B. Romano (a cura di), *Codice Penale commentato on line*, par. 2, in *Onelegale*.

<sup>10</sup> L'esempio è tratto da F. Antolisei, *op. cit.*, loc. cit., il quale però esclude l'applicabilità dell'art. 61, n. 2, c.p.

<sup>11</sup> O l'avvenuta esecuzione del tentativo delittuoso: cfr. T. Padovani, *op. cit.*, 217; B. Fragasso, *op. cit.*, 1023; M. Lombardo, *op. cit.*, loc. cit.

concorso formale, il quale parimenti stabilisce un notevole alleggerimento del carico sanzionatorio (dal 1974, il cumulo giuridico è previsto tanto per il reato continuato eterogeneo quanto per il concorso formale) in virtù di una diminuita colpevolezza in senso normativo (essendovi una sostanziale unicità della risoluzione criminosa, in questo caso espressa non con un'unica serie di reati cementati dal medesimo fine ma addirittura con un unico comportamento materiale<sup>12</sup>).

Ma soprattutto, come vedremo meglio nei prossimi paragrafi, la stessa giurisprudenza risulta spaccata relativamente a due ipotesi di notevole importanza applicativa: le lesioni personali commesse nel contesto del delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi; le lesioni personali o l'omicidio (consumato o tentato) commessi nel contesto del delitto di rapina impropria. Tale spaccatura, per un verso, rivela un'inquietudine rispetto allo stesso postulato generale dell'applicabilità dell'aggravante teleologica nei casi di unicità della condotta naturalistica (pur con plurima qualificazione giuridico-penale) e, per altro verso, induce una rinnovata riflessione sul ruolo di siffatta circostanza in rapporto alle figure di reato incentrate sulla violenza-mezzo.

### 2.1. – *I casi controversi dei maltrattamenti in famiglia e della rapina impropria*

Quanto al delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi realizzato mediante condotte fisicamente lesive (oltre la soglia delle percosse), fermo restando il concorso (reale) di reati (dunque escludendosi ogni assorbimento), un consistente filone giurisprudenziale esclude recisamente la possibilità di applicazione dell'aggravante finalistica. La – succinta – argomentazione che viene di volta in volta ripetuta è la seguente: «non è configurabile la circostanza aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 2 in relazione al reato di lesioni personali lievi commesso in attuazione della condotta propria del delitto di maltrattamenti in famiglia, atteso che il nesso teleologico necessario per la sussistenza della suddetta aggravante esige che le azioni esecutive dei due diversi reati che pone in relazione siano distinte»<sup>13</sup>. Si tratta di un orientamento per così

---

<sup>12</sup> Sulla *ratio* dell'estensione del cumulo giuridico al concorso formale, v. per tutti F. Palazzo-R. Bartoli, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2023, 528.

<sup>13</sup> *Inter alia*, Cass., Sez. VI, 6 dicembre 2018, n. 6803; Cass., Sez. VI, 14 novembre 2018, n. 4842; Cass., Sez. VI, 10 febbraio 2017, n. 15487; Cass., Sez. III, 5 ottobre 2016, n. 3073; Cass., Sez. VI, 19 marzo 2014, n. 15142, secondo cui l'aggravante finalistica va esclusa «atteso che il riconoscimento del nesso teleologico presuppone che le azioni costitutive dei due diversi reati siano oggettivamente distinte, elemento che non ricorre nel rapporto tra il reato di maltrattamenti e quello di lesioni personali, ove quest'ultimo, come nella specie, costituisca un episodio del primo»; già si era orientata in tal senso Cass., Sez. VI, 3 maggio 2011, n. 19700 (sentenze tutte reperibili in *Onelegale*).

dire “eretico”, che – almeno con riferimento a queste ipotesi di reato – sconfessa il “dogma” (giurisprudenziale) della piana applicabilità dell’art. 61, n. 2, c.p. ai casi di concorso formale.

Non stupisce molto che, in relazione a quelle stesse ipotesi, negli ultimi anni stia prendendo campo un orientamento avverso, che fa leva proprio sulla generalizzata affermazione di quel “dogma”: «la circostanza aggravante del nesso teleologico è configurabile anche in ipotesi di concorso formale di reati, non richiedendo una alterità di condotte quanto piuttosto la specifica finalizzazione del reato alla realizzazione dell’altro [...] è configurabile indipendentemente dall’unicità o pluralità delle condotte criminose o dalla contestualità di queste ultime, essendo sufficiente che la volontà del soggetto agente sia diretta alla commissione del reato fine e che a tale scopo egli sia servito del reato mezzo. Del resto, non sussistono limiti normativi o logici per ritenere che con un’azione contestuale possano commettersi due reati con la specifica funzionalizzazione dell’uno alla realizzazione dell’altro. L’unica verifica da svolgere è quella soggettiva sulla sussistenza della finalizzazione della condotta del reato di lesioni alla realizzazione di quello di maltrattamenti sotto il profilo del coefficiente psicologico»<sup>14</sup>.

Altrettanto netto il contrasto giurisprudenziale che ormai da diversi anni perdura in tema di rapina impropria e che, in tempi recentissimi, ha dato luogo alla remissione della *quaestio iuris* alle Sezioni Unite<sup>15</sup>. Significativamente più articolati, però, gli apparati argomentativi che sorreggono i contrapposti orientamenti.

Quello contrario all’applicabilità dell’art. 61, n. 2, c.p. non poggia sull’assunto della necessità della pluralità delle condotte materiali (sulla pretesa inconciliabilità col concorso formale), tant’è che riconosce pianamente la possibilità di applicare l’aggravante teleologica nei casi di condotta lesiva o letale funzionale alla perpetrazione d’una rapina propria (condotta violenta materialmente unitaria ma rilevante tanto ai sensi dell’art. 582 o dell’art. 575 c.p. quanto ai sensi dell’art. 628, comma 1, c.p.). L’argomento principe è un altro, strettamente legato all’art. 15 c.p., ossia alla fondamentale regola generale per cui la norma speciale prevale su quella generale (escludendola): «la violenza o minaccia adoperata dopo la sottrazione di una cosa mobile altrui, per assicurare a sè o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sè o ad altri l’impunità, è elemento costitutivo della rapina impropria, di cui all’art. 628 primo

---

<sup>14</sup> Così Cass., Sez. VI, 19 aprile 2023, n. 23060. Favorevoli all’applicazione dell’aggravante teleologica anche Cass., Sez. V, 12 ottobre 2020, n. 34504; Cass., Sez. VI, 13 aprile 2017, n. 32951 (sentenze tutte reperibili in *Onelegale*).

<sup>15</sup> Cass., Sez. I, ord. 22 maggio 2025, n. 23353, cit.

cpv., valutato dal legislatore per configurare tale fattispecie di reato e pertanto, non può essere valutata una seconda volta a titolo di circostanza aggravante del nesso teleologico prevista dall'art. 576 n. 1, in relazione all'art. 61 n. 2 c.p.»<sup>16</sup>. Ancora, più recentemente e più diffusamente: «l'aggravante del nesso finalistico tra omicidio e rapina andrebbe di certo mantenuta in ipotesi di rapina 'propria', commessa immediatamente dopo l'omicidio, posto che in tal caso il delitto di omicidio si configura come reato-mezzo e viene commesso 'per eseguire' la rapina ad esso posteriore. In simile evenienza, l'unico profilo di potenziale 'assorbimento' riguarda una delle modalità commissive (la violenza, [...]) ma ciò che rileva ai fini dell'aggravante è essenzialmente il profilo soggettivo (l'aver previamente deliberato l'omicidio a scopo di rapina) e la coincidenza di modalità commissive non è di tale entità da determinare un reale fenomeno di assorbimento dell'aggravante. Ben diverso è il caso dell'omicidio commesso "immediatamente dopo" l'impossessamento (rapina impropria) ed al fine di assicurarsi l'impunità. In detta seconda ipotesi ad essere in parte coincidenti (tra il reato concorrente e l'aggravante dell'omicidio) non sono solo le modalità commissive (la violenza) ma soprattutto il finalismo dell'azione (violenza per assicurarsi l'impunità), aspetto che finisce con essere incriminato due volte, la prima quale elemento costitutivo della rapina impropria, la seconda come elemento che caratterizza l'aggravante del delitto di omicidio»<sup>17</sup>.

Insomma, ferma restando la sussistenza del concorso formale di reati anche in ipotesi di rapina impropria (né le lesioni né tantomeno l'omicidio vengono in questa assorbiti), richiamandosi – talora implicitamente talaltra esplicitamente – il principio di specialità, viene individuato un rapporto di genere a specie tra la norma circostanziale e la norma incriminatrice di cui all'art. 628, comma 2, c.p. Quest'ultima incorporerebbe l'elemento intenzionale in cui consiste l'art. 61, n. 2, c.p., in quanto la finalità di assicurarsi il provento criminoso o l'impunità coincidono con il dolo specifico tipico della rapina impropria; quel medesimo elemento, dunque, non potrebbe essere posto due volte a carico del medesimo agente. È proprio la natura prettamente soggettiva dell'aggravante a condurre a tale sovrapposizione e quindi all'esito dell'assorbimento.

L'individuazione di un rapporto di specialità tra circostanza e fatto tipico "ribaltato" rispetto a quello cui siamo abituati può di primo acchito lasciare perplessi, ma si deve considerare che le pronunce in parola non si riferiscono al rapporto tra fattispecie

---

<sup>16</sup> Massima ufficiale tratta da Cass., Sez. I, 1° giugno 1990, n. 12359; conformi, tra le altre, Cass., Sez. I, 18 marzo 1996, n. 5189; Cass., Sez. I, 16 novembre 2006, n. 42371; Cass., Sez. I, 21 giugno 2017, n. 51457; Cass., Sez. I, 11 maggio 2022, n. 33117; Cass., Sez. I, 4 aprile 2023, n. 37070 (sentenze tutte reperibili in *Dejure*).

<sup>17</sup> Così Cass., Sez. I, 11 maggio 2022, n. 33117, cit.

incriminatrice e *fattispecie circostanziata*, che ovviamente vede la necessaria specialità di quest'ultima, ma alla continenza (per sostanziale coincidenza) del contenuto della *norma circostanziale* in uno degli elementi essenziali del fatto tipico<sup>18</sup>. D'altronde, come chiariremo a brevissimo, nei casi in esame la fattispecie circostanziata nasce dalla combinazione dell'elemento accidentale con il reato dipendente e non con il reato principale, che è quello che risulta assorbente (rispetto alla sola circostanza).

Il filone contrapposto – affermativo dell'applicabilità dell'art. 61, n. 2, c.p. – muove invece dal piano oggettivo, rilevando anzitutto l'«esorbitanza» della violenza atta ad integrare i reati di lesioni personali e *a fortiori* di omicidio rispetto a quella necessaria a soddisfare lo scopo lucrativo, potendo ritenersi assorbito – *ex art.* 581, comma 2, c.p. – solo quel *minimum* costituito dalle mere percosse: «Nell'ipotesi in cui, invece, la violenza concretamente presenti un *quid pluris* rispetto alle percosse, cagionando una malattia nel corpo o nella mente, si configura, accanto al delitto di rapina impropria, l'ulteriore ipotesi di cui all'art. 582 c.p. I delitti di rapina e di lesione personale, così distintamente delineatisi, possono essere legati da un nesso teleologico, laddove l'uno sia realizzato “per portare a compimento od occultare, ovvero per conseguire o assicurare il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità” per l'altro reato»<sup>19</sup>. L'indirizzo in parola si premura poi di contrastare l'argomento principe dell'orientamento “negativo”: «Non osta a ciò neppure la considerazione per cui in questo caso vi sarebbe una duplicazione di valutazione della sussistenza del “fine di conseguire il risultato del reato o l'impunità”, il che integra sia l'elemento psicologico del delitto di rapina impropria sia il contenuto dell'aggravante teleologica. Invero, non vi è alcuna duplicazione, dal momento che il dolo specifico del delitto di rapina esaurisce la sua funzione entro i confini di tale fattispecie e risiede – nel caso della rapina c.d. impropria che qui interessa – nello scopo di assicurare per sé o per altri il possesso della cosa sottratta o l'impunità mediante la realizzazione di una violenza ascrivibile

<sup>18</sup> Non si tratta quindi del “rovescio negativo” dell'ipotesi di reato aggravato che assorbe diverso reato oggetto della circostanza aggravante speciale; ipotesi su cui si è recentemente pronunciata la Cassazione riunita, riconoscendo l'assorbimento del delitto di atti persecutori nell'omicidio aggravato *ex art.* 575, n. 5.1, c.p.: Cass., Sez. Un., 15 luglio 2021, n. 38402, in *Giur. it.*, 2022, con nota adesiva di A. Vallini, *Lo stalking finito in tragedia e il reato complesso: un'altra “prova tecnica” di ne bis in idem sostanziale*, 1218 ss.

<sup>19</sup> Così Cass., Sez. II, 22 gennaio 2021, n. 9865; conformi, tra le altre, Cass., Sez. II, 9 aprile 2021, n. 22473; Cass., Sez. II, 12 aprile 2022, n. 19567; Cass., Sez. I, 25 maggio 2022, n. 46869; Cass., Sez. II, 11 marzo 2025, n. 23119. Già prima, nel senso dell'applicabilità dell'aggravante teleologica, si erano espresse Cass., Sez. II, del 5 marzo 2019, n. 21458, Cass., Sez. I, 5 febbraio 2019, n. 21730; Cass., Sez. I, 21 marzo 2017, 18116; Cass., Sez. II, 22 settembre 2011, n. 36901 (sentenze tutte reperibili in *Onelegale*).

alle percosse. L'aggravante teleologica, invece, lega due autonome fattispecie di reato, non sovrapponibili»<sup>20</sup>.

Ora, l'argomento della «esorbitanza» appare poco convincente. Se questa si intende come eccedenza in concreto «rispetto al soddisfacimento dell'interesse di lucro perseguito», come esorbitanza della violenza «rispetto a quella strettamente funzionale alla esecuzione della rapina»<sup>21</sup>, si può dubitare della stessa sussistenza di una connessione teleologica: se la condotta lesiva o letale eccede lo scopo alternativo di consolidamento del possesso o di ottenimento dell'impunità, a rigore non risulterebbe propriamente strumentale rispetto a questo; l'eccesso della violenza rispetto alla funzionalità predatoria rivela una mera occasionalità più che il rapporto di strumentalità richiesto dalla norma circostanziale («l'aver commesso il reato per eseguirne [...] un altro»). Se invece si intende che «la qualità e l'intensità della violenza necessarie a determinare lesioni [e a maggior ragione l'omicidio] in quanto esorbitanti nel fine dalla misura sufficiente per integrare il delitto di rapina impropria ne giustifica, secondo la legge, la resistenza in una valutazione [...] autonoma rispetto ad altre e diverse fattispecie pur integrate dall'elemento della violenza»<sup>22</sup>, ci si limita a constatare che ciò che supera la soglia dell'assorbimento *ex lege* (la violenza eccedente le percosse) dà luogo ad una pluralità di reati (pur commessi con un'unica azione). Verissimo, ma questo rilievo appare del tutto inconferente rispetto al tema in discussione: nessuno nega che si sia in presenza di un concorso reale (sebbene formale) tra i delitti di sangue e quello di rapina, il punto è capire se ai primi è applicabile l'aggravante teleologica (o quelle consequenziali). Il fatto che vi sia un esercizio di violenza tale da precludere ogni prospettiva di assorbimento di un reato nell'altro, niente dice sulla possibilità di ritenere integrata la norma circostanziale. Anche l'orientamento avverso

---

<sup>20</sup> Sempre Cass., Sez. II, 22 gennaio 2021, n. 9865, cit. Anche A. Macchia, *Brevi note sul concorso tra rapina impropria e omicidio (o lesioni) e configurabilità dell'aggravante del nesso teleologico*, in *Cass. pen.*, 2024, 1120, esclude la plausibilità della tesi dell'assorbimento, seguendo però un percorso argomentativo parzialmente diverso: partendo dal presupposto – non condiviso in giurisprudenza – che l'aggravante teleologica non ammetta il dolo indiretto, rileva come l'art. 61 n. 2 c.p. richieda un reato finalizzato, il quale denota un'antigiuridicità aggravata, «che soltanto attraverso l'applicazione della fattispecie circostanziale vede esaurita la propria portata sul versante della offensività. In sostanza, è l'applicazione “in positivo” del principio del *ne bis in idem* sostanziale». Non prende invece posizione Corte cost., sent. n. 260/2022 (confermativa della legittimità costituzionale dell'equiparazione legislativa tra la rapina impropria con dolo di possesso e quella con dolo d'impunità), limitandosi ad indicare, in relazione all'art. 61, n. 2, c.p., come «dibattuta» la «questione della possibilità del concorso o della necessità dell'assorbimento rispetto alla stessa rapina impropria».

<sup>21</sup> Cass., Sez. I, 25 maggio 2022, n. 46869, cit.

<sup>22</sup> Cass., Sez. II, 22 settembre 2011, n. 36901, cit.

parte dal medesimo punto di partenza: l'esistenza di un concorso formale di reati<sup>23</sup>.

Non sembra irresistibile nemmeno l'argomento che punta a distinguere il dolo specifico *ex art. 628, comma 2, c.p.* dall'elemento intenzionale *ex art. 61, n. 2, c.p.*, facendo leva sulla loro logica normativa: secondo la ricostruzione giurisprudenziale in esame, il primo «esaurisce la sua funzione nell'ambito di tale fattispecie [la rapina impropria], contenendo l'estensione della rilevanza penale dell'esercizio della minaccia o della violenza; viceversa, l'aggravante teleologica di cui all'art. 61 c.p., comma 1, n. 2, lega due autonome fattispecie di reato»<sup>24</sup>. Vero che la circostanza accede ad un reato diverso dalla rapina (ad essere eventualmente aggravati sarebbero le lesioni o l'omicidio), ma altrettanto vero che la peculiare dimensione soggettiva prevista nella disposizione circostanziale coincide con gli scopi della condotta violenta tipizzati all'art. 628, comma 2, c.p. e che, stante l'unicità di condotta naturalistica, v'è una piena sovrapposizione anche in concreto; da qui un inammissibile *bis in idem*, laddove si applicasse anche l'art. 61, n. 2, c.p. La contro-argomentazione del filone "affermativo" in punto di elemento soggettivo, allora, non sembra decisiva ma consente di precisare in che termini opera l'assorbimento dell'aggravante nel dolo specifico di rapina impropria: la norma circostanziale non si applica a quest'ultima e dunque non può esservi nessun assorbimento "endogeno", ma ciò non toglie che il fine illecito contemplato nell'art. 61, n. 2, c.p. – garanzia dell'impunità o del possesso del *fructum sceleris* – è già compiutamente ricompreso nello stesso disvalore tipico *ex art. 628, comma 2, c.p.*; pertanto, nei casi di concorso formale con reati aventi (in concreto) quel medesimo fine, questo non può esser conteggiato due volte a carico del medesimo soggetto attivo. Semmai si potrebbe notare che questo ragionamento sull'assorbimento non pare avere ad oggetto tanto l'aggravante teleologica quanto quelle consequenziali.

Ma altri argomenti militano a sostegno della soluzione "negativa".

### 3. La "violenza iniziale" e la "violenza sopravvenuta"

Nei reati che s'incentrano sull'impiego della violenza per uno scopo determinato<sup>25</sup>, dove cioè le colonne portanti della tipicità sono date dalla condotta fisicamente

---

<sup>23</sup> Anche A. Macchia, *op. cit.*, 1118 s., ritiene non persuasiva la tesi dell'esorbitanza, ma per un diverso motivo: «perché postula l'adesione ad un concetto di "violenza graduabile" del tutto eccentrica rispetto alla struttura del reato e del tutto priva dei connotati di tipicità».

<sup>24</sup> Cass., Sez. I, 21 marzo 2017, n. 18116, cit.

<sup>25</sup> Dove quindi la violenza è "mezzo" e non "fine"; per questa distinzione fondamentale v. per tutti

aggressiva e dalla sua funzionalizzazione rispetto ad un fine specifico (come appunto nella rapina), pare possibile distinguere ipotesi di “violenza iniziale” – la condotta fisicamente aggressiva innesca, mette in moto la dinamica offensiva e come tale è rappresentata e voluta fin dall’inizio dall’agente (come nella rapina propria, ma anche nella violenza o nella resistenza a pubblico ufficiale, nella violenza privata etc.) – e ipotesi, più rare, di “violenza sopravvenuta” – la condotta fisicamente aggressiva interviene nel corso d’una dinamica offensiva già avviata, senza esser stata necessariamente preventivata sin dall’inizio (come nella rapina impropria). In entrambe le ipotesi, qualora la medesima condotta fisicamente aggressiva integri anche un diverso reato a base violenta (come appunto le lesioni o l’omicidio volontari) configurando un concorso formale, gli spazi applicativi per l’art. 61, n. 2, c.p. appaiono invero estremamente ridotti, seppur per ragioni parzialmente diverse.

Quanto alle più frequenti ipotesi di “violenza iniziale”, sviluppando i rilievi a conclusione del paragrafo precedente, si può osservare che se è vero che a livello di logica astratta non si può escludere *a priori* l’aggravante teleologica (mentre, come detto, restano fuori gioco quelle consequenziali) in presenza di un unico comportamento materiale con plurima qualificazione giuridico-penale, tuttavia non si può nemmeno trascurare che l’offesa tipica in cui consistono tali reati incentrati sulla violenza-mezzo già contempla l’elemento finalistico dato dalla *funzionalizzazione della condotta violenta* rispetto allo sviluppo e compimento della dinamica offensiva. Sia che sia prevista nella forma del dolo specifico – ove lo scopo perseguito mediante l’espletamento della violenza possa restare concretamente inattuato (come nella resistenza o nella violenza a pubblico ufficiale) – sia che sia tradotta come elemento materiale riflesso nel dolo generico – ove lo scopo perseguito mediante la condotta violenta debba concretizzarsi ai fini del perfezionamento del reato (come l’impossessamento della cosa mobile altrui nella rapina propria) – siffatta funzionalizzazione costituisce l’asse (o uno degli assi) del tipo criminoso.

Appare allora una forzatura riattribuire all’agente tale elemento teleologico a titolo circostanziale, quando esso – nella sua dimensione sia soggettiva sia oggettiva (anche laddove non sia richiesta la concretizzazione dello scopo divisato dall’agente, esso costituisce comunque ciò che plasma e indirizza la condotta aggressiva) – fonda

---

F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Cedam-WK, 2022, 282 ss.; G. De Simone, voce *Violenza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 887 ss., il quale propone invero una tripartizione, sottolineando che la violenza non sempre è (tipizzata come) strumentale e, anche quando strumentale, non sempre è strumento di coercizione, dato che «la violenza può essere anche fine a sé stessa oppure essere prevista come modalità di una condotta diversa dal costringimento» (889).

la tipicità del reato principale. Nei casi di concorso formale, quella funzionalizzazione della violenza non solo è unica nei fatti ma il suo disvalore è anche già interamente espresso dalla norma incriminatrice del reato-fine, sicché il suo doppio conteggio (*in peius*) anche quale circostanza aggravante del reato-mezzo sembra violare il principio del *ne bis in idem*.

Consimile ragionamento pare estensibile anche alle ipotesi di “violenza sopravvenuta”, che sono comunque incentrate – a livello di tipicità – su di una condotta violenta finalizzata al raggiungimento d’uno scopo specifico. Ma in riferimento a tali ipotesi sembra emergere un argomento ancor più tranciante.

Infatti, se la condotta violenta si colloca non “a monte” della dinamica offensiva ma “a valle”, o comunque “nel corso” di questa, significa che altra diversa e precedente condotta tipica (e offensiva) è già stata tenuta, come appunto nella rapina impropria, dove l’uso della violenza alla persona segue l’aggressione puramente patrimoniale. Ciò posto, appare addirittura impossibile – già su di un piano squisitamente logico – che l’ulteriore reato integrato dalla medesima condotta violenta sopravvenuta possa esser considerato mezzo del reato principale. Quella condotta violenta infatti non potrà mai esser considerata funzionale alla realizzazione dell’intera offesa tipica di cui consta il reato principale, poiché tale offesa tipica è già stata in parte realizzata, la dinamica offensiva è già stata avviata autonomamente rispetto alla violenza, cosicché sembra davvero arduo considerare quest’ultima come suo strumento esecutivo.

Al massimo, la violenza sopravvenuta potrà risultare funzionale ad un ulteriore terminale segmento della dinamica offensiva ma certamente non potrà dirsi funzionale alla realizzazione dell’intero reato, che in parte è già stato realizzato. Ciò appare tanto più vero in un reato come la rapina impropria, dove la violenza è sì “funzionalizzata” ma a scopi che non debbono necessariamente esser concretizzati, essendo tipizzati quali oggetto del dolo specifico: qui il piano oggettivo dell’offesa è inizialmente integrato dalla condotta sottrattiva e s’ esaurisce con l’aggressione alla persona, che quindi risulta il momento finale del fatto materiale. Essendo preceduta da una porzione essenziale dell’offesa tipica (l’aggressione al patrimonio) e costituendo essa stessa la conclusione della dinamica offensiva, tale violenza sopravvenuta non può certo dirsi mezzo di esecuzione del reato, a meno che, con una notevole forzatura, non si voglia considerare un segmento del fatto tipico equivalente all’intero. Se dunque quella violenza sopravvenuta, a maggior ragione se “terminale” (come nella struttura dell’art. 628, comma 2, c.p.), integra anche un ulteriore reato in concorso formale, rispetto a questo secondo reato, anch’esso evidentemente sopravvenuto e terminale (essendo

eseguito con la medesima condotta violenta), difettano in radice i presupposti dell'aggravante teleologica. Non può, di fatti, ravvisarsi un rapporto mezzo-fine tra i due reati concorrenti, se non ricorrendo ad un'inammissibile sineddoche interpretativa.

Riprendendo il pregnante esempio della rapina impropria: le lesioni o l'omicidio commessi dopo la sottrazione patrimoniale e finalizzati a consolidare l'impossessamento o a sottrarsi all'identificazione e all'arresto non sono certo funzionali a realizzare l'offesa tipica che caratterizza la rapina, la quale in parte risulta già realizzata e in una parte che costituisce componente essenziale di quell'offesa tipica (l'aggressione al patrimonio). Si noti, peraltro, che la ricostruzione del tipo criminoso *ex art. 628*, comma 2, c.p. affermata in giurisprudenza<sup>26</sup>, per cui l'aggressione patrimoniale è vera e propria condotta tipica e non mero presupposto dell'unica condotta tipica rappresentata dalla violenza – ricostruzione coerente con il riconoscimento del tentativo di rapina impropria nelle ipotesi di condotta violenta susseguente ad una sottrazione solo tentata – corrobora la prospettiva ermeneutica qui abbozzata. Se, quando interviene la condotta violenta, una prima essenziale condotta offensiva è già stata posta in essere, quella condotta violenta (anche ove integri un concorrente reato di sangue) non può dirsi finalizzata alla realizzazione dell'offesa tipica.

In questi casi non è tanto in gioco un assorbimento dell'elemento circostanziale (astrattamente applicabile al reato strumentale) nel tipo del reato principale (come nei casi di "violenza iniziale"), quanto piuttosto una carenza dello stesso contenuto dell'aggravante finalistica, mancando la stessa connessione teleologica tra i reati in concorso formale. L'art. 61, n. 2, sembra inapplicabile sin da principio.

Né è possibile un suo recupero tramite le aggravanti consequenziali: si tratta infatti di violenza sì sopravvenuta ma comunque interna al fatto tipico del reato principale. Se dunque il reato preteso come dipendente concorre formalmente con quella condotta violenta, significa che immancabilmente va a sovrapporsi al perfezionamento del reato preteso come principale; non c'è nessuna consequenzialità tra reati, essendovi coincidenza di condotta. Si conferma l'inapplicabilità delle aggravanti consequenziali in ipotesi di concorso formale, per mancanza originaria dei loro presupposti applicativi, non per l'innescarsi di fenomeni d'assorbimento. Ancora una volta l'esempio della rapina impropria è perspicuo: una condotta lesiva od omicidiaria

---

<sup>26</sup> V. Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 34952, in *Cass. pen.*, 2013, 52 ss., con commenti critici di D. Brunelli, *Tentativo della rapina impropria: le Sezioni Unite liquidano sul nascere i segnali di enforcement del precedente*, 61 ss., e R. Bartoli, *Configurabilità del tentativo di rapina impropria finalizzata all'impunità: tra legalismo, teleologia e Costituzione*, 80 ss.

eseguita «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» costituisce una modalità espressiva della stessa violenza integrante il tipo delittuoso della rapina, non certo una condotta “conseguenziale”. La sua “esorbitanza” dalle percosse vale a giustificare la duplicità di reati ma sicuramente non può fungere da basamento di una connessione ipotattica o paratattica, la quale presuppone il perfezionamento del reato principale.

Una volta realizzata la violenza funzionale ad assicurarsi il possesso del provento delittuoso o l'impunità si può avere un'ulteriore condotta violenta (eventualmente integrante i delitti di lesioni personali od omicidio), finalizzata ad occultare la rapina già avvenuta (in forma consumata od anche eventualmente tentata) oppure a consolidarne il risultato lucrativo o a sottrarsi alla giustizia; si pensi al rapinatore che uccida il proprio complice per non spartire il bottino oppure a quello che uccida la vittima della rapina che stia contattando le forze dell'ordine per denunciare il reato subito. È però evidente che tali casi, in cui v'è una netta divaricazione tra le due condotte violente, sono totalmente estranei all'ipotesi in discussione, ossia quella del concorso formale tra reato caratterizzato da violenza-mezzo e altro reato a base violenta.

#### **4. In conclusione: un morso che (può) non affonda(re)**

Tirando le fila del discorso, si possono distillare i seguenti risultati interpretativi.

In primo luogo, pare potersi confermare che l'aggravante teleologica di cui all'art. 61, n. 2, c.p. è in astratto applicabile nei casi di concorso formale di reati, a differenza delle aggravanti consequenziali.

A seconda della struttura dei reati concorrenti, però, si possono dare ipotesi in cui, oltre alle aggravanti consequenziali, risulta inapplicabile anche quella teleologica.

Paiono rientrare in queste ipotesi sia i tipi criminosi incentrati sulla “violenza iniziale” sia quelli che contemplano una “violenza sopravvenuta”, ove tali reati concorrano idealmente con reati a base violenta. I motivi dell'inapplicabilità dell'aggravante finalistica non sono però sovrapponibili.

Nelle ipotesi di “violenza iniziale” l'elemento circostanziale resta assorbito nel fatto tipico di quello che altrimenti figurerebbe come reato-fine, pur accedendo al reato-mezzo.

Nelle ipotesi di “violenza sopravvenuta” la norma circostanziale è *ab origine* inconferente, poiché non può costituire un reato-mezzo un comportamento che, coincidendo con la condotta violenta sopravvenuta, necessariamente si colloca in

una fase tarda della dinamica offensiva, quando il preteso reato principale è stato già realizzato in una sua componente essenziale. Se anche si volesse rigettare tale assunto, si dovrebbe comunque ritenere un fenomeno d'assorbimento assimilabile a quello che si verifica nelle ipotesi di "violenza iniziale" (con identico esito d'inapplicazione dell'aggravante).

In definitiva, con riferimento alle ipotesi di concorso formale analizzate, ove si accolga la proposta ricostruzione ermeneutica, le famigerate aggravanti non-morte paiono ininfluenti, non mordono. Risultano messe fuori gioco da ragioni strutturali, di tipicità, senza la necessità d'attendere un'abrogazione espressa che neutralizzi *tout court* norme circostanziali anacronistiche, dal «fondamento razionale [...] assai discutibile»<sup>27</sup> e comunque in tensione coi principi di materialità e offensività.

---

<sup>27</sup> F. Antolisei, *op. cit.*, 448.

ABSTRACT

*Il contributo analizza la questione dell'applicabilità delle circostanze teleologica e consequenziali di cui all'art. 61, n. 2, c.p. ai casi di concorso formale di reati. Se in via generale l'aggravante teleologica appare configurabile, a differenza di quelle consequenziali, vi sono però talune ipotesi in cui, per ragioni strutturali, pare preferibile la soluzione negativa. Si tratta delle ipotesi in cui concorrono idealmente un reato caratterizzato – a livello di tipicità – da “violenza iniziale” o da “violenza sopravvenuta” (comunque violenza-mezzo) e altro reato a base violenta. Se nei casi di “violenza iniziale” l'aggravante pare destinata all'assorbimento, in quelli di “violenza sopravvenuta” appare addirittura inconferente.*

PAROLE CHIAVE

Aggravante teleologica – Aggravante consequenziale – Concorso formale –  
Violenza-mezzo – Maltrattamenti in famiglia - Rapina

\* \* \*

THE BITE OF THE UNDEAD AGGRAVATING FACTORS: ART. 61, NO. 2, C.P.  
AND FORMAL CONCURRENCE OF VIOLENT OFFENSES

ABSTRACT

*The paper analyzes the applicability of the teleological and consequential aggravating factors provided by Art. 61, n. 2, c.p. to cases of formal concurrence of offenses. While, in general, the teleological aggravating factor appears to be applicable, unlike the consequential ones, there are certain cases in which, for structural reasons, the negative solution seems preferable. These are cases in which an offense characterized by “starting violence” or “subsequent violence” (always functional violence) coincides with another violent offense. While in cases of “starting violence” the aggravating factor appears to be absorbed, in cases of “subsequent violence” it appears to be irrelevant.*

KEYWORDS

Teleological aggravating factor – Consequential aggravating factors –  
Formal concurrence of offenses – Functional violence – Domestic abuse – Robbery

# L'ORIGINALE CONFIGURAZIONE DEI REATI DI OMESSO VERSAMENTO DELLE IMPOSTE DOPO IL D.LGS. N. 87/2024: RISISTEMAZIONI, NOVITÀ E DUBBI \*

FABIO DI VIZIO \*\*

SOMMARIO 1. Premesse. – 2. L'avversione per i reati di omesso versamento e il macro-fenomeno dell'evasione da riscossione. – 3. I nuovi termini penali previsti per le omissioni nel versamento delle ritenute certificate e dell'imposta sul valore aggiunto e le vicende della rateazione ai fini della punibilità dei reati di omesso versamento. – 3.1. Le previsioni del d.lgs. n. 87/2024 e prime problematiche connesse al differimento del termine di consumazione. – 3.2. Le ragioni e la natura delle altre innovazioni delle fattispecie secondo la relazione illustrativa. – 3.3. Le nuove condizioni obiettive intrinseche di punibilità: tra critiche, conferme e soluzioni. – 3.4. Ricostruzioni alternative: suggestioni e limiti. – 4. Le “nuove” cause di non punibilità dei reati tributari riscossivi e il nuovo favore verso la circostanza attenuante del pagamento del debito per i delitti tributari. – 4.1 Le previsioni del d.lgs. 87/2024 e la relazione illustrativa. – 4.2. La crisi di liquidità nell'elaborazione giurisprudenziale relativa ai reati riscossivi. – 4.2.1. I limitati spazi di configurabilità della forza maggiore e dello stato di necessità da crisi di liquidità rispetto ai reati *ex art. 10-bis* e *10-ter* d.lgs. n. 74/2000. – 4.2.2. Profili critici della novella in punto di causa di non punibilità per crisi non transitoria di liquidità. – 4.2.3. Prime pronunce. – 4.3. La causa non punibilità per tenuità del fatto *ex art. 131-bis* c.p.: osservazioni. – 4.4. La circostanza attenuante dell'art. 13-*bis* d.lgs. n. 74/2000: analisi e critica. – 5. Le preclusioni al sequestro finalizzato alla confisca in caso di rateizzazione del debito: critica fenomenologica. – 6. Brevi conclusioni.

## 1. Premesse

Il decreto legislativo 14 giugno 2024, n. 87, recante «Revisione del sistema sanzionatorio tributario, ai sensi dell'articolo 20 della legge 9 agosto 2023, n. 111», ha consolidato il processo di funzionalizzazione del diritto penale tributario agli obiettivi riscossivi del diritto amministrativo<sup>1</sup>. Lo testimoniano molteplici innovazioni

---

\* È il testo rivisto e corretto della relazione tenuta al corso “I reati tributari, fra novità e punti fermi” presso la Scuola superiore della Magistratura – Struttura didattica territoriale presso la Corte di Appello di Bologna, Bologna, 21 novembre 2025.

\*\* Componente del Comitato direttivo della Scuola superiore della Magistratura.

<sup>1</sup> Per primi commenti cfr. G. FLORA, *La riforma penale tributaria del 2024: le magnifiche sorti e progressive del pagamento postumo del debito*, in <https://dpei.it>, 9 dicembre 2024; C. SANTORIELLO, *Revisione sanzioni tributarie*, in *G.U. il d.lgs. n. 87/2024*, in *Quot. giur.*, 1° luglio 2024; T. SABBATINI, *La riforma dei reati tributari: appunti sul d.lgs. 87/2024*, in *Giur. pen.*, 5 settembre 2024; A. INGRASSIA, *Tra il dire e il fare: le modifiche del c.d. decreto sanzioni ai reati di omesso versamento e di indebita compensazione*, in *Diritto penale e Processo*, 12/2024, 1567-1576; sul disegno governativo presentato al Parlamento per i pareri della Commissioni, F. DI VIZIO, *L'irrefrenabile funzionalizzazione riscossiva del moderno diritto penale tributario*, in *Sist. pen.*, 19 aprile 2024. V. MONGILLO, *Il “particolarismo” cangiante del diritto penale tributario: riflessioni introduttive sul D.Lgs. n. 87/2024*, in *Diritto Penale e Processo*, 12/2024, 1558 e ss.

introdotte dalla riforma, tra cui la ridefinizione delle fattispecie penali descritte dagli artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. n. 74/2000, su cui si incentrerà il contributo.

Di tali reati riscossivi sono state modificati numerosi profili sostanziali speciali, tra i quali: (a) il tempo di consumazione; (b) le nuove condizioni di punibilità, legate all'inattivazione tempestiva della procedura di rateazione *ex art. 3-bis* del d.lgs. n. 462/1997 o alla decadenza da essa ai sensi dell'art. 15-*ter* d.p.r. n. 602/73 in presenza di debiti residui superiori a nuove sotto-soglie; (c) le innovative cause di non punibilità per omessi versamenti dipendenti da cause non imputabili all'autore sopravvenute, rispettivamente, all'effettuazione delle ritenute o all'incasso dell'IVA (art. 13, comma, 3-*bis*, d.lgs. n. 74/2000). Inoltre, sono stati rivisti istituti comuni a tutti i reati tributari, ma con significativi riflessi proprio su quelli di omesso versamento, come nel caso (d) dell'attenuante *ex art. 13-bis* d.lgs. n. 74/2000, (e) della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex art. 13, comma 3-ter*, d.lgs. n. 74/2000 e (f) delle preclusioni al sequestro preventivo confiscatorio laddove il debito tributario sia in corso di estinzione mediante rateizzazione, anche a seguito di procedure conciliative o di accertamento con adesione, sempre che, in detti casi, il contribuente risulti in regola con i relativi pagamenti (art. 12-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 74/2000). Inevitabili, posta la vastità dell'intervento di revisione, i riflessi sui tempi delle indagini e della fase processuale.

Dall'iniziale configurazione quali fattispecie "semplici", connotate da limitato impegno probatorio e processuale, i reati riscossivi sono divenuti con il tempo un autentico micro-cosmo, con regole speciali, costruite per rimandi, talvolta complicati, ad altre previsioni del sistema tributario amministrativo. L'impegno indagatorio e lo sforzo probatorio si sono fatti naturalmente più gravosi. Le fattispecie incriminatrici riscossive si sono rivelate, poi, tra quelle tributarie, come le più "aperte" agli eventi significativi delle diverse procedure amministrative e concorsuali che involgono la ridefinizione del debito tributario o la considerazione del pagamento dello stesso, come dimostrato dai rapporti con alcune forme e fasi del concordato preventivo (cfr. *infra* sub 3.2.).

D'altro canto, se il favore verso soluzioni di reintegrazione economica connota il volto di un diritto punitivo sempre più "retrattile"<sup>2</sup>, la portata esegetica di questa impostazione non può trasfigurare i limiti oggettivi dell'intervento legislativo.

---

<sup>2</sup> Così R. LUCEV, *La riforma dei reati tributari (D.Lgs. 14 giugno 2024, n. 87): quando "la minaccia è più forte della sua esecuzione"*, in *Le Società*, 2024, n. 11, 1264, il quale osserva che in base a tale impostazione «la sanzione penale viene minacciata ai fini non tanto della sua applicazione, quanto di facilitare la riscossione, con il proposito di rinfoderarla non appena l'interesse erariale sia stato ristorato».

## 2. L'avversione per i reati di omesso versamento e il macro-fenomeno dell'evasione da riscossione: la dogmatica penalistica alla prova della realtà

Le inquietudini esegetiche hanno molteplici ragioni. Parte di esse sono alimentate da obiettivi limiti redazionali dei nuovi prodotti normativi, che presentano componenti a fatica collocabili all'interno delle categorie della dogmatica penalistica. Altra porzione, non secondaria, scaturisce da un'antica avversione che le fattispecie penali di omesso versamento hanno meritato; vi è, in effetti, larga e risalente insoddisfazione per la loro stessa esistenza e ciò spinge ad ordinaria preferenza verso tutte le soluzioni che ne restringono la portata precettiva. Generali, infatti, sono le critiche riservate dalla dottrina ai delitti degli artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. n. 74/2000<sup>3</sup>. Essi sarebbero distonici rispetto all'impostazione di fondo – il cd. “sistema”, se davvero ne esiste ancora uno riconoscibile nel settore – del diritto penale tributario inaugurato dal d.lgs. n. 74/2000<sup>4</sup> e si connoterebbero quali peculiari forme di incriminazione di «meri inadempimenti di obbligazioni, (...) non accompagnati almeno da comportamenti fraudolenti, e cioè da significativi disvalori di azione»<sup>5</sup>. Il d.lgs. n. 74/2000 (cfr. art. 1, lett. f) si è edificato, del resto, attorno ad una nozione di evasione di imposta incentrata sul momento dichiarativo<sup>6</sup> e sull'idea che l'evasione di imposta identifichi la discrasia tra l'imposta dichiarata e l'imposta dovuta, più che l'omesso versamento di quanto si è dichiarato dovuto<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. G. FLORA, *La riforma*, cit., 6, assume che le norme che incriminano gli omessi versamenti contrastano palesemente con l'art. 8 della legge delega del 2014, secondo il quale dovevano essere elevate a reato solo le condotte simulatorie o fraudolente o consistenti nella predisposizione o nell'uso di documenti falsi; un preciso riferimento alla violazione di detti criteri verrebbe operato dalla sentenza C. Cost. n. 175 del 2022, con commento di A. INGRASSIA, *La Corte costituzionale riscrive il delitto di omesso versamento delle ritenute per garantire la riserva di legge: le prospettive di un paradosso solo apparente*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. n. 2022, 1300 ss.; per analoghe critiche cfr. G. FLORA, “*Non avrai altro creditore all'infuori di me!*” *Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, in *disCrimen*, 9/11/2020.

<sup>4</sup> G. FLORA, *Il legislatore penale tributario a lezione di ragionevolezza dalla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 710; E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, IV ed., Bologna, 2021, 332.

<sup>5</sup> E. MUSCO, (voce) *Reati tributari*, *Enc. dir., Ann.*, I, Milano, 2007, 1064.

<sup>6</sup> Secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite “Romano” (Cass. pen., Sez. un., n. 37424 del 2013) mentre molte delle condotte penalmente sanzionate dal d.lgs. n. 74 del 2000 richiedono che il comportamento illecito sia dettato dallo scopo specifico di evadere le imposte, questa specifica direzione della volontà non emerge dal testo dell'art. 10-*ter* d.lgs. n. 74 del 2000, che è punito a titolo di dolo generico, per la cui integrazione è, perciò, sufficiente la consapevolezza, in capo all'agente, di non versare all'Era-rio le ritenute effettuate nel periodo considerato, consapevolezza che deve investire anche la soglia di punibilità, la quale, contribuendo a definirne il disvalore, è un elemento costitutivo del fatto.

<sup>7</sup> In base alla previsione dell'art. 1, lett. f), prima parte, d.lgs. n. 74/2000 per «imposta evasa» si intende «la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione, ovvero l'intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione, al netto delle somme versate dal contribuente».

Si tratta, beninteso, di osservazioni che colgono problematicità autentiche; non-dimeno, esse non risolvono appieno la complessità delle ragioni delle scelte di politica criminale affidate alla responsabilità del legislatore storico a partire dalla realtà dei fenomeni sottostanti. È innegabile, infatti, che alla base del varo dei reati tributari di omesso versamento sia riconoscibile una vasta fenomenologia di evasione da riscossione, le cui dimensioni e le cui caratteristiche non meritano, invece, completa sottovalutazione. È stata proprio la preoccupante estensione di tale forma di evasione a spingere il legislatore, dapprima, alla riscoperta dell'omesso versamento di ritenute (certificate), con l'introduzione dell'art. 10-*bis* (art. 1, comma 414, l. n. 311/2004) e successivamente, a breve distanza di tempo, ad accostare l'altra figura omissiva relativa all'Iva, con l'introduzione dell'art. 10-*ter* cit. (art. 35, comma 7, d.l. n. 223/2006); fattispecie, quest'ultima, senza precedenti nell'ordinamento penale italiano<sup>8</sup> ma mai più abbandonata, tra alterne risistemazioni e vicende<sup>9</sup>. Il contesto predisponente a tali criminalizzazioni, mette conto rimarcarlo, non è affatto mutato; anzi è diventato vieppiù componente strutturale dell'evasione nazionale.

La relazione sul rendiconto generale dello Stato 2024<sup>10</sup> della Corte dei Conti evidenzia dati di grande rilievo ai fini in analisi. Dal documento menzionato emerge che, concentrando l'attenzione sull'attività di controllo della Guardia di finanza, nel periodo 2020-2024 i reati di omesso versamento, diversi da quelli di indebita compensazione, sono ampiamente minoritari rispetto a quelli fraudolenti. Le segnalazioni per omesso versamento dell'IVA, ad esempio, si attestano su numeri assai esigui: 265 nel

---

o da terzi a titolo di acconto, di ritenuta o comunque in pagamento di detta imposta prima della presentazione della dichiarazione o della scadenza del relativo termine». Deve considerarsi tale, cioè, la differenza fra l'imposta effettivamente dovuta e quella che – a seguito della mendace esposizione dei componenti reddituali o delle basi imponibili – è stata indicata (come dovuta) in dichiarazione ovvero l'intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione. Da tale importo vanno, tuttavia, sottratte le somme che il contribuente, od altri in sua vece (nella veste, segnatamente, di sostituto d'imposta), abbiano in fatto versato a qualunque titolo (acconto, ritenuta, ecc.) in pagamento dell'imposta prima della presentazione della dichiarazione (che segna il momento consumativo dell'illecito).

<sup>8</sup> La relazione governativa al d.l. n. 223/2006, del resto, ricollega l'incriminazione all'obiettivo di «contrastare con maggiore efficacia i fenomeni di evasione da riscossione».

<sup>9</sup> L'art. 10-*bis* d.lgs. n. 74/2000 è stato inserito dall'art. 1, comma 414, l. 30 dicembre 2004, n. 311, a decorrere dal 1° gennaio 2005, e modificato dall'art. 7, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158. Di tale formulazione la C. cost., con sentenza 23 giugno-14 luglio 2022, n. 175, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale limitatamente alle parole «dovute o» e limitatamente alle parole «dovute sulla base della stessa dichiarazione o». L'art. 10-*ter* d.lgs. n. 74/2000 è stato inserito dall'art. 35, comma 7, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, e sostituito dall'art. 8, comma 1, d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

<sup>10</sup> <https://www.corteconti.it/Download?id=aea876c4-e004-4c06-b3b3-a46098e6c7be>.

2020, 297 nel 2021, 330 nel 2022, 233 nel 2023 e 280 nel 2024; quelle per omesso versamento di ritenute certificate registrano valori ancora più ridotti: 194 nel 2020, 173 nel 2021, 180 nel 2022, 185 nel 2023, 140 nel 2024. Negli stessi anni, al contrario, le segnalazioni per dichiarazione fraudolenta, ad esempio, sono dieci volte più alte: 1.706 nel 2020, 1.737 nel 2021, 2.380 nel 2022, 2.645 nel 2023, 2.392 nel 2024.

Nonostante ciò, i contribuenti che presentano la dichiarazione ai fini delle imposte sui redditi e dell'IVA non versano in maniera spontanea quote rilevanti delle imposte dovute e dichiarate. In particolare, le imposte richieste a seguito di comunicazioni di irregolarità ammontano complessivamente a 20 miliardi per l'anno 2019, a 16 miliardi per l'anno 2020 e a 17,4 miliardi per il 2021, mentre le riscossioni a seguito di comunicazioni di irregolarità ammontano al 31 dicembre 2024 a 3,9 miliardi per il 2019, a 2,3 miliardi per il 2020 e a 2,5 miliardi per il 2021. Mediamente, le riscossioni delle imposte richieste a seguito di comunicazioni di irregolarità non annullate costituiscono poco più del 16 per cento del totale richiesto: una percentuale evidentemente alquanto limitata degli importi complessivamente dovuti e non versati.

Le cause di tale fenomeno dovrebbero formare oggetto di attenta analisi; se va riconosciuta una connessione con situazioni di crisi economica incolpevole, è la stessa Corte dei conti a ritenere altamente probabile una loro correlazione con radicate aspettative di successive rottamazioni o con convincimento di poter eludere la successiva azione esecutiva. Ciò, aggiungiamo, anche in ragione dei limiti alla riscossione coattiva<sup>11</sup> o di impossidenze dall'apparenza ben allestita. I contribuenti tenuti al versamento dell'IVA, ad esempio, adempiono spontaneamente per il 94,6 per cento, ma dell'imposta richiesta con le comunicazioni di irregolarità (quasi 9,6 miliardi) è versato solo il 17,3 per cento. In altri termini, l'evasione non si esprime solo sottraendo materia imponibile al momento dichiarativo o attraverso dichiarazioni mendaci o fraudolente ma anche nel momento del versamento di quanto dichiarato dovuto, contando sulla sostanziale irrecuperabilità del credito erariale. Sempre nella relazione della

---

<sup>11</sup> In caso di mancato pagamento di una cartella o di un avviso l'Agenzia delle entrate-Riscossione deve attivare le procedure di recupero previste dalla legge, rispettando le tutele stabilite dalla legge, che si trasformano in limiti della riscossione, anche in assenza di una rateizzazione in corso. Senza pretesa di esautività, si ricordano le seguenti previsioni: in tema di ipoteca sugli immobili, l'art. 50 d.p.r. n. 602/1973 («Termine per l'inizio dell'esecuzione») e l'art. 77 d.p.r. n. 602/1973 («Iscrizione di ipoteca»); in tema di pignoramento immobiliare, cfr. art. 76 («Espropriazione immobiliare»); in tema di pignoramento presso terzi, artt. 545 c.p.c. (Crediti impignorabili) e 72-ter d.p.r. n. 602/1973 («Limiti di pignorabilità»). Nel fallimento, i crediti tributari vengono soddisfatti dopo i crediti prededucibili e prima dei crediti chirografari, ma con posizione privilegiata non di primato (cfr. art. 2759 c.c. per il privilegio speciale sui beni mobili per IRES e IRPEF).

Corte dei Conti, infatti, viene ricordato che nel 2024 sono stati accertati 72,3 miliardi di euro di imposte evase, ma ne sono stati riscossi solo 12,8 miliardi, con un indice di riscossione del 17,7%, in calo rispetto all'anno precedente. Se si considerano le sole somme iscritte a ruolo, poi, su 40,7 miliardi accertati e comunicati con una cartella esattoriale, l'Erario ha effettivamente incassato appena 1,3 miliardi, pari al 3,1 per cento<sup>12</sup>. In questo quadro la pretesa di lasciare al solo diritto amministrativo la gestione di una vasta ed in parte incontrollabile realtà, contenendo lo spazio del diritto penale, è considerata velleitaria anche da un legislatore storico che mostra di non poter far a meno della portata general-preventiva degli strumenti punitivi più severi.

Non va dimenticato, poi, che, anche secondo comune esperienza investigativa, le condotte illecite *ex artt. 10-bis e 10-ter* d.lgs. n. 74/2000 si abbinano sovente a quelle dichiarative fraudolente, con le quali possono concorrere.

È irrilevante, infatti, rispetto al successivo obbligo di versamento, la veridicità del contenuto della dichiarazione-presupposto. Del resto, «[...] ciò che rileva ai fini dell'integrazione del reato previsto dall'art. 10-ter cit. è proprio – e soltanto – l'importo "dichiarato dovuto". La *ratio* del reato sta nel punire il contribuente che, pur essendosi riconosciuto debitore nei confronti dell'Erario, non versa quanto dal medesimo ritenuto dovuto: la sussistenza del reato in relazione al superamento della soglia di rilevanza penale deve risultare *ictu oculi* evidente dalla dichiarazione presentata e non può postulare l'esito di un accertamento d'indagine *aliunde* espletato. Laddove quest'ultimo dimostri che la dichiarazione presentata è falsa, sussistendone gli estremi ricorreranno le ipotesi di reato dichiarative previste dagli artt. 2, 3 o 4 d.lgs. 74/2000, le quali potranno anche concorrere con il reato di omesso versamento, ma soltanto laddove questo, nella sua materialità, sia sussistente, vale a dire quando la dichiarazione di per sé indichi (quantomeno) un'imposta dovuta superiore alla soglia di non punibilità che non sia poi di fatto versata»<sup>13</sup>. È dunque irrilevante, rispetto al successivo

<sup>12</sup> Cfr. Relazione sul rendiconto generale dello Stato 2024, Corte dei Conti, Roma, 26 giugno 2025, 40-41.

<sup>13</sup> Così Cass. pen., Sez. 3, n. 31367 del 21 aprile 2021, dep. 10 agosto 2021, rv. 282211 – 01. Ai fini della integrazione del reato di omesso versamento dell'IVA di cui all'art. 10-ter d.lgs. n. 74/2000, l'entità della somma da versare, costituente il debito IVA, è quella risultante dalla dichiarazione del contribuente e non quella effettiva, desumibile dalle annotazioni contabili (Cass. pen., Sez. 3, n. 14595 del 17 novembre 2017, dep. 2018, rv. 272552) e l'imposta dovuta, di regola, è proprio quella indicata nel rigo VL38 di tale dichiarazione, potendo, tuttavia, il giudice prescindere da tale importo, se esso non è giustificato dall'esame formale della dichiarazione stessa (Cass. pen., Sez. 3, n. 2563 del 18 maggio 2018, dep. 2019, Frucella, rv. 275686). Dunque, soltanto incongruenze eventualmente rilevabili in base alla mera analisi della dichiarazione possono consentire di eventualmente "rettificare" l'importo dal contribuente riconosciuto come

obbligo di versamento, della veridicità del contenuto della dichiarazione-presupposto: onde non solo è teoricamente «possibile [...] che il contribuente presenti una dichiarazione IVA fraudolenta o infedele e, nello stesso tempo, ometta di versare l'imposta dovuta sulla base della dichiarazione presentata»<sup>14</sup>, ma è ciò, a ben vedere, che di regola avviene nei casi di frode carosello o negli schemi complessi di somministrazione illegale di manodopera dissimulati da falsi appalti nei quali evanescenti società cooperative o consorziate emettono fatture per operazioni inesistenti e poi omettono di versare l'IVA dichiarata. Realtà diffuse, in settori strategici del paese (logistica, trasporti, terziario, produzione alimentari, servizi alla persona) come le esperienze investigative e giudiziarie insegnano.

### **3. I nuovi termini penali previsti per le omissioni nel versamento delle ritenute certificate e dell'imposta sul valore aggiunto e le vicende della rateazione ai fini della punibilità dei reati di omesso versamento**

#### *3.1. - Le previsioni del d.lgs. n. 87/2024 e prime problematiche connesse al differimento del termine di consumazione*

L'art. 1, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 87/2024 ha sostituito l'art. 10-*bis* del d.lgs. 74/2000. Pur confermando la soglia di punibilità (150.000 euro) la novella ha prolungato i termini previsti per l'applicazione della sanzione nelle ipotesi di omesso versamento di ritenute certificate e introdotto una condizione che preclude la punibilità ove regolarmente in essere alla scadenza del termine differito (l'attualità dell'estinzione rateale del debito tributario residuo, ai sensi dell'articolo 3-*bis* del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 462), non prevista nel testo previgente.

Nello specifico, l'art. 10-*bis* cit. stabilisce che «è punito con la reclusione da sei

---

dovuto, mentre laddove la diversa quantificazione dell'imposta sia effettuata in forza di accertamenti sostanziali sulla non corrispondenza al vero delle voci attive e passive in essa indicate saranno eventualmente ravvisabili i più gravi reati di cui agli artt. 2, 3, e 4 del d.lgs. n. 74 del 2000. A questo orientamento sembra ascrivere anche la Cass. pen., Sez. 3, n. 9049, 5 dicembre 2012, dep. 2013, in cui si è ritenuto irrilevante che il contribuente non avesse compilato l'ultimo rigo della dichiarazione (dedicato all'apposizione dell'importo a debito risultante), atteso che l'analisi della dichiarazione consentiva, in base ai dati in essa indicati, di liquidare agevolmente l'imposta dovuta come superiore alla soglia penalmente rilevante (conf. Cass. pen. Sez. 3, n. 31367, 21 aprile 2021, dep. 10 agosto 2021).

<sup>14</sup> E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, cit., 355. È stato invece escluso, in base al criterio della consunzione, il concorso tra i reati di omessa dichiarazione del sostituto d'imposta e di omesso versamento delle ritenute certificate, in quanto il più grave delitto *ex art.* 5 d.lgs. n. 74/2000 esaurirebbe in sé anche il disvalore tipico dell'art. 10-*bis*; cfr. A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Padova, 2025, 490 ss.

mesi a due anni, chiunque non versa, entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta, ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti per un ammontare superiore a centocinquantamila euro per ciascun periodo d'imposta, se il debito tributario non è in corso di estinzione mediante rateazione, ai sensi dell'articolo 3-*bis* d.lgs. n. 462/1997. In caso di decadenza dal beneficio della rateazione ai sensi dell'articolo 15-*ter* d.p.r. n. 602/1973, il colpevole è punito se l'ammontare del debito residuo è superiore a cinquantamila euro».

In termini del tutto corrispondenti, l'art. 1 comma 1, lett. c), del d.lgs. n.87/2024 ha sostituito l'articolo 10-*ter*, del d.lgs. n. 74/2000. Ribadita la soglia di punibilità a 250.000 euro, la novella ha prolungato i termini previsti per l'applicazione della sanzione di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto e introdotto una condizione preclusiva della punibilità ove regolarmente in essere alla scadenza del termine differito (l'attualità dell'estinzione rateale del debito tributario residuo, ai sensi dell'articolo 3-*bis* del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 462), non prevista nel testo vigente<sup>15</sup>.

Nello specifico, la norma penale stabilisce, ora, che «è punito con la reclusione da sei mesi a due anni, chiunque non versa, entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione annuale, l'imposta sul valore aggiunto dovuta in base alla medesima dichiarazione, per un ammontare superiore a euro duecentocinquantamila per ciascun periodo d'imposta, se il debito tributario non è in corso di estinzione mediante rateazione, ai sensi dell'articolo 3-bis del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 462 . In caso di decadenza dal beneficio della rateazione ai sensi dell'articolo 15-*ter* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, il colpevole è punito se l'ammontare del debito residuo è superiore a settantacinquemila euro».

Le norme penali, come rivela già la loro prima lettura, sono “arricchite” di rimandi esterni a norme extra-penali, comparendovi ora un espresso richiamo a quelle delineate dall'art. 3-*bis* d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 462 e dall'art. 15-*ter* d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602, che a loro volta svolgono rinvii ad altre, che, ancora, rimandano ad altre ancora; norme, dunque, che, in un gioco di riferimenti incrociati, concorrono a definire il perimetro della rilevanza penale – fissando termini, accertamenti,

---

<sup>15</sup> Nel senso che lo spostamento del termine per il pagamento comporta una parziale *abolitio criminis*, con potenziale eccesso di delega contestabile all'Esecutivo, A. INGRASSIA, *Tra il dire ed il fare*, cit., 1570, secondo cui «appare persino paradossale, da un punto di vista dogmatico, politico criminale, oltre che di tecnica legislativa, che l'*abolitio criminis* sia intervenuta, non a seguito di un nuovo giudizio sul disvalore del fatto, quanto piuttosto per consentire il verificarsi della c.d. condizione obiettiva di punibilità».

richieste, adempimenti, versamenti, decadenze e deroghe – ma connotate da seria complessità che non agevola l'immediata percepibilità del precetto.

Va ricordato, ad esempio, che ai sensi dell'art. 3-*bis* («rateazione delle somme dovute») del d.lgs. n. 462/1997 «1. Le somme dovute ai sensi dell'articolo 2, comma 2 [ossia a seguito dei controlli automatici, ovvero dei controlli eseguiti dagli uffici, effettuati ai sensi degli articoli 36-*bis* del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, e 54-*bis* del d.p.r. 1972, n. 633 – N.d.A.], e dell'articolo 3, comma 1 [a seguito dei controlli formali effettuati ai sensi dell'articolo 36-*ter* d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600 – N.d.A.], possono essere versate in un numero massimo di venti rate trimestrali di pari importo. 2. L'importo della prima rata deve essere versato entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione. Sull'importo delle rate successive sono dovuti gli interessi, calcolati dal primo giorno del secondo mese successivo a quello di elaborazione della comunicazione. Le rate trimestrali nelle quali il pagamento è dilazionato scadono l'ultimo giorno di ciascun trimestre<sup>16</sup>. 2-*bis*. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui agli articoli 10-*bis* e 10-*ter* del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, gli esiti del controllo automatizzato effettuato ai sensi degli articoli 36-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e 54-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1972, n. 633, sono comunicati, rispettivamente, al sostituto d'imposta e al contribuente entro il 30 settembre dell'anno successivo a quello di presentazione della relativa dichiarazione. Nelle more del ricevimento della comunicazione il sostituto o il contribuente può provvedere spontaneamente al pagamento rateale delle somme dovute a titolo di ritenute o di imposta, nella misura di almeno un ventesimo per ciascun trimestre solare. La prima rata è versata entro il termine indicato nel comma 1 degli articoli 10-*bis* e 10-*ter* e le rate successive sono versate entro l'ultimo giorno di ciascun trimestre successivo. Dopo il ricevimento della comunicazione, il pagamento rateale prosegue secondo le disposizioni del presente articolo<sup>17</sup>. 3. In caso di inadempimento nei pagamenti rateali si applicano le disposizioni di cui all'articolo 15-*ter* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602<sup>18</sup> (...)». Tale ultimo articolo («Inadempimenti nei pagamenti delle

<sup>16</sup> Comma così modificato dall'art. 3, comma 1, lett. b), n. 1), d.lgs. 5 agosto 2024, n. 108, a decorrere dal 6 agosto 2024, ai sensi di quanto disposto dall'art. 8, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 108/2024; a norma dell'art. 3, comma 7, del citato d.lgs. n. 108/2024 tale disposizione si applica alle comunicazioni elaborate a decorrere dal 1° gennaio 2025.

<sup>17</sup> Comma inserito dall'art. 1, comma 7, d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87, a decorrere dal 29 giugno 2024, ai sensi di quanto disposto dall'art. 7, comma 1, dello stesso d.lgs. n. 87/2024.

<sup>18</sup> Comma così modificato dall'art. 3, comma 1, lett. b), n. 2), d.lgs. 5 agosto 2024, n. 108, a decorrere

somme dovute a seguito dell'attività di controllo dell'Agenzia delle entrate») è stato a sua volta novellato nel 2024. Il primo comma prevede che in caso di rateazione ai sensi dell'articolo 3-*bis* del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 462, il mancato pagamento della prima rata entro il termine previsto, ovvero di una delle rate diverse dalla prima entro il termine di pagamento della rata successiva, comporta la decadenza dal beneficio della rateazione e l'iscrizione a ruolo dei residui importi dovuti a titolo di imposta, interessi e sanzioni in misura piena<sup>19</sup>. Secondo il terzo comma dell'art. 15-*ter* cit. «È esclusa la decadenza in caso di lieve inadempimento dovuto a: a) insufficiente versamento della rata, per una frazione non superiore al 3 per cento e, in ogni caso, a diecimila euro; b) tardivo versamento della prima rata, non superiore a sette giorni. 4. La disposizione di cui al comma 3 si applica anche con riguardo a: a) versamento in unica soluzione delle somme dovute ai sensi dell'articolo 2, comma 2, e dell'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 462 (...)».

Pertanto, il contribuente guadagna sostanzialmente un anno affinché il proprio versamento, ancorché tardivo ai fini delle disposizioni tributarie, risulti idoneo ad evitare la consumazione del reato. Poiché, in virtù del nuovo art. 3-*bis*, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 462/1997, il contribuente inadempiente riceve entro il 30 settembre dell'anno in questione (ossia tre mesi prima sulla consumazione del reato) la notifica degli esiti del controllo automatizzato e l'invito a saldare il dovuto anche attraverso rate trimestrali, la prima delle quali a coincidere con il successivo 31 dicembre, in entrambe le norme incriminatrici dei reati di omesso versamento viene introdotta un'identica doppia condizione obiettiva di punibilità, strutturata sulla non pendenza della suddetta procedura di estinzione rateale del debito tributario e, comunque, in caso di decadenza dal beneficio della rateazione ai sensi dell'art. 15-*ter*, d.p.r. n. 602/1973, sul fatto che l'ammontare del debito residuo sia superiore a cinquantamila euro (nel caso dell'art. 10-*bis*) o settantacinquemila euro (nel caso dell'art. 10-*ter*)<sup>20</sup>.

---

dal 6 agosto 2024, ai sensi di quanto disposto dall'art. 8, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 108/2024; a norma dell'art. 3, comma 7, del citato d.lgs. n. 108/2024 tale disposizione si applica alle comunicazioni elaborate a decorrere dal 1° gennaio 2025.

<sup>19</sup> Comma così modificato dall'art. 3, comma 2, d.lgs. 5 agosto 2024, n. 108, a decorrere dal 6 agosto 2024, ai sensi di quanto disposto dall'art. 8, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 108/2024; a norma dell'art. 3, comma 7, del citato d.lgs. n. 108/2024 tale disposizione si applica alle comunicazioni elaborate a decorrere dal 1° gennaio 2025.

<sup>20</sup> R. LUCEV, *La riforma dei reati tributari (D.Lgs. 14 giugno 2024, n. 87): quando "la minaccia è più forte della sua esecuzione*, in *Le Società*, 11/2024, 1264; T. SABBATINI, *La riforma dei reati tributari: appunti sul D.lgs. 87/2024*, in *Giur. pen. web*, 2024, 9, 11, descrive gli artt. 10-*bis* e 10-*ter*, d.lgs. n. 74/2000 come norme "a geometria variabile", in cui la soglia di punibilità va a modellarsi sulle vicende

Si dirà presto del significato dell'indifferenza del debitore rispetto alla rateazione, nonché della rateazione e della decadenza da essa. Qui interessa segnalare, da subito, qualche problema legato alla dilazione del termine di consumazione del reato.

Appare discutibile, anzitutto, la razionalità funzionale del meccanismo ipotizzato. Va osservato, infatti, che il differimento della data di perfezionamento di entrambi i reati al 31 dicembre dell'anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione annuale (di sostituto di imposta o iva) se incide, tecnicamente, su requisiti di tipicità, sostanzialmente vorrebbe aprire a termini più "comodi" di pagamento per consentire di evitare la punibilità<sup>21</sup>. L'idea del legislatore delegato, infatti, sembra quella «di posticipare la consumazione del delitto ad un momento in cui quasi certamente sarà intervenuto un controllo automatico sulle dichiarazioni e il contribuente sarà stato posto nell'alternativa tra rateizzare il proprio doveroso adempimento e, dunque, evitare la pena attraverso il pagamento di – almeno una parte – del debito tributario oppure consumare l'illecito penale»<sup>22</sup>. Tuttavia, può dubitarsi che lo slittamento renderà effettivi i presupposti per l'avverarsi delle condizioni così descritte, e in particolare per l'accesso alla rateizzazione del debito relativo all'imposta evasa. Infatti, la previsione della presenza di un piano di rateizzazione nei termini previsti dalla norma è molto difficile, in quanto l'emissione di avvisi bonari o di cartelle di pagamento è sottoposta a termini solo ordinatori, sovente dunque non rispettati dall'Agenzia delle Entrate. Sarebbe, quindi, stato opportuno indicare una tempistica diversa o una decorrenza del meccanismo immunizzante dall'effettiva notifica di tali atti<sup>23</sup>.

Ad avviso della relazione illustrativa l'insorgenza dell'obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'Agenzia delle entrate, o di informativa, da parte della Guardia di finanza, sarebbe ricollegato non alla consumazione del reato ma alla data di decadenza dalla rateazione allorché il debito tributario è ancora sopra la soglia, pur minore. In altri termini, l'ufficio finanziario potrebbe astenersi dal comunicare la notizia di un reato consumato, in via ipotetica per quasi cinque anni dalla sua consumazione (tale la durata massima della rateazione), contando sull'indicazione della relazione governativa. La soluzione non è scontata né senza problematicità.

Quanto alla decorrenza dell'obbligo di denuncia, infatti, in giurisprudenza si è affermato che il pubblico ufficiale non può dirsi vincolato ad essa sino a quando non

---

erariali del singolo nel puro perseguimento di una logica di "saldo e stralcio".

<sup>21</sup> G. FLORA, *La riforma*, cit., 3.

<sup>22</sup> A. INGRASSIA, *Tra il dire*, cit., 1569.

<sup>23</sup> Così il documento dell'Unione Nazionale delle Camere degli avvocati tributaristi in sede di audizioni parlamentari rispetto all'atto A.G. 144.

sia in grado di individuare gli elementi di un reato e di acquisire ogni altro elemento utile per la formazione della denuncia stessa<sup>24</sup>. Si è escluso il reato di cui all'art. 361 c.p. laddove il pubblico ufficiale, dinanzi alla segnalazione di un fatto di potenziale rilievo penale, disponga i necessari approfondimenti all'interno del proprio ufficio, al fine di verificare l'effettiva sussistenza di una *notitia criminis*, e non di elementi di mero sospetto<sup>25</sup>. Nondimeno, si è affermato anche che per l'obbligo di denuncia ai sensi dell'art. 361 c.p., è sufficiente che il pubblico ufficiale ravvisi nel fatto il *fumus* di un reato<sup>26</sup>. Si è poi specificato che le cause di estinzione del reato o di non punibilità diverse dall'insussistenza del fatto, di cui il pubblico ufficiale abbia avuto notizia nell'esercizio ed a causa delle sue funzioni, non esentano dall'obbligo del rapporto, perché esse possono essere valutate e riconosciute solo dall'autorità giudiziaria<sup>27</sup>.

L'ultima questione è forse la più grave per le prospettive di stabilità dell'innovazione. Lo spostamento del termine per il pagamento comporta una parziale *abolitio criminis*, del tutto priva di giustificazione nella delega legislativa, che limitava il perimetro di intervento alle "ipotesi di non punibilità e alle circostanze attenuanti", richiamando chiaramente gli artt. 13 e 13-bis d.lgs. n. 74/2000, più che le singole fattispecie. L'*abolitio criminis* abbraccia, in particolare, tutti i casi in cui il reo abbia estinto il debito IVA o per ritenute certificate o l'abbia portato al di sotto della soglia di ulteriore punibilità, dopo il momento consumativo previsto pre-riforma, ma prima del 31 dicembre dell'anno successivo alle dichiarazioni IVA o del sostituto d'imposta<sup>28</sup>. Onde l'eccesso di delega appare solare.

### 3.2. - *Le ragioni e la natura delle altre innovazioni delle fattispecie secondo la relazione illustrativa*

In breve tempo, la singolarità strutturale delle fattispecie ha alimentato una varietà di posizioni ricostruttive, che è il miglior sintomo della fragilità delle fondamenta dogmatiche su cui è edificata la riforma. Verrebbe da dire che i delitti sono retti da una logica "aziendalistica" (ossia connotata dal primato, in ogni contesto, riconosciuto al valore della continuità di impresa) che poca coerenza dimostra con gli istituti del diritto penale classico. Le fattispecie incriminatrici «sono ora rimodellate su uno

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. 6, 8 maggio 2019, n. 27715; ID., 3 luglio 2018, n. 49833; ID., 7 maggio 2009, n. 27508.

<sup>25</sup> Cass. pen., Sez. 6, 23 gennaio 2019, n. 16577; in senso analogo, ID., 6 febbraio 2014, n. 12021.

<sup>26</sup> Cass. pen., Sez. 6, 24 maggio 1978, n. 14195, rv. 140392 – 01.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. 6, n. 1244 del 4 dicembre 1985, dep. 1986 rv. 171777 – 01.

<sup>28</sup> A. INGRASSIA, *Tra il dire*, cit., 1569.

schema rovesciato rispetto a quello tipico della sintassi penalistica che suona più o meno così: l'omesso versamento è punito a meno che il debito tributario (quindi imposta evasa, più interessi, più sanzioni) non sia in corso di estinzione mediante rateazione "rituale" (art. 3-*bis* d.lgs. n. 462 del 1997); in caso di decadenza dal beneficio della rateazione la punibilità "congelata" "risorge", ma solo se il debito residuo è superiore a cinquantamila euro per ritenute o a settantacinquemila euro per iva<sup>29</sup>. Impossibile, in proposito, non condividere l'osservazione di chi ha riconosciuto «assai complicato inquadrare questa originale costruzione negli schemi dogmatici della grammatica penalistica»<sup>30</sup>. Occorre riconoscere, poi, un altro dato di realtà. Indiscutibili le genuine intenzioni, molte esegesi sono condizionate da un'avversione di fondo verso la criminalizzazione degli omessi versamenti e alcune delle soluzioni paiono restituire l'immagine di autentiche operazioni di ortopedia normativa, comprensibili a fronte del prodotto lavorato, ma difficilmente contenibili entro il perimetro di una discrezionalità esegetica che non sconfini in surrettizia rimodellatura creativa della norma.

Svolte queste premesse, a fronte dei seri problemi di inquadramento teorico, va detto che la ricostruzione della natura della rateazione, della sua attivazione e della sua decadenza non costituisce un mero esercizio di stile, avendo ricadute sull'individuazione dell'oggetto del dolo e sulla responsabilità di eventuali concorrenti.

Come annuncia la relazione illustrativa, con le ricordate lettere b) e c) si è intervenuti sulla disciplina dei "reati riscossivi", ovvero l'omesso versamento di ritenute e l'omesso versamento di iva, attraverso un coordinamento della non punibilità con i piani di estinzione dei debiti tributari. L'intervento attua il criterio di delega di cui all'art. 20, comma 1, lett. a), n.3), teso a «rivedere i rapporti tra il processo penale e il processo tributario (...) adeguando i profili processuali e sostanziali connessi alle ipotesi di non punibilità e di applicazione di circostanze attenuanti all'effettiva durata dei piani di estinzione dei debiti tributari, anche nella fase antecedente all'esercizio dell'azione penale».

La relazione precisa ulteriormente: «Viene, dunque, introdotta per entrambi i delitti una condizione obbiettiva di punibilità, costituita dalla manifestazione inequivoca della volontà del contribuente di sottrarsi, sin da principio, al pagamento dell'obbligazione tributaria, da ritenersi integrata allorquando, all'atto della consumazione del reato, siano decorsi i termini per la rateizzazione delle somme dovute senza che la stessa sia stata richiesta (a), ovvero vi sia stata decadenza dalla rateizzazione già

---

<sup>29</sup> In termini G. FLORA, *La riforma*, cit., 4.

<sup>30</sup> Cfr. G. FLORA, *La riforma*, cit., 3.

concessa (b). Il reato, dunque, non sarà punibile fintantoché sia in corso di estinzione il pagamento delle rate ai sensi dell'articolo 3-*bis* del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 462 e sempre che il contribuente non incorra in decadenza dal beneficio della rateazione ai sensi dell'articolo 15-*ter* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602 laddove, in tal caso, l'ammontare del debito residuo sia superiore, rispettivamente, a euro cinquantamila (per il reato di cui all'art. 10-*bis*) e settantacinquemila (per il reato di cui all'articolo 10-*ter*)». Il differimento della data di consumazione di entrambi i reati al 31 dicembre dell'anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione annuale (sostituto di imposta o iva) risponde alla «volontà di rendere effettivi i presupposti per l'avverarsi delle condizioni così descritte, e in particolare per l'accesso alla rateizzazione del debito relativo all'imposta evasa. Il reato sarà punibile al ricorrere delle condizioni obbiettive di nuova introduzione, con conseguente insorgenza solo a quella data dell'obbligo di denuncia, da parte dell'Agenzia delle entrate, o di informativa, da parte della Guardia di finanza, all'autorità giudiziaria».

Pur avendo presente il valore sussidiario dell'interpretazione che poggia sui lavori preparatori e che muove da una valorizzazione dei criteri e dei principi posti nella legge delega non sembra dubbio che il legislatore delegato avrebbe inteso: (a) adeguare i profili processuali e sostanziali connessi alle ipotesi di non punibilità all'effettiva durata dei piani di estinzione dei debiti tributari, anche nella fase antecedente all'esercizio dell'azione penale (criterio della l. delega); (b) introdurre, a tal fine, una condizione obbiettiva di punibilità, costituita dalla manifestazione inequivoca della volontà del contribuente di sottrarsi, sin da principio, al pagamento dell'obbligazione tributaria, da ritenersi integrata allorquando, all'atto della consumazione del reato, siano decorsi i termini per la rateizzazione delle somme dovute senza che la stessa sia stata richiesta, ovvero vi sia stata decadenza dalla rateizzazione già concessa (in termini, la relazione illustrativa); (c) considerare il termine prolungato (il 31 dicembre dell'anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta o il 31 dicembre dell'anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione annuale) quello che definisce la consumazione dei reati in analisi (in termini, ancora, la relazione illustrativa).

Con riferimento al novellato art. 10-*bis* cit. la S.C ha di recente spostato questa ricostruzione<sup>31</sup>, riconoscendo che il d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87 ha modificato la

<sup>31</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 5020 del 26 novembre 2024, dep. 2025; per un commento, cfr. C. SANTORIELLO, *Omesso versamento di ritenute: la nuova disciplina non si applica agli inadempimenti fino al*

struttura del reato, introdotto una condizione obbiettiva di punibilità per cui la rilevanza penale del fatto, sin da principio, di sottrarsi al pagamento dell'obbligazione tributaria, è integrata allorquando, al momento della consumazione del reato, ora differita al 31 dicembre dell'anno successivo a quello di presentazione delle rispettive dichiarazioni annuali di sostituto di imposta, non sia in corso di estinzione il pagamento mediante la rateizzazione delle somme dovute, ovvero questa non sia stata richiesta, ovvero vi sia stata decadenza dalla rateizzazione già concessa in presenza di debito residuo superiore a euro 50.000,00. In tale contesto, le sanzioni e la soglia base di punibilità restano, invece, immutate, così come risulta immutata la condotta e l'omissione di versamento delle "ritenute risultanti dalle certificazioni rilasciate ai sostituiti", mentre a cambiare è il momento consumativo del reato, slittato ora al 31 dicembre dell'anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta, a fronte della precedente versione che prendeva in considerazione il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta. Se tale slittamento della rilevanza penale del fatto è coerente con la finalità di rendere effettivi i presupposti per l'avverarsi delle condizioni di non punibilità, e in particolare per l'accesso alla rateizzazione del debito relativo all'imposta evasa, non di meno, sul piano della successione delle leggi penali, lo stesso comporta un allungamento dei termini di prescrizione del reato a sfavore dell'imputato (che non abbia in corso di estinzione dell'obbligazione tributaria per fatti pregressi alla data di entrata in vigore della legge), sicché deve ritenersi la nuova previsione di cui all'art. 10-*bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, norma più sfavorevole, per effetto dello slittamento di un anno per i fatti pregressi rispetto alla sua entrata in vigore. La nuova disposizione, perciò, sarà applicabile per le condotte di omesso versamento delle ritenute certificate relative all'anno 2023 (non essendo ancora scaduto il termine ante vigente al 31/12/2024) che beneficeranno dello slittamento di

---

*periodo 2022*, in *Fisco*, 2025, 11, 995. La pronuncia ha anche affermato il principio di diritto per cui ai fini dell'integrazione del delitto di omesso versamento di ritenute certificate, di cui all'art. 10-*bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, come risultante dalla declaratoria di parziale incostituzionalità ad opera della sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2022, l'avvenuto rilascio ai lavoratori sostituiti delle certificazioni attestanti le ritenute effettivamente operate dal datore di lavoro e l'ammontare di queste può essere provato anche mediante il loro inserimento nel cassetto fiscale di ogni singolo dipendente, in quanto equivalente alla messa a disposizione e conoscenza attraverso la consultazione del sito dell'Agenzia delle Entrate, i cui contenuti conoscitivi sono stati implementati dall'art. 23 d.lgs. 8 gennaio 2024, n. 1.

un anno, ma per quanto riguarda gli omessi versamenti delle ritenute certificate fino all'anno di imposta 2022, per i quali il termine di rilevanza penale era fissato al 31/12/2023, troverà applicazione la disposizione precedente alla modifica normativa, per individuare la data del commesso reato per coloro che non hanno in corso alcun piano di pagamento.

La modifica normativa si inserisce, secondo la legge delega, nel quadro di un raccordo sempre più stretto tra vicende estintive, ora anche parziali, del debito tributario di rilievo amministrativo, cause di non punibilità e condizioni obiettive di punibilità dei reati tributari riscossivi previsti dagli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. 74/2000.

Nella nuova configurazione della fattispecie, quale spiegata nella relazione governativa:

(a) la rateazione delle somme dovute prevista dall'art. 3-*bis* d.lgs. n. 462/1997 in esito ai controlli automatici e formali costituisce causa di momentanea non punibilità dei predetti reati purché regolarmente in essere al momento dell'integrazione del nuovo termine di consumazione dei reati (31 dicembre dell'anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta o della dichiarazione annuale IVA) e mantenuta attuale sino alla riduzione dell'ammontare del debito residuo in ulteriore sotto-soglia, non superiore, rispettivamente, ad euro cinquanta-mila per il reato di cui all'art. 10-*bis* e a settantacinquemila per il reato di cui all'articolo 10-*ter*; al di sotto di queste sotto-soglie "minori", neppure la decadenza dalla rateazione impedirà una causa sopravvenuta di non punibilità che finisce per affrancarsi da alcuni dei rigori delle previsioni dell'art. 13, comma 1, d.lgs. 74 del 2000<sup>32</sup>, a principiarsi dall'integrale pagamento del debito tributario, comprensivo anche di sanzioni ed interessi;

(b) per contro, la decadenza dal beneficio della rateazione, ai sensi dell'art. 15-*ter* d.p.r. n. 602/73 si configura quale condizione obiettiva (sopravvenuta) di punibilità se intervenuta dopo il termine di consumazione, ora differito in presenza di un debito residuo di consistenza superiore alle sotto-soglie minori prima indicate.

Rispetto al regime precedente, appare inequivoco il mutamento del valore penale nell'economia della struttura della fattispecie rappresentato dall'intesa di rateazione senza estinzione del debito; parimenti, ancora, è a dirsi rispetto all'ammissione

---

<sup>32</sup> Tale norma prevede, per i reati di cui agli artt. 10-*bis*, 10-*ter*, 10-*quater*, comma 1 d.lgs. n. 24/2000, la non punibilità in presenza di integrale pagamento del debito tributario, comprensivo anche di sanzioni ed interessi, pur se intervenuto a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, ove avvenga prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado.

o all'omologa di una procedura di concordato con transazione fiscale *ex art. 182-ter l. fall.* o di una procedura di *cram down* fiscale e previdenziale *ex art. 180*, quarto comma, l. fall., senza soddisfazione del debito erariale.

La previgente giurisprudenza di legittimità, infatti, aveva affermato, in tema di reati tributari, che l'accordo tra il contribuente e l'amministrazione finanziaria per la rateizzazione del debito, quantunque comportasse la rimodulazione della sua scadenza, scansionata nel tempo in corrispondenza ai termini delle singole rate, non escludeva che, al verificarsi di detta scadenza senza la soddisfazione totale del debito, il reato restasse comunque configurabile, in quanto la previsione di una causa sopravvenuta di non punibilità del fatto lasciava immutata l'illiceità della condotta, non scriminabile ai sensi dell'art. 51 c.p. né ai sensi dell'art. 59, comma quarto, c.p., cadendo l'errore del contribuente su norme penali (nella specie gli artt. 10-*ter* e 13, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), con conseguente applicazione dell'art. 5 c.p.<sup>33</sup> In queste ipotesi, allo stare del diritto previgente, avrebbe potuto operare soltanto la causa di non punibilità di cui all'art. 13 d.lgs. n. 74/2000, qualora il debito d'imposta fosse stato integralmente soddisfatto nei termini indicati nella norma<sup>34</sup>. L'accordo di rateizzazione, dunque, produceva senz'altro i suoi effetti nell'ambito tributario e, nei limiti indicati dal legislatore dall'art. 13, comma terzo, d.lgs. n. 74/2000, anche in quello penal-tributario, quale speciale causa di non punibilità del reato di omesso versamento, consumatosi alla scadenza del termine penale lungo per l'adempimento, in ragione del pagamento integrale del debito tributario<sup>35</sup>. L'accordo rateale assumeva un peculiare significato immunizzante per l'eseguità della confisca; infatti, in tema di reati tributari, la previsione previgente di cui all'art. 12-bis, comma 2, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 – secondo la quale la confisca, diretta o per equivalente non operava per la parte del profitto o del prezzo del reato che il contribuente si impegnava a versare all'erario anche in

---

<sup>33</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 16472, 28 febbraio 2020, rv. 279012 – 02, confrontatasi proprio con l'art. 3-*bis* d.lgs. n. 462/1997.

<sup>34</sup> Cass. pen., Sez. 3, 13 luglio 2018, n. 48375. In motivazione, la Cassazione ha precisato che l'effetto novativo dell'obbligazione che deriva dall'accordo tra il contribuente e l'amministrazione rimane circoscritto all'ambito tributario, non producendo conseguenze sul piano penale.

<sup>35</sup> La S.C. ha evidenziato, infatti, che, a seguito della riforma legislativa del 2015, quanto costituiva una circostanza attenuante è stato elevato a causa di non punibilità del reato, la quale tuttavia non incide sulla struttura della fattispecie incriminatrice né sulla illiceità della condotta tipica, rappresentando piuttosto una causa sopravvenuta in ragione della quale – sulla base di valutazioni di opportunità di politica legislativa – un reato già consumato non viene punito. In altri termini, la previsione della non punibilità del fatto lascia immutata l'illiceità della condotta, di talché non può sostenersi l'assenza di una lesione del bene giuridico, né potrebbe ritenersi scriminata la condotta ai sensi dell'art. 51 c.p.

presenza di sequestro – veniva intesa nel senso che, per la parte coperta da tale impegno, la confisca poteva comunque essere adottata nonostante l'accordo rateale intervenuto, ma non era eseguibile, producendo i suoi effetti solo al verificarsi del mancato pagamento del debito<sup>36</sup>.

Si sono registrati dei passi avanti per la transazione fiscale concordata ai sensi dell'art. 182-*ter* l. fall., ove omologata prima della consumazione del reato. Generale è stato il riconoscimento che tale transazione, infatti, può escludere la configurabilità del delitto *ex art. 10-bis* cit., ove sia omologata prima della consumazione del reato coincidente con la data di scadenza prevista per il versamento omesso<sup>37</sup>. Non è mancata qualche pronuncia<sup>38</sup> che ha ricollegato questo effetto, per il reato *ex art. 10-ter* cit., già all'ammissione tempestiva, prima della scadenza, al concordato preventivo con pagamento dell'IVA dilazionato o parziale dell'imposta, in forza dell'art. 182-*ter* l. fall., come modificato dall'art. 1, comma 81, l. 11 dicembre 2016, n. 232. L'ultima sistemazione giurisprudenziale ha optato, rispetto al delitto dell'art. 10-*bis* cit., per queste diversificate soluzioni<sup>39</sup>: (a) l'esclusione della configurabilità del delitto, in caso di omologazione del concordato intervenuta prima della data di scadenza del versamento, che incide sul termine di pagamento (dilazionabile ovvero frazionabile in più rate) ed eventualmente sull'importo del tributo, riducibile per effetto dell'accordo, con eventuale rimodulazione del debito al di sotto della soglia di punibilità; (b) la scriminante *ex art. 51 c.p.* (adempimento di un dovere imposto da un ordine legittimo dell'autorità) rispetto agli obblighi scaduti tra la presentazione dell'istanza di ammissione al concordato, "in bianco" o con deposito del piano, e l'adozione del relativo

<sup>36</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 18034 del 5 febbraio 2019 rv. 275951 – 01.

<sup>37</sup> Secondo la giurisprudenza (Cass. pen., Sez. 3, n. 6591 del 26 ottobre 2016, dep. 2017, rv. 269146 – 01) l'accordo transattivo tempestivamente omologato mutava gli elementi costitutivi del reato *ex art. 10-bis*, incidendo sia sul termine di pagamento (dilazionabile ovvero frazionabile in più rate), sia sull'importo del tributo, suscettibile di essere ridotto per effetto dell'accordo, con eventuale rimodulazione del debito al di sotto della soglia di punibilità; di modo che il titolo di pagamento non può dirsi più la dichiarazione annuale di sostituto di imposta o dai certificati rilasciati ai sostituiti, bensì la transazione fiscale, il cui eventuale successivo inadempimento comportava la revoca della transazione stessa, ma non anche la reviviscenza del reato.

<sup>38</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 39696 dell' 8 giugno 2018, rv. 273838 – 01 per il reato *ex art. 10-ter* cit. Per un commento v. F. DI VIZIO, *I rapporti tra la dilazione concordataria ed il reato di omesso versamento dell'IVA*, in *Fall.* 2019, 3, 362 ss. Cass. pen., Sez. 3, n. 2860 del 30 ottobre 2018, dep. 2019, rv. 274822 – 01 a favore dell'integrazione della scriminante *ex art. 51 c.p.* allorché i provvedimenti impositivi del dovere di non adempiere all'obbligo tributario (come l'ammissione al concordato preventivo ovvero, in alternativa, il provvedimento del tribunale di divieto del pagamento di crediti anteriori) siano antecedenti alla scadenza di tale obbligo.

<sup>39</sup> Cass. pen., Sez. 3, 20 novembre 2024, dep. 2025, n. 1043.

decreto, in presenza di un provvedimento del tribunale con cui vietato o comunque non autorizzato, come invece richiesto dall'interessato, il pagamento dei suddetti debiti; (c) la causa di non punibilità *ex art.* 13, comma 1, d.lgs. n. 74 del 2000 in caso di omologazione del concordato preventivo in data successiva a quella in cui l'inadempimento determina la consumazione del delitto, anche se disposta in presenza di voto contrario dell'Amministrazione finanziaria *ex art.* 180, quarto comma, l. fall., implicante il c.d. *cram down* fiscale e previdenziale (parificabile alla transazione fiscale in sede di concordato preventivo ai sensi dell'art. 182-*ter* r.d. n. 267 del 1942), quando all'omologa segua, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, l'integrale pagamento dell'importo stabilito nell'atto omologato (il concordato omologato rientrando nelle «speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie» richiamate da tale norma, che non richiede l'integrale pagamento del debito, ammettendo la possibilità di “riduzione” degli importi da versare ed opera anche quando il debito tributario sia a carico di un soggetto diverso dall'autore del reato); (d) la causa di esclusione del *periculum in mora* per disporre o mantenere il sequestro funzionale alla confisca del profitto del reato, ove a fronte del concordato omologato difetti l'integrale pagamento del debito ma ricorra la regolarità degli adempimenti prefissati nel concordato preventivo omologato, ciò in virtù dell'art. 12-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000, nel testo vigente a seguito della riforma recata dall'art. 1, comma 1, lett. e), d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87.

Ora la previsione della rateazione in seno alla struttura normativa delle fattispecie penali riscossive in commento induce ad immaginare diverse situazioni:

(a) la mancanza alla *nuova* data di consumazione dei reati di qualsiasi piano di rateazione in corso di validità (primi periodi degli artt. 10-*bis* e 10-*ter*); ciò integra il caso tradizionale dell'omesso versamento di un debitore erariale “incallito”<sup>40</sup>, insensibile alle possibilità offerte dall'ordinamento di estinguere il debito tributario o ridurlo ratealmente sotto la soglia “minore”;

(b) la presenza alla nuova data di consumazione dei reati di una curiosa condizione di non punibilità (condizionata)<sup>41</sup>, rappresentata dalla pendenza di un attuale piano di rateazione (dal quale cioè il contribuente non sia decaduto), a cui corrisponde una causa obiettiva di punibilità (la decadenza dal beneficio della rateazione, ai sensi

---

<sup>40</sup> L'espressione è di S. CAVALLINI, *Progressione omissiva e ineffettività progressiva: i delitti di omesso versamento dopo il d.lgs. 87/2024*, in *Sist. pen.*, 10 marzo 2025, 21.

<sup>41</sup> F. DI VIZIO, *L'irrefrenabile*, cit., 32; G. FLORA, *La riforma*, cit., 3.

dell'art. 15-*ter* d.p.r. 602/1973), ovvero una “contro-condizione”<sup>42</sup> intervenuta dopo il termine di perfezionamento ora differito, in presenza di un debito residuo di consistenza superiore alle soglie dianzi indicate e dalla quale decorrerà la prescrizione del reato; è la situazione del debitore erariale “volenteroso”, mostratosi sensibile alle opportunità di ridurre ratealmente il debito offerte dall’ordinamento e che sceglie di adottare tempestivamente (entro il 31 dicembre dell’anno successivo alla dichiarazione qualificante) un piano di rateazione che precluderà la punibilità sino al termine massimo di 5 anni (in caso di regolare pendenza del piano rateale) o comunque sino alla decorrenza del tempo necessario a ridurre sotto la soglia minore il debito residuo; in presenza di un piano di rateazione tempestivamente attivato e regolarmente mantenuto il reato sarà (o tornerà) punibile al ricorrere delle condizioni obiettive di punibilità di nuova introduzione (decadenza dal beneficio della rateazione senza riduzione sottosoglia “minore”);

(c) una possibile condizione sopravvenuta di non punibilità, rappresentata dalla riduzione rateale del debito tributario al di sotto della nuova soglia minore, intervenuta anche dopo il termine di consumazione ora differito e pur dopo la decadenza dalla rateazione.

Nelle evenienze *sub (b)* e *sub (c)* la vicenda penale risulta nitidamente condizionata da quella estintiva – anche solo parziale – maturata in sede amministrativa.

### 3.3. - *Le nuove condizioni obiettive intrinseche di punibilità: tra critiche, conferme e soluzioni*

Molti autori non condividono l’indicazione che in proposito hanno fornito il legislatore storico e qualche prima pronuncia della Cassazione, con particolare riferimento al richiamo alla categoria della “condizione obiettiva di punibilità” per la fase della rateazione del debito *ex art. 3-bis* del d.lgs. n. 462/1997. Probabilmente, le condizioni obiettive di punibilità avute presenti da questi commenti sono quelle collegate a ragioni di opportunità punitiva estranee al fatto tipico, che non contribuiscono a delineare l’offesa al bene giuridico e descrivono un evento successivo alla consumazione del reato, non dipendente da una condotta del reo. In particolare, la condizione di punibilità sarebbe l’esatto opposto del “meccanismo descritto nei novellati artt. 10-*bis* e 10-*ter* D.Lgs. 74/2000 in cui vi è una specularità tra disvalori del fatto tipico e valori dell’azione successiva che esclude la pena”<sup>43</sup>. Nello stesso senso, si ritiene che la

<sup>42</sup> F. DI VIZIO, *L’irrefrenabile*, cit., 32; G. FLORA, *La riforma*, cit., 3.

<sup>43</sup> A. INGRASSIA, *Tra dire e il fare*, cit., 1571.

qualificazione in termini di causa di non punibilità «pare difficilmente conciliabile con il dato, ritenuto insuperabile, che tanto l'adesione alla soluzione del pagamento rateale, quanto la successiva interruzione dei pagamenti – lungi dall'essere ricondotti nel novero dei fatti 'futuri e incerti' e, comunque, scollegati dalla condotta dell'agente, proprio perché riconducibili alle scelte di quest'ultimo – esorbitano dal confine tracciato dall'art. 44 c.p.»<sup>44</sup>.

Al netto della commendevole volontà di pervenire ad approdi dogmatici rassicuranti, in presenza di un prodotto normativo obiettivamente singolare, possono abbozzarsi parziali repliche alla critica in esame.

Va detto, anzitutto, che il legislatore delegato – o per meglio dire – l'estensore della relazione governativa di accompagnamento della riforma ha riferito la qualità di condizione obbiettiva di punibilità non (tanto) alla rateazione del debito *ex art. 3-bis* del d.lgs. n. 462/1997 ma alla sua negazione: in particolare, all'originaria mancata attivazione della rateazione formale *ex art. 3-bis* d.lgs. n. 462/1997 nei termini legalmente previsti e alla decadenza da quella già concessa. Inoltre, non si leggono nella qualificazione operata pretese di sottrarre questa condizione allo statuto del principio di colpevolezza scolpito nell'art. 27, comma 1, della Carta fondamentale. Infine, mentre la condizione di diritto privato si caratterizza per la sua natura di evento futuro ed incerto, la condizione *ex art. 44 c.p.*, seppur anch'essa caratterizzata da incertezza, non necessariamente consiste in un evento futuro, potendo ben verificarsi prima o contestualmente al fatto illecito cui accede.

Va riconosciuto che la ragione di più intenso dissenso rispetto alla qualificazione nei termini di condizione obbiettiva di punibilità dell'inottemperanza alla prescrizione di regolarizzare l'omissione nel versamento tributario e della mancata reintegrazione dell'interesse leso riposa su una diffidenza non detta verso tale istituto. Ed in effetti tradizionali sono state le aree di tensione dello stesso con il principio di colpevolezza che ne hanno accompagnato la vicenda storica. Come è noto, l'apprezzamento discrezionale della punibilità dei reati rappresentava una costante nel diritto penale dell'antico regime, con forme svariate ed in dipendenza di molteplici fattori d'ordine personale, sociale e politico. Il diritto penale moderno, in nome di un'esigenza ugualitaria, ha sancito, invece, il principio del nesso indefettibile tra reato e punibilità; ma la consapevolezza che, in alcuni casi, tale nesso indefettibile contrasta con ragioni di opportunità obiettivamente rilevanti, ha indotto a mantenere, in tali casi, la presenza, in

---

<sup>44</sup> M. RIVERDITI, *I reati di omesso versamento post riforma: un esempio di fattispecie a tipicità variabile*, in *Giurisprudenza penale web*, 2025/2, 4.

forma tipica, di elementi condizionanti la punibilità, perequando l'efficacia degli stessi elementi sul piano dell'uguaglianza e togliendo loro il carattere di privilegio arbitrario<sup>45</sup>. In generale, poi, le condizioni obiettive di punibilità si pongono lungo la sottile linea di confine tra tipicità e punibilità<sup>46</sup> e soccorrono la cd. teoria del reato cd. "quadripartita": per essa la punibilità è il quarto ed autonomo elemento del reato<sup>47</sup>, che rende ipotizzabile un reato *sub condicione*<sup>48</sup>.

Va però ricordato, in proposito, che è oramai acquisita la distinzione delle condizioni di punibilità estrinseche (o proprie), che – proprio perché estranee al divieto penale – sono sottratte alla regola della rimproverabilità desumibile dall'art. 27, comma 1, Cost., e, a norma dell'art. 44 c.p., rendono punibile la condotta incriminata anche se non sono volute dall'agente, e le condizioni intrinseche (o improprie) – proprio perché incidono sul bene tutelato – devono essere coperte dal principio di colpevolezza, sicché finiscono per mascherare veri e propri elementi costitutivi del reato, imputabili all'agente almeno a titolo di colpa. Il ricorso a tali figure non è estraneo all'esperienza giuridica recente.

Ad esempio, in tema di gestione dei rifiuti, l'omessa bonifica del sito inquinato secondo le scadenze procedurali disciplinate dall'art. 17 d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 è stata ritenuta integrare una condizione obiettiva di punibilità "intrinseca" a contenuto

<sup>45</sup> In termini, C. cost. n. 247 del 1989.

<sup>46</sup> P. LEONE, *Il reato "condizionato": le cd. condizioni obiettive di punibilità*, in *Cammino Diritto*, 3 maggio 2024. Interessante la rassegna dei criteri distintivi tra condizioni estrinseche e intrinseche di punibilità così compendiabili: (i) criterio della progressione rispetto allo stesso bene giuridico tutelato dalla norma (T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 1993, 445-446); (ii) criterio letterale rispetto a pressioni sintomatiche di una frattura tra la struttura essenziale del reato ed un *quid pluris* (A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 392; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 390); (iii) criterio sostanziale, per il quale le condizioni obiettive di punibilità sono quei profili, estranei al reato, già perfetto in tutti i suoi elementi essenziali, che testimoniano la volontà di infliggere una risposta sanzionatoria, all'esito di una valutazione di politica criminale; (iv) criteri combinati tra quelli enunciati (F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto*, XIX, Torino, 1973, 51-52).

<sup>47</sup> G. COCCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *Scritti in onore di Stile*, Napoli, 2013, 497 e ss.; G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, in *Trattato breve di diritto penale*, Padova, 2017.

<sup>48</sup> Come ricorda P. LEONE, *ult op. cit.*, 3-4, preferendo la teoria della tripartizione, le condizioni obiettive di punibilità (anche quelle negative) sono ricondotte nell'alveo dell'antigiuridicità e non a quello della colpevolezza. Un fatto è antigiuridico e, quindi, idoneo ad integrare una fattispecie di reato punibile, solo in presenza della condizione. Invece, ove venga preferita la teoria quadripartita, che scinde illiceità e punibilità, elevando quest'ultima ad autonomo elemento costitutivo del reato, consegue che un fatto, tipico, antigiuridico e colpevole, in astratto meritevole di pena, potrà essere ritenuto bisognoso di pena e, quindi, in concreto punito, solamente ove sia sussista la condizione obiettiva di punibilità. Alla luce della teoria quadripartita, in talune accezioni, si è in presenza di un reato "*sub condicione*".

negativo incidente sull'interesse tutelato dalla fattispecie, in quanto il legislatore ha condizionato la punibilità del reato all'ulteriore condotta omissiva del contravventore il quale, sebbene destinatario di ordinanza di diffida sindacale, non provvede alla bonifica del sito inquinato avendo cagionato l'inquinamento ovvero un pericolo concreto ed attuale di inquinamento<sup>49</sup>. Ancora, il meccanismo di estinzione delle contravvenzioni in materia di sicurezza ed igiene del lavoro previsto dal d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, ha previsto all'art. 24 l'adempimento della prescrizione amministrativa da parte del contravventore: la condotta di inottemperanza all'obbligo di regolarizzazione indicato dall'organo di vigilanza, purché ascrivibile al soggetto agente quanto meno a titolo colposo, integra una condizione di punibilità "intrinseca", cioè incidente sull'interesse tutelato dalla fattispecie, in quanto il legislatore ha condizionato la punibilità del reato all'ulteriore comportamento del contravventore che non regolarizzi le condizioni di igiene e sicurezza del lavoro, rimuovendo l'offesa arrecata all'interesse protetto<sup>50</sup>. Proprio la dottrina ha elaborato la categoria delle condizioni di punibilità "intrinseche" come quelle che incidono nell'interesse protetto, perché approfondiscono o aggravano la lesione di questo interesse già consumata con la commissione del fatto-reato.

In altri termini, non si ravvisano discontinuità con l'esperienza normativa tradizionale maturata in diversi settori rispetto alla scelta di condizionare la punibilità del reato offensivo dell'interesse tributario all'ulteriore comportamento di inottemperanza alla prescrizione di regolarizzare l'omissione – nel caso consistente nell'omissione nel versamento rateale tributario – sostenuto dalla volontà di non reintegrare l'interesse leso. Quale condizione intrinseca di punibilità l'inottemperanza all'obbligo di regolarizzazione tributaria (sia originaria, al momento della scadenza del termine penale lungo, ove non vi è mai stato accesso alla rateazione, sia sopravvenuta, in presenza di decadenza dalla rateazione inizialmente attivata) individua un evento che rende attuale l'offesa all'interesse protetto o, se si vuole, che ne costituisce una progressione, concorrendo nel delineare l'offesa nel suo nucleo essenziale<sup>51</sup>. Non dissimilmente da quello che avviene in una fattispecie comune, come l'insolvenza fraudolenta *ex art. 641 c.p.* che incrimina la condotta soltanto "qualora l'obbligazione non sia adempiuta".

Ciò non esclude che questa condizione di punibilità, intrinseca al bene tutelato,

---

<sup>49</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 26479 del 14 marzo 2007, rv. 237132 – 01. In motivazione la Corte ha ulteriormente precisato che ciò si giustifica in quanto il mancato raggiungimento dell'obiettivo della bonifica determina un aggravarsi dell'offesa al bene tutelato dalla norma incriminatrice, già perpetrata dalla condotta di inquinamento.

<sup>50</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 14777 del 22 gennaio 2004, rv. 228467 – 01.

<sup>51</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1993, 383.

debba essere “coperta” dalla colpevolezza dell’agente, non potendo applicarsi lo statuto dell’art. 44 c.p. che autorizzerebbe una responsabilità per il reato sottoposto a condizione di punibilità “anche se l’evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto”. Perciò, corrispondentemente, anche nella fattispecie di cui trattasi, a nostro avviso, la condizione di punibilità non costituisce un mero “evento”, ma piuttosto una “condotta” dell’agente (l’inottemperanza all’obbligo di regolarizzazione) che funge da rimproverabile condizione di punibilità, in quanto sostenuta dall’atteggiamento psicologico minimo e dalla possibilità di reintegrare l’interesse leso per difetto di situazioni di caso fortuito o per forza maggiore. Pertanto, concorrendo le condizioni intrinseche a delineare i tratti essenziali del fatto penalmente rilevante, ai fini del rispetto del principio di legalità è necessario che il loro verificarsi sia prevedibile ed evitabile, da parte del soggetto agente, secondo i criteri generali di imputazione soggettiva previsti dall’art. 42 c.p. come interpretati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 364/1988 e n. 1085/1988<sup>52</sup>.

Alla stregua di essi il principio «*qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu*» contrasta con l’art. 27, primo comma, Cost. La sentenza della Corte cost. n. 364 del 1988, nell’interpretare, alla luce dell’intero sistema costituzionale, il principio di colpevolezza ora richiamato, ha sancito che dal medesimo risulta richiesto, quale essenziale requisito subiettivo d’imputazione, oltre alla coscienza e volontà dell’azione od omissione, almeno la colpa quale collegamento subiettivo tra l’autore del fatto ed il dato significativo (sia esso evento oppur no) addebitato. Non è costituzionalmente legittimo addebitare all’agente anche gli ulteriori eventi (si pensi alla mancata restituzione della cosa per caso fortuito o forza maggiore nel reato *ex art. 626 c.p.* o, nel caso che interessa, all’impossibilità di continuare nel versamento rateale) nella produzione dei quali la volontà del reo sia rimasta totalmente estranea e che, pertanto, non sono rimproverabili allo stesso reo<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> La sentenza ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 626, primo comma, n. 1, c.p. nella parte in cui non estende la disciplina ivi prevista alla mancata restituzione, dovuta a caso fortuito o forza maggiore, della cosa sottratta.

<sup>53</sup> Dal primo comma dell’art. 27 Cost., come è stato chiarito nella citata sentenza n. 364 del 1988, non soltanto risulta indispensabile, ai fini dell’incriminabilità, il collegamento (almeno nella forma della colpa) tra soggetto agente e fatto (o, nella specie, tra soggetto ed elemento significativo della fattispecie) ma risulta altresì necessaria la rimproverabilità dello stesso subiettivo collegamento. L’unitarietà e la valutazione unitaria, in sede d’illiceità, di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie tipica, non esclude, tuttavia, che, in sede di colpevolezza, si analizzino i diversi dati, i singoli elementi che contribuiscono a contrassegnare il disvalore oggettivo del tipo: ed è in relazione a ciascuno di tali elementi che va ravvisata la rimproverabilità dell’autore del fatto per che possa concludersi per la sua personale

Questa ricostruzione – secondo la quale la consumazione del reato matura già alla scadenza del termine penale “lungo” indipendentemente dall’inizio e dalla conclusione della rateazione mentre la decadenza da quest’ultima costituisce condizione obiettiva di punibilità intrinseca da ricondurre entro lo statuto del principio di colpevolezza *ex art. 27 Cost.* – consente di confermare molte delle soluzioni della precedente giurisprudenza a proposito dei criteri di configurazione della responsabilità penale soggettiva per i reati *ex art. 10-bis* e *10-ter* in caso di mutamento delle cariche gestorie in organismi societari, in corrispondenza dei diversi momenti in cui maturano:

- (a) le omissioni nei versamenti di mero rilievo tributario-amministrativo;
- (b) la presentazione della dichiarazione annuale;
- (c) il termine penale “lungo” delineato dalle fattispecie penali (il 31 dicembre dell’anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione annuale);
- (d) l’attivazione e la decadenza dalla rateazione *ex art. 3-bis* d.lgs. n. 462/1997, laddove il debito tributario resti all’esito al sopra della sottosoglia minore.

Sussistendo il dolo generico richiesto dalla fattispecie incriminatrice e (alla luce della nuova configurazione) la condizione obiettiva di punibilità intrinseca dell’inottemperanza/decadenza al pagamento rateale, con residuo debito tributario sopra-soglia “minore” *ex artt. 10-bis*, comma 1, secondo periodo, *10-ter*, comma 1, secondo periodo, cit., riteniamo che dei reati riscossivi in esame debba essere chiamato a rispondere l’amministratore in carica al momento della scadenza del termine “penale” di adempimento<sup>54</sup> dell’obbligo di versamento delle imposte previste dalle fattispecie incriminatrici, anche se persona diversa:

- (i) da chi si trovava in carica al momento delle omissioni amministrative *sub (a)*;
- o
- (ii) da chi ebbe a presentare la relativa dichiarazione annuale<sup>55</sup> *sub (b)*; e

---

responsabilità penale. Soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità che, restringendo l’area del divieto, condizionano, appunto, quest’ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi) si sottraggono alla regola della rimproverabilità *ex art. 27*, primo comma, Cost. Perché l’art. 27, primo comma, Cost, sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all’agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovabili.

<sup>54</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. 3, n. 46459 del 29 marzo 2017, rv. 271311; ID., n. 14432 del 19 settembre 2013, dep. 2014, Rv. 258689.

<sup>55</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. 3, n. 34927 del 24 giugno 2015, rv. 264882; ID., n. 38687 del 4 giugno 2014, rv. 260390.

(iii) a nostro avviso, da chi si trova in carica al momento della decadenza dalla rateazione attivata ma non portata a compimento per inadempimento rateale esecutivo *sub (d)*.

Il precetto penale, infatti, resta diretto a chi ha il potere-dovere di adempiere l'obbligo fiscale di versamento nel termine di rilievo penale fissato dalla prima parte degli artt. 10-*bis* e 10-*ter*, cit. e, nelle società – salvo che sia diversamente disposto dallo statuto – tale incombenza spetta a chi ricopre la carica di amministratore alla scadenza di tale data. Prima di detto termine, nel sistema di raccordo previsto dall'art. 3-*bis*, comma 2-*bis* d.lgs. n. 462/1997, dovrebbe ora attivarsi tale speciale procedura di rateazione, il cui successivo eventuale insuccesso esecutivo non varrà ad estendere la responsabilità penale al diverso gestore che, succeduto al primo richiedente la rateazione, si trovi in carica al momento della inottemperanza-decadenza. Tale ultima estensione si sarebbe potuta ammettere solo se all'attivazione della rateazione speciale la riforma del 2024 avesse inteso ricollegare un'estensione della tipicità della condotta tenuta dopo il termine penale lungo, configurando una fattispecie penale ulteriore e comunque più ampia di quelle preesistente; come noto, invece, la legge delega 111/2023 non ha autorizzato l'Esecutivo ad introdurre nuove fattispecie penali né ad ampliare i confini oggettivi di quelle preesistenti.

Si ritiene che la giurisprudenza penale consolidata nella vigenza del precedente assetto offra utili conferme della esattezza di queste conclusioni. Può essere di interesse ripercorrere qualcuna delle precedenti affermazioni giurisprudenziali.

In particolare, la Cassazione ha già affermato che «risponde del reato di omesso versamento delle ritenute certificate, previsto dall'articolo 10-*bis*, d.lgs. n. 74 del 2000, anche l'amministratore subentrato nella legale rappresentanza dell'impresa, che versi in situazione di difficoltà finanziaria, salvo che dimostri di essere incorso, al momento della consumazione del reato, in errore sul fatto (art.47) ovvero che la sua omissione è dovuta a caso fortuito o forza maggiore»<sup>56</sup>. In applicazione del principio la S.C. ha ritenuto che la consapevolezza dell'amministratore "*pro tempore*" dell'avvenuta distrazione, da parte del suo predecessore, della liquidità necessaria al pagamento del debito tributario, non fosse elemento idoneo ad escludere il dolo della condotta omissiva ma, anzi, rendesse la sua condotta omissiva ancor più consapevole. Tali soluzioni muovono dalla considerazione del reato di cui all'art. 10-*bis* cit. quale delitto unisusistente che si consuma alla data di scadenza del cd. "termine lungo" previsto dalla

<sup>56</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 46459 del 29 marzo 2017, rv. 271311 – 01

norma incriminatrice, momento rispetto al quale l'elemento soggettivo (dolo generico, costituito dalla consapevolezza delle somme da versare e dall'inadempimento volontario) deve sussistere. È stato precisato, in particolare, che «fino alla scadenza del termine per la presentazione della dichiarazione relativa all'anno precedente, il comportamento omissivo del contribuente non è penalmente rilevante, e la condotta criminosa si realizza e consuma solo nell'istante in cui, alla detta scadenza, si registri un'omissione del versamento che (indipendentemente dalle modalità del suo formarsi) superi la soglia minima prevista», ciò perché «la condotta penalmente rilevante non è l'omesso versamento delle ritenute nel termine previsto dalla normativa tributaria, ma il mancato versamento delle ritenute certificate nel maggiore termine stabilito per la presentazione della dichiarazione annuale relativa al periodo di imposta dell'anno precedente (...) La prova del dolo è insita in genere nella duplice circostanza del rilascio della certificazione al sostituto e della presentazione della dichiarazione annuale del sostituto (Mod. 770), che riporta le trattenute effettuate, la loro data ed ammontare, nonché i versamenti relativi»<sup>57</sup>.

Parimenti, è stato riconosciuto che rispondono del delitto *ex art. 10-ter* cit. i nuovi liquidatori e gli amministratori "subentrati" ad altri nella carica dopo la presentazione della dichiarazione di imposta e prima della scadenza del termine lungo per il versamento<sup>58</sup>, entro i limiti di configurabilità del dolo eventuale<sup>59</sup>, da tenere rigorosamente distinto da forme dissimulate di rimproveri colposi. Infatti, generale è l'affermazione che chi assume la carica di liquidatore, al pari di chi assume quella di

---

<sup>57</sup> Cass. pen., Sez. un., n. 37425 del 28/03/2013; la sentenza, nel giustificare il principio che il reato di cui all'art. 10-*bis* D.lgs. n. 74 del 2000, entrato in vigore il 10 gennaio 2005, è applicabile anche alle omissioni dei versamenti relativi all'anno 2004, ha spiegato che la regola della cd. ignoranza inevitabile «può applicarsi al cittadino comune, sfornito di specifiche competenze, allorché egli abbia assolto il dovere di conoscenza con l'ordinaria diligenza attraverso la corretta utilizzazione dei mezzi di informazione, di indagine e di ricerca dei quali disponga (Sez. 1, n. 25912 del 18/12/2003, dep. 2004, Garzanti, Rv. 228235), mentre non può validamente essere invocata da chi svolge una attività rispetto alla quale ha il dovere di informarsi con diligenza sulla normativa esistente (Sez. 5, n. 22205 del 26/02/2008, Ciccone, Rv. 240440) – ed è certamente questo il caso, ricorrente nella specie, del legale rappresentante di una società di capitali, tenuto alla puntuale conoscenza e osservanza (anche attraverso la scelta e l'ausilio di collaboratori competenti) delle normative correlate allo svolgimento dell'attività imprenditoriale –, né in caso di mero dubbio interpretativo, che comporta comunque l'obbligo di evitare la condotta a rischio di sanzione (Sez. 6, n. 6991 del 25/01/2011, Sirignano, Rv. 249451; Sez. 3, n. 28397 del 16/04/2004, Giordano, Rv. 229060)».

<sup>58</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 3636 del 9 ottobre 2013, dep. 2014, rv. 259092; ID., n. 39687 del 4 giugno 2014, rv. 260390.

<sup>59</sup> Sulla configurabilità del dolo eventuale, cfr. Cass. pen., Sez. 3, n. 34927 del 24 giugno 2015 rv. 264882.

amministratore, si espone volontariamente a tutte le conseguenze che possono derivare da pregresse inadempienze. Nelle società di capitali, la responsabilità per i reati tributari è attribuita all'amministratore (individuato secondo i criteri *ex artt.* 2380 e ss., 2455 e 2475 c.c.), ovvero a coloro che rappresentano e gestiscono l'ente, tenuti a presentare e sottoscrivere le dichiarazioni rilevanti per l'ordinamento tributario (d.lgs. n. 74 del 2000, art. 1, lett. c) ed e), adempiendo agli obblighi conseguenti. La S.C. ha più volte riconosciuto, perciò, il dolo eventuale, e non la mera colpa, nel contegno del soggetto che, subentrando ad altri dopo la dichiarazione di imposta e prima della scadenza del versamento, abbia assunto la carica di liquidatore, senza aver compiuto il previo e semplice controllo, di natura puramente documentale, sugli ultimi adempimenti fiscali; nei casi in cui il debito verso l'Erario non risulti particolarmente remoto, occulto o di difficile accertamento, massime di comune esperienza (per cui l'assunzione della carica di amministratore o di liquidatore comporta una minima verifica della contabilità, dei bilanci e delle ultime dichiarazioni dei redditi) consentirebbero di concludere che l'inadempimento delle doverose e minime verifiche agevolmente realizzabili equivale ad esposizione volontaria a tutte le conseguenze che possono derivarne, situazione del resto ovviabile rassegnando le dimissioni una volta svolte le verifiche del caso, salvo dimostrazione dell'assoluta impossibilità della verifica della contabilità societaria o della falsità dei dati contabili.

Quanto all'*ex* amministratore sostituito che, dopo aver presentato la dichiarazione annuale, "all'ultimo" venga sostituito prima del maturare le termine penale lungo, è stato stabilito che egli non sarà responsabile salvo che non si dimostri che ha inequivocabilmente preordinato la condotta rispetto all'omissione del versamento (ad esempio, dimettendo artatamente la carica di amministratore della persona giuridica soggetto IVA), ovvero abbia fornito un contributo causale, materiale o morale, da valutarsi a norma dell'art. 110 cod. pen., all'omissione della persona obbligata, al momento della scadenza, al versamento dell'imposta dichiarata<sup>60</sup>.

Secondo il consolidato orientamento di legittimità, di consimili reati omissivi l'amministratore di una società risponde anche laddove sia mero prestanome di altri soggetti che abbiano agito quali amministratori di fatto, in quanto l'accettazione della carica attribuisce allo stesso doveri di vigilanza e controllo sulla corretta gestione degli affari sociali, il cui mancato rispetto comporta responsabilità a titolo di dolo generico, nell'ipotesi di accertata consapevolezza che dalla condotta omissiva possano scaturire

---

<sup>60</sup> Cass pen., Sez. 3, n.53158 del 2 luglio 2014, rv. 261596.

gli eventi tipici del reato, ovvero a titolo di dolo eventuale in caso di semplice accettazione del rischio che questi si verifichino<sup>61</sup>.

Non si ravvisano, dunque, particolari problematicità nell'ammettere la responsabilità dell'amministratore in carica alla scadenza del termine penale lungo ove lo stesso si identifichi con quello in carica al manifestarsi della decadenza dalla rateazione e dunque in condizioni di persistente dominio sull'adempimento esecutivo del piano rateale.

Maggiore problematicità presenterà l'evenienza in cui si realizzi la dissociazione tra le due qualità soggettive. In questa ipotesi, in via di approssimazione, potranno darsi due possibilità. La prima è che sia il nuovo amministratore a decidere di non proseguire nel pagamento rateale per scelta imprenditoriale di impiego delle risorse. L'altra, che si verifichi una crisi di liquidità tale da impedire anche il pagamento rateale sottosoglia "minore" e comunque tale da non impedire la decadenza dal piano rateale.

In entrambe le evenienze il nuovo gestore dell'ente esporrà quest'ultimo ad un maggior carico sanzionatorio e di interessi ma certamente non assumerà personalmente una responsabilità penale per un fatto già tipico e consumato prima del suo intervento. Per contro, in entrambi i casi riteniamo che, in ossequio allo statuto della colpevolezza definito dalla Corte costituzionale, per la non punibilità dell'amministratore sub (c) (cioè di colui che era in carica in concomitanza rispetto al termine penale "lungo" delineato dalle fattispecie penali) potranno rilevare solo situazioni riconducibili a forza maggiore o caso fortuito, connotate dai confini diversi dalla nuova esimente di cui all'articolo 13, comma 3-*bis* cit. (v. *infra*), quest'ultima essendo riservata alla fase concomitante al fatto tipico e dunque non estesa alla rateazione posteriore. Per assumere valenza scusante, dunque, il mancato pagamento dovrà: (i) non dipendere dalla scelta di non far debitamente fronte all'esigenza predetta; (ii) essere non imputabile al debitore quale fatto "imponderabile, imprevisto e imprevedibile"; (iii) non essere fronteggiabile, per cause indipendenti dalla volontà e non imputabili al debitore, tramite misure in concreto idonee a reperire le risorse necessarie, pur ricorrendo, eventualmente, ad azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale.

#### 3.4. - Ricostruzioni alternative: suggestioni e limiti.

Ove si prescindano dai criteri della delega e dai "suggerimenti" della relazione di

---

<sup>61</sup> Cfr., con riguardo all'analogo reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali, Cass. Sez. 3, n. 7770 del 5 dicembre 2013, dep. 2014, rv. 258850.

presentazione della riforma i risultati esegetici si diversificano in maniera sorprendente senza pervenire a soluzioni appaganti.

Alcuni autori hanno sostenuto, ad esempio, che l'adesione alla rateazione e il successivo pagamento rappresenterebbero azioni antagoniste a quella dell'illecito in termini di condotta, intenzione e, soprattutto, d'evento, onde si sarebbe in presenza di una "contro-azione compensativa tipica delle cause sopravvenute di non punibilità"<sup>62</sup>. Quanto alla osservazione critica che, contrariamente all'ordinaria struttura e al tipico *modus operandi* delle cause sopravvenute di non punibilità, nel caso di specie la condotta che elimina le conseguenze negative del reato potrebbe essere tenuta – almeno in parte – addirittura prima della consumazione del delitto, se ne suggerisce il superamento individuando il momento consumativo del delitto nella presentazione della dichiarazione IVA o del sostituto. Quest'ultima ricostruzione, in evidente contrasto con la posizione del legislatore delegato e con il tessuto letterale della attuale previsione, giunge a modificare la tempistica tipica di consumazione delle fattispecie penali, rivelandosi, essenzialmente, quale proposta *de iure condendo*.

Altre opinioni, invece, hanno fatto ricorso alla figura della "causa di esclusione del tipo": il legislatore avrebbe ridisegnato la tipicità del fatto, rendendo irrilevante una parte della vicenda cui invece in precedenza era attribuita rilevanza penale<sup>63</sup>. Tuttavia, nella misura in cui attribuisce all'intervento del legislatore la volontà di ridurre gli spazi di tipicità dei delitti di omesso versamento, la ricostruzione sconta il limite di ammettere una parziale *abolitio criminis*, non legittimata dalla legge delega, finendo per edificarsi su presupposto friabile: l'eccesso di delega da parte del d.lgs. n. 87/2024, con violazione degli artt. 25 e 76 Cost.

Secondo altri autori, invece, la nuova struttura degli artt. 10-*bis* e 10-*ter* sostanzierebbe una nuova ipotesi delittuosa; accanto (*a*) al tradizionale omesso versamento iniziale, serenamente incurante di ogni prospettiva di rateazione, si sarebbe affiancata (*b*) «la violazione del procedimento di pagamento rateale del debito tributario 'sopra-soglia' [dovendosi] valorizzare la decadenza dal piano di rateizzazione in modo autonomo rispetto ad una semplice condizione sospensiva di punibilità». L'interruzione del piano rateale lederebbe ulteriori interessi rispetto alla mera pretesa erariale – alla cui tutela sarebbe invece diretta la previsione punitiva sub (*a*) – connessi all'«affidamento che l'ordinamento riconosce al contribuente che, pur tardivamente (ma pur sempre nell'ambito del perimetro del legittimo impiego degli strumenti riscossivi

<sup>62</sup> A. INGRASSIA, *Tra il dire e il fare*, cit., 1572.

<sup>63</sup> M. RIVERDITI, *I reati*, cit., 4.

messi a disposizione dal legislatore), manifesta la volontà di estinguere il debito penalmente sanzionato. L'interruzione del pagamento, in tal caso, rappresenta (altresì) una violazione della fiducia accordata al contribuente e un aggravio (quantomeno in via potenziale) del rischio di mancato recupero del credito (sia per il trascorrere del tempo; sia per l'eventuale ulteriore compromissione della capacità patrimoniale del contribuente)»<sup>64</sup>. Onde, quando il contribuente sia una persona giuridica e chi sottoscrive il piano rateale sia una persona fisica diversa da chi, successivamente, si sottrae al suo adempimento a fronte di un debito residuo sovra-soglia, la “decadenza dal beneficio della rateazione” integrerebbe un'autonoma ipotesi delittuosa, incentrata sull'omesso versamento delle rate da cui consegue la decadenza penalmente rilevante, ove, in tal caso, resti superata la soglia di riferimento: di essa dovrebbe rispondere il soggetto che, posto a capo della società, non abbia portato a termine il piano di rateizzazione, mentre dell'originaria omissione risponderebbe l'amministratore all'epoca dei fatti<sup>65</sup>. Agevole segnalare, a supporto della problematica ammissibilità di un tale ricostruzione, che la qualificazione dell'innovazione nei termini di nuova fattispecie delittuosa ne comporterebbe l'incostituzionalità per eccesso di delega.

Si è affacciata, da ultimo, anche una diversa ipotesi esegetica per la quale per i riformati reati *ex artt. 10-bis e 10-ter d.lgs. n. 74/2000* sarebbero previste una nuova causa di estinzione (il pagamento rateale sino ad importi sottosoglia “minore”, realizzato anche dalla persona fisica diversa da quella che ha commesso l'illecito) e una condizione sospensiva di punibilità (collegata alla vigenza di una procedura rateazione), con consumazione al momento della scadenza del termine fissato per il versamento delle imposte non corrisposte<sup>66</sup>. Tale assetto sarebbe omogeneo alle procedure di estinzione degli illeciti in materia di sicurezza del lavoro (artt. 301 d.lgs. n. 81/2008 e 20 ss. d.lgs. n. 758/1994), ambientale (artt. 318-*bis* d.lgs. n. 152/2006) o alimentare (art. 12-*ter* legge 30 aprile 1962, n. 283), nei quali, dopo la constatazione del reato, la punibilità è sospesa in attesa che, entro un termine predeterminato e definito dall'organo accertatore, il responsabile della violazione elimini le conseguenze della condotta e versi una

---

<sup>64</sup> M. RIVERDITI, *I reati*, cit., 6, da cui è tratta anche la citazione precedente. Nello stesso senso R. LUCEV, *La riforma*, cit., 1264, che pone in risalto la funzionalizzazione riscossiva del diritto penale tributario, sostenendo che la decadenza dal beneficio della rateizzazione rappresenta una condotta penalmente rilevante e autonoma

<sup>65</sup> Per un'analisi di tale ricostruzione cfr. C. SANTORIELLO, *Rapporto fra reati di omesso versamento e procedura di rateizzazione*, in *Fisco*, 12/2025, 1047 e ss.

<sup>66</sup> Cfr. C. SANTORIELLO, *Rapporto fra reati di omesso versamento e procedura di rateizzazione*, in *Il Fisco*, 12/2025, 1047 e ss.

determinata somma di denaro. Anche per i novellati reati di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. n. 74/2000, alla commissione del reato non seguirebbe immediatamente l'applicazione della sanzione, in attesa di verificare se il responsabile dello stesso – o altro soggetto per suo conto – proceda a determinati adempimenti, compreso il versamento di una somma. La possibile dissociazione fra autore dell'illecito e soggetto che decide se procedere o meno all'estinzione dello stesso (accedendo ed ultimando una procedura di rateazione) costituirebbe evenienza ordinaria, corrispondendo ad un'impostazione da tempo presente per i reati connessi all'esercizio dell'impresa. Tale ricostruzione è provvista più di una portata descrittiva che dogmatica; vale, cioè, più a spiegare come funziona il proficuo svolgimento della rateazione rispetto alla punibilità dei reati riscossivi di quanto aspiri a chiarire in cosa consista e cosa rappresentino nella struttura del reato l'inottemperanza alla rateazione e con essa l'indisponibilità alla reintegrazione dell'interesse leso. Lo rivela l'assimilazione della pretesa causa di estinzione speciale a cause di non punibilità espressamente codificate per tali (art. 13 d.lgs. n. 74/2000), così come l'analogia degli effetti sospensivi tratta da procedure estintive esterne alla fattispecie penale consumata. In detta prospettiva rileva la sua efficacia e può essere letta in termini complementari con quella sopra sostenuta che si qualifica per la salvaguardia della rimproverabilità sostanziale delle condizioni obiettive di punibilità "improprie".

#### **4. Le "nuove" cause di non punibilità dei reati tributari riscossivi e il nuovo favore verso la circostanza attenuante del pagamento del debito per i delitti tributari**

##### *4.1. - Le previsioni del d.lgs. 87/2024 e la relazione illustrativa*

Il comma 1, lett. *f*) del d.lgs. n. 87/2024, reca alcune integrazioni all'art. 13 del d. lgs. 74 del 2000 al fine di estendere il perimetro di applicazione delle cause di non punibilità di alcuni delitti tributari. In virtù delle modifiche recate dalla disposizione in commento, vengono introdotti i commi 3-*bis* e 3-*ter* nonché una conseguente modifica di coordinamento al comma 3 del citato articolo 13, conseguentemente modificando la rubrica dell'articolo (sostituita dalla seguente: "Cause di non punibilità. Pagamento del debito tributario")<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Come osserva la relazione illustrativa con la lettera *f*), si interviene sulla disciplina della causa di non punibilità prevista all'art. 13, in attuazione del criterio di delega di cui all'art. 20, comma 1, lett. a), n.3), teso a «rivedere i rapporti tra il processo penale e il processo tributario (...) adeguando i profili processuali e sostanziali connessi alle ipotesi di non punibilità e di applicazione di circostanze attenuanti all'effettiva durata dei piani di estinzione dei debiti tributari, anche nella fase antecedente all'esercizio dell'azione penale».

In particolare, il nuovo comma 3-*bis* prevede un'ulteriore causa di non punibilità dei delitti di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-*bis*) e omesso versamento di IVA (art. 10-*ter*) qualora il fatto dipenda da cause non imputabili all'autore sopravvenute, rispettivamente, all'effettuazione delle ritenute o all'incasso dell'IVA. Si prevede che ai fini del riconoscimento di tale causa di non punibilità il giudice tenga conto della crisi non transitoria di liquidità dovuta: (a) all'inesigibilità dei crediti per accertata insolvenza o sovraindebitamento di terzi; (b) al mancato pagamento di crediti certi ed esigibili da parte di amministrazioni pubbliche; (c) alla non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi.

Il nuovo comma 3-*ter*, invece, reca una disposizione comune ai delitti di omesso versamento di ritenute dovute o certificate e omesso versamento di IVA di cui ai citati articoli 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. 74/2000 (ma, come si vedrà non limitata ad essi), volta a prevedere, ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex art.* 131-*bis* c.p., specifici indici che debbono essere, singolarmente o congiuntamente, valutati dal giudice in modo prevalente. Tali indici sono i seguenti: (a) entità dello scostamento rispetto alla soglia di punibilità (lett. *a* del nuovo comma 1-*ter*); (b) il pagamento integrale del debito secondo il piano di rateizzazione concordato (qualora non costituisca autonoma causa di non punibilità ai sensi del comma 1 dell'art. 13) (lett. *b* del nuovo comma 1-*ter*); (c) l'entità del debito residuo, qualora il debito sia in fase di estinzione mediante rateizzazione (lett. *c* del nuovo comma 1-*ter*); (d) lo stato di crisi del debitore, come definito dall'art. 2, comma 1, lett. *a*) del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 14/2019) (lett. *d* del nuovo comma 1-*ter*).

Il comma 1, lett. *g*), interviene sull'art. 13-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000 («Circostanze del reato»), sostituendo il comma 1 con i commi 1 e 1-*bis* e modificando il comma 2. Il nuovo comma 1 mantiene la previsione contenuta nel testo vigente relativa alla circostanza attenuante prevedendo però che essa si applichi qualora prima della chiusura del dibattimento il debito sia in fase di estinzione, anche a seguito di procedure conciliative o di adesione, l'imputato ne dia comunicazione al giudice e informi contestualmente del procedimento penale l'Agenzia delle entrate. Rispetto alla formulazione vigente il termine rilevante ai fini dell'applicazione della circostanza attenuante, pertanto, non è più quello della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, bensì la chiusura dello stesso. Il nuovo comma 1-*bis* prevede, invece, la sospensione del processo a partire dalla ricezione della predetta comunicazione. La sospensione è revocata decorso un anno; se, tuttavia, l'Agenzia delle entrate ha comunicato che il pagamento delle rate è regolarmente in corso, la sospensione è prorogata per tre

mesi, prorogabili dal giudice fino a un massimo di ulteriori tre mesi. Durante la sospensione del processo è altresì sospesa la prescrizione. La sospensione è revocata prima del decorso dei predetti termini qualora l’Agenzia delle entrate attesti l’integrale versamento delle somme dovute o comunichi la decadenza dal beneficio della rateizzazione. La disposizione in commento reca altresì una modifica di coordinamento al comma 2 dell’articolo 13-*bis*, prevedendo che l’applicazione della pena ai sensi dell’art. 444 c.p.p. (c.d. “patteggiamento”) possa essere richiesta dalle parti, prima dell’apertura del dibattimento di primo grado, solo quando il debito tributario, comprese le sanzioni amministrative e interessi, è estinto, nonché quando ricorre il ravvedimento operoso, fatte salve le cause di non punibilità previste all’articolo 13, commi 1 e 2.

#### 4.2. - *La crisi di liquidità nell’elaborazione giurisprudenziale relativa ai reati riscossivi*

##### 4.2.1. - *I limitati spazi di configurabilità della forza maggiore e dello stato di necessità da crisi di liquidità rispetto ai reati ex art. 10-bis e 10-ter d.lgs. n. 74/2000*

La dottrina ha per lo più criticato la rigidità di un sistema normativo che non considerava come causa di esclusione dell’antigiuridicità l’ipotesi in cui l’omesso versamento del tributo derivava da un’indisponibilità di risorse finanziarie che aveva messo il contribuente nella condizione di non poter correttamente assolvere agli obblighi di pagamento, giacché le scarse risorse disponibili erano state dirottate per assicurare la fornitura dei mezzi di produzione vitali per l’immediata sopravvivenza dell’impresa<sup>68</sup>. Tale sensibilità è stata talora condivisa dai giudici di merito cercando di valorizzare le particolari condizioni nelle quali si trova a operare l’imprenditore. L’accento è stato posto sull’assenza di volontarietà dell’omissione, che non sarebbe discesa da una scelta libera, bensì da circostanze esterne: una decisione determinata

<sup>68</sup> In tema, cfr. P. ALDROVANDI, *La crisi di liquidità nel prisma del diritto penale tributario: la trasfigurazione nel diritto vivente del “rischio d’impresa” in “rischio penale”*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 3-4/ 2022, 410 e ss.; G. AMARELLI, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte: tra prova del dolo e tenuità del fatto si allargano gli spazi per la non punibilità*, in *Società*, 2015, 1159 e ss.; L. CUOMO, *Omesso versamento di imposte e crisi di liquidità dell’imprenditore*, in *Gazzetta Forense.it*, maggio-giugno 2014; G. FLORA, *“Non avrai altro creditore all’infuori di me!” Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 3-4, 2020, 553 e ss.; E. TOMASINELLI, *Omesso versamento delle ritenute fiscali e crisi di liquidità dell’imprenditore. La Cassazione alle prese con un’omissione necessitata, tra mancanza di dolo e causa di forza maggiore*, in *Giurisprudenza Penale web*, n. 4/2018; G. TOSCANO, *Crisi di liquidità esogene e delitti di omesso versamento: tra tormenti giurisprudenziali e prospettive (urgenti) di riforma*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2/2023, 549 e ss.; L. TROYER - A. INGRASSIA, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi e le (as)soluzioni giurisprudenziali: tout comprendre c’est tout pardonner?*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2013, 961 e ss.

da un costringimento inevitabile e riconducibile, sotto il profilo dell'antigiuridicità della condotta, alla "forza maggiore" (art. 45 c.p.)<sup>69</sup> o allo "stato di necessità" (art. 54 c.p.)<sup>70</sup> e comunque incompatibile, sul piano dell'elemento soggettivo, con il dolo della fattispecie criminosa. Pertanto, la carenza di liquidità sopravvenuta è stata ritenuta idonea ad escludere la volontà di non adempiere, assumendo che la mancata organizzazione di risorse finanziarie integrerebbe al più di una violazione colposa e non una componente di una fattispecie punita esclusivamente a titolo di dolo<sup>71</sup>.

Per contro, limitata è risultata la rilevanza esimente riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità alla crisi di liquidità ai fini della non punibilità del reato *ex art. 10-bis* d.lgs. n. 74/2000. Tale delitto differisce da quello previsto dall'art. 10-*ter* cit. per l'oggetto, che solo nel primo caso è costituito da somme già nella disponibilità del debitore; onde, in caso di carenza di liquidità di impresa, se l'omesso versamento dell'iva può astrattamente derivare dall'inadempimento altrui, l'impossibilità di adempiere all'obbligazione di versamento delle ritenute non è giustificabile, ai sensi dell'art. 45 c.p., per l'insolvenza dei debitori, essendo di pertinenza del sostituto d'imposta la decisione di distrarre a scopi diversi le somme di denaro dovute all'erario<sup>72</sup>. Come è stato notato<sup>73</sup>, quanto ai criteri per la valutazione circa la configurabilità dell'elemento soggettivo e circa l'applicabilità delle circostanze scriminanti della forza maggiore e dello stato di necessità, la Cassazione muove dalla considerazione che l'introduzione della norma penale risponde all'esigenza che l'organizzazione economica dell'impresa, per il pagamento dei tributi, si articoli su base annuale. Per escludere la colpevolezza del debitore (per assenza del dolo o assoluta impossibilità di adempiere all'obbligazione tributaria per crisi di liquidità), la prova della crisi di liquidità del soggetto attivo al momento della scadenza del termine andava accompagnata dalla dimostrazione:

(a) che la stessa non dipendeva dalla scelta di non far debitamente fronte

---

<sup>69</sup> Cfr. Trib. Bergamo, 2 ottobre 2017, ud. 7 luglio 2017, n. 1907, con nota critica di BILIGOTTI, *Crisi di liquidità e omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto ex art. 10-ter D.Lgs. 74/2000: le molteplici declinazioni di un'esimente*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 3/2018.

<sup>70</sup> Cfr. F. BELLAGAMBA, *Ai confini dello stato di necessità*, in *Cass. Pen.*, 2000, 1832 ss.; *ex pluribus*, Ufficio Indagini preliminari Firenze, 27 luglio 2012, in *Riv. dott. comm.*, n. 4/2013, pag. 978, secondo cui il dolo richiesto dall'art. 10-*ter* deve escludersi quando, a causa della crisi di liquidità in cui l'imputato si sia trovato, anche in conseguenza di condotte inadempienti di soggetti terzi, non si possa rinvenire la volontarietà della condotta omissiva.

<sup>71</sup> Cfr. F. ROMOLI, *Omesso versamento di IVA e crisi di liquidità*, in *www.archiviopenale.it*; S. LOCONTE, *Crisi di liquidità e reati di omesso versamento di ritenute certificate e iva*, in *Fisco*, 2022, 16, 1546.

<sup>72</sup> Cass. pen., Sez.3, n. 36471/2018, Rv. 272073 – 01.

<sup>73</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 28488 del 2020, in motiv.

all'esigenza predetta; onde, ad esempio, il pagamento prioritario delle retribuzioni dei lavoratori dipendenti a scapito dell'adempimento delle obbligazioni tributarie non integrava stato di necessità ma dimostrazione del dolo del reato quale consapevole scelta di non pagare il tributo;

(b) dalla non imputabilità al sostituto di imposta della crisi quale fatto "imponderabile, imprevisto e imprevedibile";

(c) dell'impossibilità, per cause indipendenti dalla sua volontà e a lui non imputabili, di fronteggiare la crisi e di pagare il debito tributario tramite misure in concreto idonee a reperire le risorse necessarie al puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, pur ricorrendo ad azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, dirette a recuperare le somme necessarie ad assolvere il debito erariale<sup>74</sup>.

Come si vede, condizioni del tutto eccezionali ed oggetto di una *probatio* presoché diabolica<sup>75</sup>. Per la configurabilità della forza maggiore, inoltre, si è ritenuto che la stessa possa rilevare solo come causa esclusiva dell'evento e mai quale causa concorrente di esso; essa sussiste, cioè, nei soli casi in cui la realizzazione dell'evento stesso o la consumazione della condotta antiggiuridica sono dovute all'assoluta ed incolpevole impossibilità dell'agente di uniformarsi al comando, mai quando egli si trovi già in condizioni di illegittimità<sup>76</sup>. In altri termini, nei reati omissivi, integra la causa di forza maggiore l'assoluta impossibilità, non la semplice difficoltà di porre in essere il comportamento omesso. In conclusione:

(a) l'esistenza di un margine di scelta per l'agente esclude sempre la forza maggiore perché non esclude la *suitas* della condotta;

(b) la mancanza di provvista necessaria all'adempimento dell'obbligazione tributaria penalmente rilevante non può essere addotta a sostegno della forza maggiore quando sia comunque il frutto di una scelta imprenditoriale volta a fronteggiare una crisi di liquidità;

(c) l'inadempimento tributario penalmente rilevante può essere attribuito a forza maggiore solo quando derivi da fatti non imputabili all'imprenditore che non ha

<sup>74</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 8352 del 24 giugno 2014, dep. 2015, rv. 263128; Id., n. 40795 del 24 giugno 2014.

<sup>75</sup> R. LUCEV, *La riforma*, cit., 1267, assume che alla necessaria eccezionalità ed imprevedibilità *ex ante* della condizione di crisi, la giurisprudenza ha tradizionalmente aggiunto le considerazioni della irrilevanza del mancato incasso da parte del contribuente delle fatture a cui le imposte non versate si riferiscono e l'obbligo di dimostrare il vano esperimento di ogni mezzo alternativo utile a far fronte comunque all'onere tributario, anche ricorrendo a forme di indebitamento personale.

<sup>76</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen., Sez. 3, n. 8352, del 24/06/2014, dep. 2015.

potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà<sup>77</sup>.

Restrittiva anche la portata immunizzante della crisi di liquidità rispetto al reato *ex art. 10-ter* d.lgs. n. 74/2000, anche se per essa la giurisprudenza ha aperto a qualche maggiore spazio di praticabilità per l'evenienza più limitata di mancato incasso dei corrispettivi.

Secondo la giurisprudenza di legittimità tradizionale, l'omesso versamento dell'IVA dipeso dal mancato incasso per inadempimento contrattuale dei propri clienti non esclude la sussistenza del dolo richiesto dall'art. 10-ter *cit.*, atteso che l'obbligo del predetto versamento prescinde dall'effettiva riscossione delle relative somme e che il mancato adempimento del debitore è riconducibile all'ordinario rischio di impresa, evitabile anche con il ricorso alle procedure di storno dai ricavi dei corrispettivi non riscossi<sup>78</sup>. Infatti, «in tema di reato di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto, l'emissione della fattura, se antecedente al pagamento del corrispettivo, espone il contribuente, per sua scelta, all'obbligo di versare comunque la relativa imposta sicché egli non può dedurre il mancato pagamento della fattura né lo sconto bancario della fattura quale causa di forza maggiore o di mancanza dell'elemento soggettivo»<sup>79</sup>. Altre pronunce, in una qualche misura, hanno temperato tale rigore interpretativo: si è in particolare affermato che «in tema di reati tributari, l'omesso versamento dell'IVA dipeso dal mancato incasso di crediti non esclude la sussistenza del dolo richiesto dall'art. 10-ter del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, trattandosi di inadempimento riconducibile all'ordinario rischio di impresa, sempre che tali insoluti siano contenuti entro una percentuale da ritenersi fisiologica»<sup>80</sup>. Tale decisione, poi, è stata esplicitamente richiamata, in senso adesivo, da altre<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Nello stesso senso cfr. Cass. pen., Sez. 3, n. 8784 del 29/11/2019, dep. 04/03/2020.

<sup>78</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 6506 del 24/09/2019, dep. 19/02/2020, rv. 278909 – 01.

<sup>79</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 38594 del 23 gennaio 2018, rv. 273958 – 01.

<sup>80</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 31352 del 5 gennaio 2021, rv. 282237 – 01, la quale, in applicazione del principio, ha annullato con rinvio la sentenza di condanna, riguardante insoluti per circa il 43% del fatturato, cui era seguita una gravissima crisi di liquidità. In tema anche S. CAPOLUPO, *Crisi di liquidità e responsabilità per illecito tributario*, in *Fisco*, 10/2025, 854.

<sup>81</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 19651 del 24 febbraio 2022, la quale ha posto l'accento sulla necessità di tenere adeguato conto delle deduzioni difensive volte a comprovare una concreta impossibilità di far fronte agli obblighi di versamento, per la situazione di crisi dell'impresa determinata da ingenti inadempimenti dei clienti, le modalità e le tempistiche del ricorso al credito da parte del soggetto agente, ecc. (cfr. il § 2 della sentenza). In precedenza, per un'apertura in ordine al rilievo da conferire alla crisi di liquidità determinata dal mancato pagamento delle fatture emesse, cfr. Cass. pen., Sez. 3, n. 29873 del 1° dicembre 2017, dep. 2018, Rv. 273690 – 01.

#### 4.2.2. - *Profili critici della novella in punto di causa di non punibilità per crisi non transitoria di liquidità*

L'art. 13, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 74/2000 prevede che «I reati di cui agli articoli 10-*bis* e 10-*ter* non sono punibili se il fatto dipende da cause non imputabili all'autore sopravvenute, rispettivamente, all'effettuazione delle ritenute o all'incasso dell'imposta sul valore aggiunto. Ai fini di cui al primo periodo, il giudice tiene conto della crisi non transitoria di liquidità dell'autore dovuta alla inesigibilità dei crediti per accertata insolvenza o sovraindebitamento di terzi o al mancato pagamento di crediti certi ed esigibili da parte di Amministrazioni pubbliche e della non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi».

La rilevanza esimente della crisi di liquidità riceve un assetto più esteso di quello sinora dibattuto in sede giurisprudenziale e che forse oltrepassa per taluni aspetti anche quella ipotizzata in dottrina.

La nuova forma di non punibilità dell'omesso versamento per causa non imputabile presenta una precisa tempistica<sup>82</sup>: essa segue all'effettuazione delle ritenute o all'incasso dell'imposta sul valore aggiunto, non dipendendo – come sinora sondato in giurisprudenza – dalla loro impossibile realizzazione; anzi, l'effettuazione delle ritenute e l'incasso dell'IVA ne costituiscono, almeno letteralmente, i presupposti storici. Inoltre – opinione già anticipata *sub* § 3.3. – essa si arresta al momento di perfezionamento del fatto tipico (rispetto al quale la lettera della norma la parametrata) e non si estende alla fase posteriore della rateazione “esecutiva” successiva alla consumazione.

La dottrina ha subito offerto letture originali circa l'operatività dell'esimente. A fronte di chi sostiene che la norma di favore, secondo il suo tenore letterale, non può applicarsi ove l'IVA non sia stata versata al contribuente, si replica che questa lettura renderebbe il novellato comma 3-*bis* irragionevole<sup>83</sup>, escludendo la valenza scusante della crisi proprio nei casi di mancato incasso per i quali più evidente appare l'inesigibilità assoluta della condotta doverosa. Onde, si propone di considerare l'inciso sull'incasso dell'IVA al pari di un semplice inciampo del legislatore, cosicché l'interprete dovrebbe regolarsi *uti non esset*<sup>84</sup>. Soluzione che collide con i vincoli ordinari

<sup>82</sup> G. FLORA, *La riforma*, cit., 3.

<sup>83</sup> Escludono tale ipotesi S. CAVALLINI, *Progressione omissiva e ineffettività progressiva: i delitti di omesso versamento dopo il d.lgs. 87/2024*, cit., 25-26; E. PENCO, *Il nuovo assetto della premialità penale-tributaria e l'efficacia esimente della crisi di liquidità: il d.lgs. 87 del 2024 tra esigenze riscossive e istanze di equità*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2024, 1586-1587.

<sup>84</sup> S. CAVALLINI, *Progressione omissiva*, cit., 25-26

all'interprete di un disposto letterale chiaro, per quanto non condiviso, non necessariamente esondante nell'irrazionalità, per quanto si osserverà a breve.

Ulteriore esegesi assume necessario leggere la specificazione temporale come l'esplicitazione di una lettura costituzionalmente orientata della fattispecie incriminatrice, per cui l'art. 10-ter cit. non sarebbe integrato ove l'IVA non sia stata effettivamente incassata<sup>85</sup>, per mancanza in radice dell'esigibilità dell'azione doverosa. La formulazione letterale della scusante avrebbe, cioè, l'ulteriore funzione di esplicitare – senza innovare o riscrivere – il perimetro di tipicità del delitto di omesso versamento dell'IVA, che, in questa prospettiva, ha quale presupposto implicito della condotta l'effettiva percezione da parte del contribuente del tributo<sup>86</sup>. La soluzione esegetica non persuade. In primo luogo, non supera le ragioni – letterali e normative<sup>87</sup> – che hanno tradizionalmente escluso che l'incasso dell'IVA costituisca premessa imprescindibile di configurabilità del reato. L'obbligo del predetto versamento prescinde dall'effettiva riscossione delle relative somme e il mancato adempimento del debitore è riconducibile all'ordinario rischio di impresa, evitabile anche con il ricorso alle procedure di storno dai ricavi dei corrispettivi non riscossi. In tema di IVA, la variazione dell'imponibile in senso favorevole al contribuente è possibile in presenza dei seguenti presupposti: a) la realizzazione di un'operazione imponibile, per la quale sia stata emessa fattura; b) il sopravvenire di una causa di scioglimento del contratto; c) la sussistenza di un titolo idoneo a realizzare gli effetti risolutivi del precedente contratto; d) l'identità delle parti dell'accordo risolutivo e del negozio oggetto di risoluzione

---

<sup>85</sup> C. SANTORIELLO, *Revisione sanzioni tributarie*, in *G.U. il d.lgs. n. 87/2024*, in *Quot. giur.*, 1° luglio 2024 cui aderiscono anche R. LUCEV, *Nuove prospettive di non punibilità dei reati tributari nello schema di decreto legislativo n. 144*, in *Giur. pen.*, 24 aprile 2024., e E. PENCO, *Il nuovo assetto*, cit., 1577 segg., 1586-1587.

<sup>86</sup> A. INGRASSIA, *Dal "particolare rigore" punitivo al "massimo rilievo" delle ragioni della crisi d'impresa nell'omesso versamento dell'IVA?*, in *Giur. It.*, aprile 2025, 890; G. FLORA, *La riforma*, cit., 7, assume: «la precisazione che la causa ostativa al versamento debba sopravvenire alla "riscossione" dell'iva, implica che il reato in questione presuppone comunque che l'iva sia stata effettivamente pagata dal cessionario del bene o dal fruitore del servizio e non possa configurarsi in caso di fattura semplicemente emessa/iva non riscossa; come invece certa giurisprudenza, sulla base della lettera della norma (iva dovuta in base alla dichiarazione), riteneva».

<sup>87</sup> Secondo l'art. 21, comma 7, d.p.r. 633/72 «se viene emessa fattura per operazioni inesistenti ovvero se nella fattura i corrispettivi delle operazioni o le imposte relative sono indicate in misura superiore a quella reale, l'imposta è dovuta per l'intero ammontare indicato o corrispondente alle indicazioni della fattura». Ne consegue che l'emittente delle fatture per operazioni inesistenti è tenuto al versamento dell'I.V.A. in esse indicata, indipendentemente dall'effettivo incasso dagli acquirenti; così come è obbligata, a norma dell'art. 8 d.p.r. n. 322/1998 a presentare la relativa dichiarazione annuale. In termini Cass. pen., n. 6506 del 24 settembre 2019, dep. 2020, rv. 278909 –01.

consensuale; e) il regolare adempimento degli obblighi di registrazione previsti dal d.p.r. n. 633/1972; f) un lasso di tempo infrannuale, entro il quale deve verificarsi la vicenda risolutiva, qualora essa trovi titolo in un accordo di mutuo dissenso<sup>88</sup>. Onde, appare evidente che allorché difetti l'incasso il legislatore ha tenuto presente proprio tale possibilità di storno e oltre che qualificare volontaria e non necessitata la scelta di emettere il titolo prima dell'incasso. Né appare verosimile, poi, che una rivisitazione così intensa dei contenuti della condotta dei delitti possa avvenire, in sede di definizione di una causa di non punibilità, attraverso una norma esterna a quelle che delineano le fattispecie (artt. 10-*bis* e 10-*ter* cit.) . Il riferimento alla sopravvenienza rispetto al momento della “riscossione” in effetti evoca un obbligo di accantonamento da parte del contribuente<sup>89</sup>, che, per quanto contrastato dalla dottrina<sup>90</sup>, codifica un principio generale dell'operato imprenditoriale; fondato proprio sulla norma penale e,

<sup>88</sup> Cass. civ., Sez. 5, 18 gennaio 2019, n. 1303.

<sup>89</sup> Le Sezioni Unite Romano hanno precisato che «la prova del dolo è insita in genere nella presentazione della dichiarazione annuale, dalla quale emerge quanto è dovuto a titolo di imposta, e che deve, quindi, essere saldato o almeno contenuto non oltre la soglia di euro cinquantamila, entro il termine lungo previsto. Il debito verso il fisco relativo ai versamenti IVA è collegato al compimento delle operazioni imponibili. Ogni qualvolta il soggetto d'imposta effettua tali operazioni riscuote già (dall'acquirente del bene o del servizio) l'IVA dovuta e deve, quindi, tenerla accantonata per l'Erario, organizzando le risorse disponibili in modo da poter adempiere all'obbligazione tributaria. L'introduzione della norma penale, stabilendo nuove condizioni e un nuovo termine per la propria applicazione, estende evidentemente la detta esigenza di organizzazione su scala annuale. È questa la ragione, quindi, per cui non può, quindi, essere invocata, per escludere la colpevolezza, la crisi di liquidità del soggetto attivo al momento della scadenza del termine lungo, ove non si dimostri che la stessa non dipenda dalla scelta (protrattasi, in sede di prima applicazione della norma, nella seconda metà del 2006) di non far debitamente fronte alla esigenza predetta».

<sup>90</sup> G. FLORA, *Non avrai altro creditore all'infuori di me!*, cit., 93 e ss.; D. COLOMBO, *La crisi di liquidità nei reati di omesso versamento di imposte: due recenti pronunce sulla valenza esimente*, in *disCrimen*, 11 novembre 2021. Secondo A. INGRASSIA, *Dal “particolare rigore” punitivo al “massimo rilievo” delle ragioni della crisi d'impresa nell'omesso versamento dell'IVA?*, in *Giur. It.*, aprile 2025, 890, il giudice di legittimità ha, in prima battuta, sostanzialmente riscritto le fattispecie di omesso versamento delle ritenute certificate e dell'IVA: da delitti omissivi propri dolosi, dove è punito il mancato compimento volontario dell'azione doverosa entro il termine previsto dal reato, a reati d'obbligo colposi, per cui si rimprovera al reo di non avere accantonato il denaro necessario per pagare i tributi, eventualmente a causa di una gestione non oculata delle risorse dell'impresa. Per una critica sull'esistenza di un obbligo di gestione e accantonamento penalmente presidiato cfr. S. CAVALLINI, *L'omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, in R. BRICCHETTI - P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, in Palazzo-Paliero (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2017, 353. In senso difforme la giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., Sez. 3, 23/01/2018, n. 38594 rv. 273958 – 01, in punto di esclusione della causa di forza maggiore o di mancanza dell'elemento soggettivo; Cass. pen., Sez. 3, 24/09/2019, dep. 2020, n.6506, rv. 278909 – 01 in punto di non esclusione della sussistenza del dolo richiesto dall'art. 10-*ter* cit.).

se si vuole, oggi rafforzato con la previsione da parte degli artt. 3, 375, 377 d.lgs. n. 14/2019 dell'obbligo di istituzione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.

Se è rispetto al versamento – la condotta omissiva tipica – che deve valutarsi la “sopravvenienza” della causa che determina la non rimproverabilità dell'autore, essa deve precedere od essere coeva ad esso, certamente non seguirlo, quando ciò il reato risulterebbe irrimediabilmente consumato e si profilerebbe piuttosto come impossibilità di accedere alla rateazione. Si immagina, dunque, un debitore erariale che, dopo aver trattenuto le somme a titolo di ritenute o incassato somme a titolo di IVA, le ha diversamente impiegate e, poi, per cause non imputabili sopravvenute, rilevate dagli indici anzidetti, si sia venuto a trovare nell'impossibilità di effettuare i versamenti dovuti.

La crisi non transitoria di liquidità dipende da cause sopravvenute all'acquisizione delle risorse non imputabili al debitore – esterne al fatto generatore del debito erariale – rappresentate, alternativamente (a) dall'inesigibilità dei crediti per accertata insolvenza o sovraindebitamento di terzi o (b) dal mancato pagamento di crediti certi ed esigibili da parte di Amministrazioni pubbliche e (c) dalla non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi. Se gli indici *sub (a)* e *sub (b)* sono vicendevolmente alternativi, quello *sub (c)* deve ricorrere congiuntamente ad uno dei primi due.

La prima osservazione è che la nuova causa di non punibilità in esame diverge dalla forza maggiore (così come dallo stato di necessità) ed in questo rivela una maggiore potenziale portata applicativa.

Anzitutto, le cause sopravvenute all'incasso dell'IVA o all'effettuazione delle ritenute devono essere non imputabili al debitore che omette il versamento ma – almeno letteralmente – non improvvise né imprevedibili, salvo che non si ritengano requisiti impliciti della non imputabilità. Se la non imputabilità al contribuente della crisi economica non implica il carattere imprevedibile e improvviso della crisi non transitoria di liquidità l'affrancamento dalla forza maggiore, già per questa via, è sicuro. Quest'ultima, infatti, richiede un atto imponderabile, impreveduto ed imprevedibile, che rende ineluttabile il verificarsi dell'evento esulando del tutto dalla condotta dell'agente: un'assoluta impossibilità di effettuare il versamento (a) che non ammette margini di scelta negli impieghi delle risorse a disposizione, (b) né condizioni di impossidenza frutto di scelte imprenditoriali volte a fronteggiare una crisi di liquidità attraverso la libera spendita delle risorse distratte dalla destinazione erariale (c) né derivante da fatti non imputabili all'imprenditore ma ancora tempestivamente

rimediaibili. Tali caratteri risultano non richiamati espressamente nella previsione dell'art. 13, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 74/2000, che finisce per allentare, dunque, la capacità repressiva delle fattispecie penale *ex art. 10-bis* e *10-ter* d.lgs. n. 74/2000.

Inoltre, è dubbio che la dipendenza del fatto (l'omesso versamento) da sopravvenute cause non imputabili all'autore implichi anche che esse non possano mai conseguire da scelte imprenditoriali di onorare taluni debiti, a discapito del fisco. È la norma che sembra declinare i criteri ermeneutici per risolvere la questione allorché viene specificato che «ai fini di cui al primo periodo» – ossia proprio ai fini di apprezzare la non imputabilità del fatto – «il giudice tiene conto della crisi non transitoria di liquidità dell'autore dovuta alla inesigibilità dei crediti per accertata insolvenza o sovraindebitamento di terzi o al mancato pagamento di crediti certi ed esigibili da parte di amministrazioni pubbliche e della non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi». Come si vede non vi è rimando alla categoria delle pregresse scelte alternative all'adempimento tributario, onde discrezionali scelte negli impieghi prioritari in ottica imprenditoriale delle risorse a disposizione, potrebbero non precludere la configurabilità della causa di non punibilità in esame. Va detto, in proposito, che nelle prime pronunce della Cassazione sembra escludersi la praticabilità di tale lettura, confermando quella tradizionale per cui non imputabilità richiederebbe un'effettiva impossibilità di comportamento alternativo, esclusa allorché venga accertato che l'agente abbia deliberatamente scelto di onorare taluni debiti, a discapito del fisco<sup>91</sup>.

Inoltre, non è chiaro se implicitamente possa dirsi richiesta ai fini della causa di non imputabilità in analisi l'adozione di tutte le iniziative per provvedere alla corresponsione del tributo, con la messa in gioco anche delle proprie risorse personali; requisito evidentemente non consustanziale alla «non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi». In proposito, sembra doversi rispondere negativamente. Si sono prese le distanze, infatti, dall'insegnamento giurisprudenziale che esigeva la prova dell'impossibilità per il contribuente di reperire le risorse economiche e finanziarie necessarie a consentire il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, ponendo in essere tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il proprio patrimonio personale, per recuperare, in presenza di un'improvvisa crisi di liquidità, le somme necessarie ad assolvere il debito erariale; ricerca resa vana per cause indipendenti dalla volontà del debitore ed allo stesso non imputabili. Si pensi all'impossibilità di far ricorso al credito bancario o ad altre forme di finanziamento, o di

---

<sup>91</sup> Cass. pen., Sez. 3, 25 luglio 2024, n. 30532.

dismettere beni personali. Circostanze che, in via teorica, sarebbero state esigibili da parte di un soggetto che, in principio, ha risparmiato risorse da destinare all'erario.

In tal senso, non convince l'osservazione di chi, per criticare la ricostruzione in esame, lamenta che, in tal modo, si tornerebbe a confondere un reato di omesso pagamento con un reato assimilabile alla appropriazione indebita<sup>92</sup>; per quanto si condivida la lettura che porta a ritenere ormai superata ai fini della esimente in esame la giurisprudenza che esigeva per la non punibilità del reato l'impiego di tutte le risorse, anche personali, per superare la crisi di liquidità di impresa, si conserva insoddisfazione verso l'opzione valoriale che la sottende e, vieppiù, verso la convinzione che nessuna risorsa "destinata" a impieghi erariali potrebbe dirsi indebitamente sviata. È quest'ultima prospettiva che occorre esaminare e non lo schema di una interversione del possesso che nessuno intende affermare. In senso contrario, basti considerare che al momento dell'omesso versamento – ed in tanto si può parlare di omissione quanto esiste un obbligo da adempiere – è perché il debito IVA si è concretizzato secondo le periodicità variabili previste dai diversi regimi fiscali e l'imposta incassata o dovuta con le vendite/cessioni/prestazioni di servizi (evidenziate per tale nei documenti e nei registri fiscali) è superiore rispetto a quella "spesa" o "dovuta" per acquisti di impresa (anch'essa evidenziate per tale nei documenti e nei registri fiscali), nei termini previsti dall'art. 19 d.p.r. n. 633/1972<sup>93</sup>. La diversa ricostruzione – che non riconosce come entrate nel patrimonio del possibile debitore risorse incassate con vincolo potenziale di successiva destinazione, all'esito della determinazione periodica, per quanto le stesse siano qualificate espressamente come somme a titolo di "imposta" – sottovaluta alcune regole fondamentali del sistema impositivo, di seguito sintetizzabili: (a) il debito di imposta originato dall'obbligazione tributaria sorge prima della dichiarazione e dell'accertamento, già allorché si verifica l'operazione imponibile prevista dalla legge (arg. ex art. 1 d.p.r. 633/72); (b) per l'IVA<sup>94</sup>, in via generale<sup>95</sup>, la nascita della fattispecie

---

<sup>92</sup> G. FLORA, *La riforma*, cit., 12.

<sup>93</sup> Art. 19 d.p.r. n. 633/1972: «Per la determinazione dell'imposta dovuta a norma del primo comma dell'articolo 17 o dell'eccedenza di cui al secondo comma dell'articolo 30, è detraibile dall'ammontare dell'imposta relativa alle operazioni effettuate, quello dell'imposta assolta o dovuta dal soggetto passivo o a lui addebitata a titolo di rivalsa in relazione ai beni ed ai servizi importati o acquistati nell'esercizio dell'impresa, arte o professione. Il diritto alla detrazione dell'imposta relativa ai beni e servizi acquistati o importati sorge nel momento in cui l'imposta diviene esigibile ed è esercitato al più tardi con la dichiarazione relativa all'anno in cui il diritto alla detrazione è sorto ed alle condizioni esistenti al momento della nascita del diritto medesimo».

<sup>94</sup> Come per talune tipologie di redditi rilevanti ai fini IRPEF, quali i redditi di impresa e per l'IRES.

<sup>95</sup> Salvo deroghe al regime di esigibilità ex art. 6, comma 5, d.p.r. 633/72 prevista dall'art. 32-bis

imponibile (in relazione alla cessione dei beni) non risulta condizionata dall'esistenza di una manifestazione finanziaria (incasso) ma dal ricorrere del mero presupposto di fatto (artt. 1, 2, 6 d.p.r. 633/72, variamente declinato in base alla natura del bene, nella stipulazione dell'atto, nella consegna e spedizione del bene mobile e nella produzione degli effetti traslativi); in altre evenienze il presupposto di imposta coincide con il pagamento (ad esempio per la prestazione di servizi, ovvero in caso di effettivo pagamento dei beni ceduti) o con la emissione della fattura. Il principio *sub (a)* evidenzia la natura legale dell'obbligazione tributaria, per cui il debito d'imposta nasce *ex lege* nel momento in cui si verifica il presupposto di fatto cui la legge collega il sorgere del tributo, prima e a prescindere di qualsiasi dichiarazione e atto di accertamento dell'amministrazione finanziaria<sup>96</sup>, essendo superata la concezione "costitutivista" dell'obbligazione tributaria. Nel caso dell'IVA, il debito di imposta, in via ordinaria, sorge già durante il periodo di imposta annuale di riferimento (mensile o trimestrale)<sup>97</sup>.

Una rilevante questione irrisolta è se la «crisi non transitoria di liquidità» dell'autore, richiamata dall'art. 13-comma 3-*bis*, d.lgs. 74/2000, si differenzia dalla situazione di crisi ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera a), del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 1 richiamata dalla lettera d) dell'art. 13-comma 3-*ter*, d.lgs. 74/2000. Accredita tale distinzione il fatto che i due nuovi commi dell'art. 13 cit., sebbene immessi in termini coevi e in rapida sequenza sistematica, non si richiamano vicendevolmente e mantengono differenziata la terminologia. Se la crisi avuta presente nel d.lgs. n. 14/2019 si identifica nello «stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza

---

(liquidazione dell'IVA secondo la contabilità di cassa) d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

<sup>96</sup> Confortano questa lettura, oltre all'orientamento della C. cost. (n. 2863/72, 3362/75) e della Cassazione civile (Cass., 2423/1994, SSUU n. 9201/1990, Cass., n. 2786/1989, SS.UU. n. 4779/87): (a) il rilievo che l'omesso o il ritardato versamento in acconto e periodico dell'IVA determina il pagamento di una sanzione (art. 13 d.lgs. n. 471/1997), situazione priva di giustificazione se non fosse già sorta l'obbligazione; (b) il meccanismo di determinazione dell'IVA *ex art.* 19 dpr 633/72 e di versamento con frequenza mensile diversificata, ad ogni modo prima del maturare del termine della dichiarazione annuale, circostanza che avvalorata come la nascita del debito d'imposta non sia riconnessa a quest'ultima; (c) i controlli dell'ufficio *ex art.* 54-*bis*, comma 2-*bis*, d.p.r. 633/1972 circa la tempestiva effettuazione dei versamenti di imposta, in caso di pericolo per la riscossione, anche prima della presentazione della dichiarazione annuale («Se vi è pericolo per la riscossione, l'ufficio può provvedere, anche prima della presentazione della dichiarazione annuale, a controllare la tempestiva effettuazione dei versamenti dell'imposta, da eseguirsi ai sensi dell'articolo 1, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 23 marzo 1998, n. 100, degli articoli 6 e 7 del decreto del Presidente della Repubblica 14 ottobre 1999, n. 542, nonché dell'articolo 6 della legge 29 dicembre 1990, n. 405»).

<sup>97</sup> Cfr. artt. 18 del d.lgs. n. 241/97, 7 d.p.r. n. 542/1999.

dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi» (art. 2, lett. a, d.lgs. n. 14/2019), la probabilità dell'insolvenza non sembra riconnettersi alla «crisi non transitoria di liquidità» dell'autore *ex art. 13-comma 3-bis*, cit., al pari della «inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi». La crisi *ex art. 13-comma 3-bis*, cit., per quanto seria e non momentanea, sembra una situazione meno ultimativa per la prospettiva di continuità dell'impresa e riferita alla condizione personale dell'autore dell'omesso versamento. Ciò detto, gli spazi di autonomia appaiono scarsamente perimetrati dalla norma in quanto ricollegati, essenzialmente, ai fattori ed alle vicende dell'impresa commerciale, incentrandosi sull'impossibilità di incasso dei crediti.

Non è incontrovertito, poi, se tra le cause non imputabili all'autore sopravvenute alla riscossione dell'IVA ed all'effettuazione delle ritenute, da un lato, e la crisi non transitoria di liquidità dell'autore, dall'altro, vi sia una perfetta identificazione, sì da dover ritenere che solo quest'ultima assuma rilievo esimente.

Neppur scontato è che la crisi non transitoria di liquidità debba trovare causa esclusiva negli indici nella fattispecie penale (inesigibilità dei crediti per accertata insolvenza o sovraindebitamento di terzi, mancato pagamento di crediti certi ed esigibili da parte della pubblica amministrazione, unitamente alla non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi) non potendosi, in via teorica, escludere una portata esemplificativa (e non tassativa) e l'ammissibilità di ulteriori circostanze fattuali oggettive applicabili in via estensiva. Alcune prime voci a favore della flessibilità si levarono già in sede di lavori parlamentari, giungendo subito ad ipotizzare la ricomprensione della scelta del contribuente di privilegiare, come fattispecie ricorrente nell'esperienza, crediti anche posteriori rispetto a quelli erariali (stipendi e contributi dei dipendenti), contro i rigori della precedente giurisprudenza<sup>98</sup>. Gli indici di non imputabilità dell'omesso pagamento, poi, non sono ritenuti tassativi, nonostante l'indubbia apparenza, da chi osserva che «si tratta di forme tipicizzate che hanno come comune denominatore la non esigibilità di un comportamento diverso, secondo il noto brocardo ad *impossibilia nemo tenetur* che, prima che una causa di non punibilità, costituisce un limite esegetico implicito di qualsiasi condotta omissiva»<sup>99</sup>. Secondo questa opinione vi potrebbero essere anche altre situazioni di cui si deve tenere conto, quali: (a) una crisi dei mercati che impedisca di incassare da cessioni di beni o prestazioni di servizi quanto era

---

<sup>98</sup> In tal senso la posizione assunta in sede di audizioni parlamentari rispetto dall'Unione Nazionale delle Camere degli avvocati tributaristi rispetto all'atto A.G. 144.

<sup>99</sup> G. FLORA, *La riforma*, cit., 7.

ragionevolmente presumibile in modo da poter adempiere al dovere di versamento; (b) un conflitto di doveri tra mantenere la continuità aziendale e i livelli occupazionali o pagare il debito erariale<sup>100</sup> che non consente al soggetto gravato di entrambi i doveri di effettuare una scelta libera dai pesanti condizionamenti che quel conflitto determina. Quest'ultima evenienza è sostenuta da altra considerazione: una crisi non transitoria è la premessa per ricorrere alle procedure contemplate dal codice della crisi e dell'insolvenza, cosicché eventuali pagamenti esporrebbero al rischio di incriminazione per bancarotta preferenziale (art. 322, comma 3, Codice della crisi e dell'insolvenza). Tale prospettiva non persuade nella portata generale, per le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza di legittimità ad escludere che il reato previsto dall'art.10-ter cit. possa essere giustificato, ai sensi dell'art. 51 c.p., dal pagamento degli stipendi dei lavoratori dipendenti. L'ordine di preferenza in tema di crediti prededucibili, che impone l'adempimento prioritario dei crediti da lavoro dipendente (art. 2777 cod. civ.) rispetto ai crediti erariali (art. 2778 c.c.), infatti, vige nel solo ambito delle procedure esecutive e fallimentari e non può essere richiamato in contesti diversi, ove non opera il principio della *par condicio creditorum*, al fine di escludere l'elemento soggettivo del reato<sup>101</sup>.

Un'ultima osservazione. Tra le cause dell'illiquidità è annoverato il «mancato pagamento di crediti certi ed esigibili da parte di Amministrazioni pubbliche». Evidentemente si tratta di situazioni diverse da quelle per cui opera il meccanismo di *split payment* dell'IVA ai sensi dell'art. 17-ter d.p.r. n. 633/1972. Si è già osservato che in tal modo si autorizza una compensazione sostanziale, celata sotto le vesti di causa di non punibilità, tra un'omissione di versamento e il mancato incasso di altri – diversi – crediti nei confronti della PA. Con un'immunizzazione punitiva che in termini economici rischia di traslare allo Stato, almeno nel settore penale, gli effetti del rischio di impresa dall'imprenditore<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> G. FLORA, *Non avrai altro creditore all'infuori di me!*, cit., 8 che cita anche Cass. pen., Sez. 3, 5.06.2019 – 16.10.2019 n. 42522, relativa al caso di un imprenditore che aveva dato la precedenza a pagamenti in grado di assicurare la continuità aziendale rispetto al pagamento del debito IVA.

<sup>101</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 52971 del 6 luglio 2018, rv. 274319 –01 che ritiene suggestivo il riferimento all'ordine di preferenza previsto dalla legge (nel senso che il pagamento dei crediti da lavoro dipendente è imposto per legge con priorità ex art. 2777 cod. civ., a differenza dei crediti erariali e contributivi ex art. 2778 cod. civ.), atteso che si tratta di ordine – riguardante i cosiddetti crediti prededucibili – che deve essere rispettato *ex lege* nell'ambito delle procedure esecutive e fallimentari e non può quindi essere richiamato al fine di escludere, in contesti diversi dove (ancora) non opera il principio del *par condicio creditorum*, l'adempimento “preferenziale” del creditore erariale rispetto ad altri (i crediti da lavoro). Ne consegue che non può ritenersi applicabile la disciplina dell'art. 51, c.p., sovente invocata al fine di escludere sotto il profilo soggettivo il reato contestato.

<sup>102</sup> F. DI VIZIO, *L'irrefrenabile*, cit., 44.

#### 4.2.3. - Prime pronunce

Con una delle prime pronunce relative alla nuova causa di non punibilità di cui al comma 3-*bis* all'art. 13 d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 la Cassazione ha precisato che spetta al contribuente indicare gli elementi specifici e le circostanze comprovanti la sua estraneità alla sopravvenuta e non transitoria crisi di liquidità, nonché la posteriorità della stessa all'incasso dell'imposta e all'effettuazione delle ritenute certificate<sup>103</sup>.

In generale le sentenze della S.C. hanno riconosciuto che la nuova previsione autorizza una lettura più estesa alla portata esimente della crisi di liquidità; in particolare, il nuovo art. 13-*3bis* d.lgs. 74/2000 impone di tenere in adeguata considerazione le deduzioni concernenti la concreta impossibilità di far fronte ai versamenti dovuti<sup>104</sup>. Ciò potrebbe consentire di concludere che integra la non punibilità per fatto dipendente da cause non imputabili all'autore, di cui al comma 3-*bis* dell'art. 13 d.lgs. n. 74/2000 il mancato incasso dell'IVA risultante dalle fatture dell'anno di imposta in contestazione, per via dell'inadempimento di un consistente numero di committenti. L'osservazione non pare condivisibile, tenuto conto che la nuova causa di non punibilità presuppone, al contrario, l'incasso dell'IVA. Nello stesso senso altra sentenza della Cassazione<sup>105</sup> che si conclude con una sorta di appello – in sé del tutto condivisibile – a prestare massimo rilievo alle problematiche dell'impresa-contribuente e del suo amministratore proprio in ragione della nuova esimente dedicata alla crisi di liquidità prevista dall'art. 13, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 74/2000.

Con maggiore attenzione per la struttura reale della previsione di cui al comma 3-*bis* dell'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000, con la sentenza 33794/2025 la S.C. ha parlato di «inedita causa di non punibilità nei reati di omesso versamento delle ritenute certificate (art. 10-*bis*) e Iva (art. 10-*ter*) legata alla crisi di liquidità che presuppone che non si versi in un'ipotesi di mancato incasso dell'i.v.a., bensì nel caso in cui il pagamento sia intervenuto, ma non sia stato accantonato e destinato poi dall'imprenditore al versamento erariale». In tal modo è stato confermato che la posteriorità delle cause determinanti la crisi di liquidità va rapportata al momento dell'intervenuto incasso. La novella avrebbe recepito gli approdi giurisprudenziali sulla possibile rilevanza della crisi di liquidità, prendendo in considerazione le interpretazioni che valorizzano il c.d. "stato di necessità", inteso quale effettiva impossibilità di comportamento alternativo, tale, quindi, da escludere il dolo dell'agente: circostanza che è stata esclusa allorché

<sup>103</sup> Cass. pen., Sez. 5, 4 aprile 2025, n. 16526, rv. 288123-02.

<sup>104</sup> Cass. pen., 41238/2024.

<sup>105</sup> Cass. pen., Sez. 3, 15 luglio 2024, n. 30532.

venga accertato che l'agente ha deliberatamente scelto di onorare taluni debiti, a discapito del fisco.

#### 4.3. - *La causa non punibilità per tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: osservazioni*

È stato osservato che l'intervento sulla causa di non punibilità della tenuità del fatto operato dall'art. 13, comma 3-*ter*, d.lgs. 74/2000, non avrebbe uno specifico ancoraggio nella legge delega, salvo, forse, che per l'esigenza di "razionalizzazione del sistema sanzionatorio amministrativo e penale" (art. 20, comma 1, lett. a) n. 1 della delega), posta una prassi giurisprudenziale diversificata e fortemente limitativa. Prima della riforma del 2024 l'applicabilità della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto era stata affermata in relazione al reato di omesso versamento dell'Iva in presenza di imposta di ammontare di poco superiore a quello fissato dalla soglia di punibilità; ciò muovendo dalla considerazione che con la previsione di quest'ultima il grado di offensività della condotta ai fini della configurabilità dell'illecito penale era stato già valutato dal legislatore<sup>106</sup>. Nonostante la generale difficoltà di applicare l'istituto agli illeciti penali tributari caratterizzati per il superamento di soglie quantitative di evasione fissate normativamente, in caso di minimi scostamenti, prossimi al limite inferiore di tipicità, il criterio della sanzione penale come *extrema ratio* apriva a spazi nuovi per formulare il giudizio consentito dall'art. 131-*bis* c.p.

Come detto, il comma 3-*ter* dell'art. 13 del d.lgs. n. 74/2000 reca ora una disposizione comune ai reati tributari volta a prevedere, ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis* c.p., specifici indici che debbono essere, singolarmente o congiuntamente, valutati dal giudice in modo prevalente.

La prima questione è se la previsione in esame si applichi ai soli delitti di cui ai citati artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. 74/2000, come potrebbe ritenersi assumendosene la immediata successione rispetto al comma 3-*bis*, espressamente riservato a tali reati;

---

<sup>106</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 40774/2015, rv. 265079 ha escluso l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. con riferimento ad un omesso versamento pari a poco più di 112.000 euro, a fronte della soglia di punibilità fissata in euro 103,291,30; Cass. pen., Sez.3, n. 12906/2019, rv. 276546 ha ritenuto l'applicabilità in presenza di un'omissione eccedente la soglia di punibilità per un ammontare inferiore ad euro 10.000, pari al 4% circa dell'importo della soglia stessa; Cass. pen., Sez. 3, n. 16599/2020, rv. 278946 ha escluso la causa di non punibilità con riferimento ad una evasione di imposta eccedente la soglia di legge per un ammontare di euro 5.825,21, superiore all'11% dell'importo della soglia stessa; Cass. pen., Sez. 3, n. 13218/2016, rv. 266570 ha ritenuto non particolarmente tenue, sul piano oggettivo, l'omesso versamento di 270.703 euro; Cass., Sez. 3, n. 58442/2018, rv. 275458 ha precisato che, nel caso di reati tributari, l'applicazione della causa di non punibilità deve essere valutata non in rapporto all'intero ammontare dell'imposta evasa, ma con riferimento alla sola eccedenza dello stesso rispetto alla soglia di legge.

o se, in assenza di elementi testuali e sistematici, operare questa limitazione non abbia ragione di essere, estendendosi a tutti i delitti con limiti edittali astrattamente utili per l'accesso all'istituto. Questa è anche la nostra opinione<sup>107</sup>. Occorre, dunque, una pena edittale non superiore nel minimo a due anni di reclusione, per la cui determinazione dovrà, però, tenersi conto anche delle attenuanti ad effetto speciale (art.131-*bis*, comma 5 c.p.), quale quella contemplata dal “nuovo” art. 13-*bis* (che prevede diminuzione fino alla metà).

Ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'articolo 131-*bis* del codice penale, il giudice valuta, in modo prevalente, uno o più dei seguenti indici:

(a) l'entità dello scostamento rispetto alla soglia di punibilità (lett. *a* del nuovo comma 1-*ter*);

(b) il pagamento integrale del debito secondo il piano di rateizzazione concordato, qualora non costituisca autonoma causa di non punibilità ai sensi del comma 1 dell'art. 13 (lett. *b* del nuovo comma 1-*ter*);

(c) l'entità del debito residuo, qualora il debito sia in fase di estinzione mediante rateizzazione (lett. *c* del nuovo comma 1-*ter*);

(d) lo stato di crisi del debitore, come definito dall'art. 2, comma 1, lett. *a*) del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d. lgs. 14/2019) (lett. *d* del nuovo comma 1-*ter*).

Come condivisibilmente osservato, se il giudice è chiamato a prendere in considerazione “uno o più” di questi indici, già in base ad uno solo egli potrà valutare la sussistenza della particolare tenuità, come, nell'evenienza di minimo superamento della soglia di rilevanza penale. Ma potrà anche accadere che possa tenere in considerazione anche uno scostamento non proprio minimo, compensato però dal successivo pagamento integrale del debito rateizzato, oppure dall'impossibilità sopravvenuta del pagamento rateizzato per il sopraggiungere dello stato di crisi o del minimo superamento della soglia di punibilità (i settantacinquemila o i cinquantamila euro di cui fanno parola nuovi articoli 10-*bis* e 10-*ter*) in caso di perdita del beneficio della rateizzazione per il pagamento del debito di cui si è omesso il pagamento<sup>108</sup>. Ciò autorizza la “rivoluzionaria” conclusione per cui la sopravvenuta estinzione del debito tributario mediante integrale adempimento dell'obbligo di pagamento oggetto di un piano di rateazione (lett. *b*) o finanche un adempimento non ancora completo (lett. *c*)

<sup>107</sup> F. DI VIZIO, *La non punibilità per tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in F. DI VIZIO – G. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2025, 613-624; cfr. sul tema anche G. GAMBOGI, *Causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, in G. GAMBOGI, *Reati tributari*, Piacenza, 2025, 337-358.

<sup>108</sup> In termini, G. FLORA, *La riforma*, cit., 9.

potranno oggi rappresentare una nuova e generale causa di non punibilità trasversale al d.lgs. n. 74/2000, per tutti i reati tributari che rientrino nei requisiti di operatività posti dall'art. 131 *-bis* c.p.<sup>109</sup>, delineando un sistema premiale differenziato e graduato.

Premettendo in ogni caso che il giudizio resta esposto a vaste aree di discrezionalità, la definizione degli indici sopra evidenziati appare apprezzabile rispetto all'aspirazione di orientare il giudice lungo un perimetro più chiaro nell'applicazione di una causa di non punibilità che sinora ha segnalato disomogenee prassi, per i reati tributari riscossivi quasi tutte confrontatesi rispetto alla sola entità dello scostamento rispetto alla soglia di punibilità.

Coerenti con la struttura dell'istituto, come rinnovato da d.lgs. n. 150/2022, anche le condotte susseguenti al reato (pagamento integrale e parziale), pur in sé distanti dalle caratteristiche oggettive della offesa originaria. L'affermazione normativa della rilevanza a questo fine delle condotte riparatorie tenute *post factum* risolve una questione su cui si registrava sinora una giurisprudenza contrastante<sup>110</sup>. Si pensi all'ipotesi di reati in materia di omesso versamento il cui debito venga estinto dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado (nel qual caso, non potendo operare l'esimente *ex art. 13*, comma 1, si potrebbe comunque affermare la particolare tenuità del fatto *ex art. 13*, comma 3-*ter*) e ovvero di reati dichiarativi in cui il ravvedimento venga eseguito dopo la avvenuta formale conoscenza di attività ispettive o il pagamento venga eseguito dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento (nel qual caso, ancora una volta, non potendo operare l'esimente di cui all'art. 13, comma 2, potrebbe soccorrere quella di cui all'art. 13, comma 3-*ter*)<sup>111</sup>.

Distonica, invece, secondo la nostra opinione, la considerazione isolata di una situazione successiva come lo stato di crisi qualificata del debitore; la stessa, che già assume – sostanzialmente – potenziale rilievo quale crisi di liquidità non transitoria nei termini di causa di non punibilità ai sensi del progettato art. 13, comma 3-*bis* d.lgs. n. 74/2000, nulla sembra condividere rispetto ai caratteri oggettivi dell'offesa, rivelati dalle modalità della condotta e dall'esiguità del danno o del pericolo, valutati ai sensi dell'articolo 133, primo comma c.p. anche in considerazione della condotta susseguente al reato.

Sebbene non richiamato, si ritiene pienamente operante il limite – affatto secondario secondo la fenomenologia consueta dei reati tributari – della non abitualità del

<sup>109</sup> R. LUCEV, *La riforma*, cit., 1268.

<sup>110</sup> Contraria alla rilevanza, ad esempio, Cass. pen. 27 settembre 2022, n. 39835, in *D&G*, 24 ottobre 2022; favorevole Cass. pen. 24 maggio 2023, n. 28031, in *Guida dir.*, 2023, 31.

<sup>111</sup> R. LUCEV, *La riforma*, cit., 1268.

comportamento, quali confine generale delineato dall'art. 131-*bis* c.p., con l'avvertimento che la pluralità di reati unificati nel vincolo della continuazione non è di per sé ostativa alla configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto nei termini segnati dall'insegnamento nomofilattico<sup>112</sup>.

#### 4.4. - La circostanza attenuante dell'art. 13-bis d.lgs. n. 74/2000: analisi e critica

Il comma 1, lett. g), interviene sull'art. 13-*bis* d.lgs. n.74 del 2000 («Circostanze del reato»), sostituendo il comma 1 con i commi 1 e 1-*bis* e modificando il comma 2. Con la lettera g) si riforma la disciplina delle circostanze del reato di cui all'articolo 13-*bis*, il cui primo comma viene sostituito prevedendo la possibilità di diminuire la pena fino alla metà in caso di estinzione del debito tributario, comprensivo di sanzioni e interessi, prima della chiusura del dibattimento, disciplinando altresì un meccanismo di sospensione del processo nel caso in cui sia in corso la rateizzazione del debito.

Viene prevista, al nuovo comma 1-*bis*, in tal caso, la sospensione del processo per un anno, salva la preventiva comunicazione di estinzione del debito, o decadenza dalla rateazione, da parte dell'Agenzia delle entrate, e la possibilità per il giudice di sospendere per tre mesi la nuova decorrenza nonché, eventualmente, di prorogare la sospensione per ulteriori tre mesi, quando ciò sia necessario per consentire l'integrale pagamento del debito. Secondo la relazione illustrativa anche tale modifica realizza il criterio di delega di cui all'art. 20, comma 1, lett. a), n.3), teso ad adeguare «i profili processuali e sostanziali connessi alle ipotesi di non punibilità e di applicazione di circostanze attenuanti all'effettiva durata dei piani di estinzione dei debiti tributari, anche nella fase antecedente all'esercizio dell'azione penale».

L'incidenza dell'estinzione integrale del debito tributario viene differita dall'apertura del dibattimento sino alla chiusura dello stesso; la funzionalizzazione della durata del processo penale alla soddisfazione di esigenze amministrative erariali

---

<sup>112</sup> Cass. pen., Sez. un., n. 18891/2022, Rv. 283064 – 01 assume che la non punibilità *ex art.* 131-*bis* c.p. può essere riconosciuta dal giudice all'esito di una valutazione complessiva della fattispecie concreta, che – salve le condizioni ostative tassativamente previste dall'art. 131-*bis* c.p. per escludere la particolare tenuità dell'offesa o per qualificare il comportamento come abituale – tenga conto di una serie di indicatori rappresentati, in particolare, dalla natura e dalla gravità degli illeciti in continuazione, dalla tipologia dei beni giuridici protetti, dall'entità delle disposizioni di legge violate, dalle finalità e dalle modalità esecutive delle condotte, dalle loro motivazioni e dalle conseguenze che ne sono derivate, dal periodo di tempo e dal contesto in cui le diverse violazioni si collocano, dall'intensità del dolo e dalla rilevanza attribuibile ai comportamenti successivi ai fatti. Per un quadro generale della tematica della non abitudine cfr. F. DI VIZIO, *La non punibilità per tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in F. DI VIZIO – G. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2025, 613-624.

si dilata e raggiunge livelli sinora mai toccati, se si esclude, probabilmente, l'art. 23 del d.l. 34/2023. Quest'ultima disposizione assicurava una ritardata prospettiva non punitiva (sino alla pronuncia della sentenza di appello) limitata ai reati riscossivi a bassa carica fraudolenta; peraltro, per la giurisprudenza di legittimità<sup>113</sup> integrava un'ipotesi di non punibilità degli illeciti tributari diversa da quella prevista, in via generale, dall'art. 13 del d.lgs. n. 74/2000, da cui si differenzia avendo un ambito di applicazione più ristretto, sia con riferimento ai periodi di imposta presi in considerazione che in relazione ai presupposti per la sua operatività. Tale differenza fra la sfera di operatività delle due cause di non punibilità non può ritenersi costituzionalmente illegittima, rientrando nella sfera di discrezionalità del legislatore stabilire per quali periodi fiscali ed a quali condizioni possa riconoscersi rilievo al pagamento del debito tributario.

Per contro l'ipotizzato nuovo art. 13-*bis* d.lgs. n. 74/2000 si delinea come attenuante, per tutti i reati tributari descritti dal d.lgs. n. 74/2000 ai quali è suscettibile di applicarsi<sup>114</sup>, destinata a procrastinare la conclusione di molti processi di primo grado, la cui celebrazione verrà ritardata (in ipotesi sino ad 18 mesi) per mitigare il trattamento sanzionatorio previa verifica dell'integrale estinzione del debito tributario prima della chiusura del dibattimento<sup>115</sup>.

Sarà la prassi a chiarire se si supereranno le difficoltà applicative connesse alla rigidità del termine di adempimento penale a fronte dei piani di pagamento pluriennali previsti dagli accordi tra contribuente e Fisco. Tra i profili di appetibilità possono registrarsi, oltre alla riduzione di pena fino alla metà, alla non applicazione delle pene accessorie di cui all'art. 12 d.lgs. n. 74/2000 e l'esclusione dell'operatività dei sequestri e confische del profitto del reato tributario, anche l'innovativa predisposizione all'accesso alla causa di non punibilità *ex artt. 131-bis c.p., 13, comma 3-ter*, cit. ricollegata al pagamento anche non integrale del debito oltre il termine ultimo – dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado – per consentire la dichiarazione di non punibilità prevista dall'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 74/2000.

<sup>113</sup> Cass. pen., Sez. 3, 27 ottobre 2023, n. 43569.

<sup>114</sup> Tale attenuante, conseguendo al pagamento dei debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, sembra richiede il presupposto della esistenza di un debito tributario suscettibile di essere adempiuto sicché non sarebbe applicabile in relazione ai reati che sussistono pur in assenza di un'evasione di imposta (cfr. Cass. pen., Sez. 3, n. 9883 del 04 febbraio 2020, rv. 278671 – 01 per fattispecie di reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti). In dottrina cfr. C. SANTORIELLO, *Niente attenuante del pagamento del debito tributario per il reato di emissione di false fatture*, in *Fisco*, 2020, 17, 1679.

<sup>115</sup> Per un quadro più ampio, F. DI VIZIO, *L'attenuante ex art. 13-bis d.lgs. n. 74/2000*, in F. DI VIZIO-G. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2025, 624 e ss.

Anche per questa via si profila, dunque, una nuova declinazione della cd. “amministrativizzazione” del diritto penale, segnato dall’arretramento della sanzione punitiva, funzionalizzata a compiti promozionali, quali l’*enforcement* al mero adempimento, pur tardivo, nel versamento delle imposte<sup>116</sup>.

## **5. Le preclusioni al sequestro finalizzato alla confisca in caso di rateizzazione del debito: critica fenomenologica**

Come anticipato, nel quadro previgente la giurisprudenza di legittimità aveva stabilito che la disposizione di cui all’art.12-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000, introdotta dal d.lgs. n.158 del 2015 – secondo cui la confisca diretta o di valore dei beni costituenti profitto o prezzo del reato “non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all’erario anche in presenza di sequestro” – andasse intesa nel senso che la confisca, così come il sequestro preventivo ad essa preordinato, poteva essere adottata anche a fronte dell’impegno di pagamento assunto, producendo tuttavia effetti solo ove si verifici l’evento futuro ed incerto costituito dal mancato pagamento del debito<sup>117</sup>. Ciò comportava che il sequestro e la conseguente confisca dovessero essere conservati fino all’integrale effettivo pagamento della somma evasa, potendo le rate già versate essere considerate solo ai fini della “riquantificazione” della misura.

L’articolo 1, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 87/2000 reca la previsione dell’esclusione del sequestro a fini di confisca qualora sia in corso l’estinzione del debito tributario mediante rateizzazione anche a seguito di procedure conciliative o di accertamento con adesione, a condizione che il contribuente sia in regola con i relativi pagamenti e che non sussista il concreto pericolo di dispersione della garanzia patrimoniale (desunto dalle condizioni reddituali, patrimoniali o finanziarie del reo, tenuto altresì conto della gravità del reato)<sup>118</sup>. A tal fine, la disposizione interviene sull’art. 12-*bis* del d.lgs. n. 74/2000, modificandone la rubrica (da «Confisca» a «Sequestro e confisca») e riscrivendone il secondo comma.

---

<sup>116</sup> S. CAVALLINI, *La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario: coerenza o lassismo di sistema?*, in *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, 3/2020, 271.

<sup>117</sup> In termini cfr. Cass. pen., Sez. 3, n. 28488/2020, Rv. 280014 – 01; Cass. pen., Sez. un., n. 36959/2021, Rv. 281848 – 01.

<sup>118</sup> Per un quadro più ampio, F. REGOLO, *I sequestri e le confische tributarie*, in F. DI VIZIO – G. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2025, 624 e ss.; G. GAMBOGI, *Confische penali tributarie*, in G. GAMBOGI, *Reati tributari*, Piacenza, 2025, 337-358.

In particolare, tale comma dispone ora che il sequestro non possa essere disposto:

(a) se il debito tributario è in corso di estinzione mediante rateizzazione, anche a seguito di procedure conciliative o di accertamento con adesione;

(b) sempre che, in detti casi, il contribuente risulti in regola con i relativi pagamenti.

Fa eccezione al divieto il caso in cui sussista il concreto pericolo di dispersione della garanzia patrimoniale desumibile dalle condizioni reddituali, patrimoniali o finanziarie del reo, tenuto anche conto della gravità del reato.

In tal modo sono temperate le iniziative di sequestro preventivo finalizzate alla confisca obbligatoria del profitto dell'evasione, precludendole nei casi in cui non sussista un rischio di dispersione della garanzia patrimoniale e, conseguentemente, non risulti necessario un intervento di natura anticipatoria rispetto alla misura di sicurezza patrimoniale. La soluzione del rapporto tra rateizzazione e sequestro preventivo viene completamente ribaltata: l'esistenza di un valido piano di rateizzazione, regolarmente osservato con regolari pagamenti, inibisce il sequestro preventivo con finalità confiscatoria che torna praticabile solo ove sussista «il concreto pericolo di dispersione della garanzia patrimoniale, desumibile dalle condizioni reddituali, patrimoniali o finanziarie del reo, tenuto altresì conto della gravità del reato. Sotto quest'ultimo profilo va ricordato che, nel quadro normativo preesistente, la giurisprudenza di legittimità aveva stabilito che il provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, ex art. 12-*bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, dovesse contenere la concisa motivazione anche del “*periculum in mora*”, rapportato alle ragioni che rendono necessaria l'anticipazione dell'effetto ablatorio rispetto alla definizione del giudizio, escludendo ogni automatismo decisorio nel collegare la pericolosità alla mera natura obbligatoria della confisca, in assenza di previsioni di segno contrario<sup>119</sup>. Onde, il pericolo di dispersione, per tutte le evenienze di attivazione delle iniziative cautelari rispetto a tutti i reati tributari, era già necessaria premessa dell'anticipazione dell'effetto ablatorio rispetto alla definizione del giudizio. La riforma ha procedimentalizzato più marcatamente il riconoscimento giudiziale di detto pericolo di dispersione della garanzia patrimoniale, per quanto i contenuti non possano dirsi sconosciuti all'elaborazione pretoria; da un lato, infatti, viene imposta la considerazione delle condizioni reddituali, patrimoniali o finanziarie del reo e della gravità del

<sup>119</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. 3, n. 4920/2023, rv. 284313. Cfr. anche Cass. pen., Sez. un., n. 36959 del 24 giugno 2021, dep. 11 ottobre 2021, rv. 281848; per un commento cfr. R. BELFIORE, *Le Sezioni Unite sul periculum in mora nel sequestro preventivo strumentale alla confisca*, in *Cass. pen.*, 2022, 2, 532.

reato, dovendosi ritenere che le prime e quest'ultima possano avvalorare il rischio di dispersione della garanzia patrimoniale utile a garantire la fruttuosità della successiva confisca del profitto del reato, esigendo l'anticipazione dell'ablazione con il sequestro; dall'altro, la previsione ancora il giudizio positivo alla concreta ricorrenza di detto pericolo, da calibrare sulla specifica vicenda, rifuggendo da astratte presunzioni.

Se in termini teorici la soluzione può dirsi razionale rispetto alla funzionalità del piano di rateazione, nell'esperienza comune sovente il pagamento rateale ha seguito proprio l'adozione dei vincoli cautelari reali di natura penale, finiti per fungere da formidabile stimolo all'adempimento tardivo; per favorire la praticabilità dei piani di pagamento rateale, infatti, dopo l'applicazione della misura penale, presso gli uffici giudiziari sono state sperimentate procedure su base volontaria – ossia su diretta richiesta dell'indagato proprietario delle somme vincolate penalmente – presupponendo la cedevolezza progressiva degli sequestri preventivi funzionali a consentire, con lo smobilizzo funzionalizzato delle risorse, l'estinzione rateale del debito erariale. In base al disposto dell'art. 85 disp. att. c.p.p. e tenuto conto della lettura sostenuta da parte della giurisprudenza<sup>120</sup>, infatti, «l'interessato, dunque, può [...] domandare il dissequestro per la parte che dimostri di avere versato, ex art. 321, comma terzo, c.p.p., ovvero invocare l'applicazione dell'art. 85 disp. att. c.p.p. il quale consente che le cose sequestrate (nella specie, il denaro) possano essere restituite previa esecuzione di specifiche prescrizioni che, nel caso di specie, consistono nella destinazione a favore dell'erario a titolo di pagamento del debito. Analogamente qualora siano stati sequestrati beni mobili ed immobili, il contribuente-indagato potrebbe procedere versando all'erario la somma di valore corrispondente»<sup>121</sup>. Soluzione che il legislatore avrebbe potuto positivizzare, eventualmente permettendo, su istanza della persona sottoposta a indagini o dell'imputato e previa

---

<sup>120</sup> Cass., n. 18034 del 5 febbraio 2019, dep. 2 maggio 2019.

<sup>121</sup> Così, in motivazione, Cass., n. 18034/2019 cit. con richiamo a Cass. pen., 21 giugno 2018, n. 28745; cfr. anche Cass. pen., Sez. 3, n. 40399 del 27 giugno 2019, dep. 2 ottobre 2019, rv. 276936 – 01: *contra* Cass. pen., sez.3, 12 dicembre 2019, dep. 13 maggio 2020, n. 14738 e Cass. pen., Sez. 4, n. 39179 del 13 giugno 2023, dep. 27 settembre 2023, Rv. 285066 – 01, per le quali l'art. 85 disp. att. c.p.p. si applica solo al sequestro probatorio; v. anche Cass. pen., Sez. 6, 11 gennaio 2022, dep. 11 aprile 2022, n. 13936 a favore della possibilità nell'ambito di un procedimento in tema di responsabilità degli enti ex d. lgs. 231/2001 di disporre lo svincolo parziale delle somme sequestrate a fini di confisca per pagare le imposte sui redditi illecitamente lucrati a mezzo della commissione del reato presupposto, laddove ciò sia necessario per evitare, quale conseguenza dell'esecuzione del sequestro preventivo e dell'inderogabile incidenza dell'obbligo tributario, la cessazione definitiva dell'esercizio dell'attività dell'ente prima della definizione del processo.

autorizzazione dell’Autorità Giudiziaria precedente, di effettuare il pagamento con le risorse originariamente sottoposte a sequestri preventivo per il tramite del Fondo Unico Giustizia, d’intesa con l’Agenzia delle entrate.

Resta evidente, infine, l’opzione di voler calibrare la considerazione del pericolo di dispersione che rende praticabile il sequestro preventivo sulla garanzia patrimoniale e non direttamente sul provento dei reati tributari, che si sostanzia nel risparmio indebito di spesa collegato al mancato pagamento dell’imposta; ne risulta accreditata una lettura solo economica di quest’ultimo che funge da componente patrimoniale che garantisce, essa stessa, il pagamento del debito erariale, insuscettibile di essere sequestrato se funzionalizzato all’estinzione del debito erariale. La logica reintegrativa domina, come si vede, con abbandono della funzione dissuasiva-sanzionatoria ricollegata alla minaccia immediata della confisca.

La disposizione appena citata, per come formulata, sembrerebbe relativa alla sola applicazione del sequestro, e non anche al mantenimento dello stesso, e, quindi, potrebbe essere ritenuta non riferibile ai sequestri già disposti prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 87 del 2024 e per i quali il percorso delle verifiche cautelari si sia concluso. Una soluzione di segno diverso, però, è stata di recente accreditata dalla Cassazione<sup>122</sup>, ad avviso della quale sarebbe lo stesso d.lgs. n. 87/2024 a fornire elementi significativi per ritenere che la verifica della sussistenza delle condizioni previste dall’art. 12-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000, nel testo vigente, sia da estendere anche ai sequestri già disposti. Invero, il comma 6 dell’art. 1 d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87, prevede un’amplissima applicazione della disposizione di cui all’art. 12-*bis*, comma 2, cit., disponendone l’operatività «anche quando il debito tributario è in fase di estinzione mediante rateizzazione a seguito di regolarizzazione, ai sensi dell’articolo 1, commi da 174 a 178, della legge 29 dicembre 2022, n. 197, dell’articolo 3, comma 12-*undecies*, del decreto-legge 30 dicembre 2023, n. 215, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 febbraio 2024, n. 18, e dall’articolo 7, comma 7, del decreto-legge 29 marzo 2024, n. 39». Inoltre, non sono state riconosciute ragioni per differenziare tra sequestri disposti prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 87 del 2024 e sequestri disposti in data successiva, riconoscendo rilevanza a procedure di estinzione dei debiti tributari già in corso solo con riguardo a questi ultimi. Ancora, la regola posta dal “nuovo” art. 12, comma 2-*bis*, cit. non opera una cesura rispetto al passato, ma, piuttosto, costituisce una puntualizzazione legislativa del principio

<sup>122</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 1043/2025.

già da tempo enunciato dalle Sezioni Unite, secondo cui, anche ai fini dell'applicazione e del mantenimento del sequestro preventivo a fini di confisca, è necessario accertare la sussistenza di esigenze che rendono necessaria l'anticipazione dell'effetto ablativo della confisca rispetto alla definizione del giudizio, e di dare conto in motivazione<sup>123</sup>. Va però rimarcato che, se si ritiene applicabile la disciplina di cui all'art. 12-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000 nel testo attualmente in vigore, per la mancata applicazione del sequestro (*rectius*: per il dissequestro) è necessario che «il contribuente risulti in regola con i relativi pagamenti» e che costituisca onere dell'interessato al dissequestro darne la prova<sup>124</sup>.

## 6. Brevi conclusioni

Il favore rispetto all'estinzione in via amministrativa del debito tributario rappresenta la moderna direttrice della politica criminale cui soggiacciono anche le tempistiche e gli esiti delle indagini e della celebrazione dei processi penali. Emerge, anche per questa via, una chiara “amministrativizzazione del diritto penale” o, se si vuole, un suo impiego proattivo rispetto agli obiettivi riscossivi del diritto tributari, secondo il cd. *carrot-stick approach*<sup>125</sup>.

La definizione della pretesa erariale in sede amministrativa ha avuto diversi valori nel contesto degli assetti storicamente assunti, in un arco temporale recente, dal diritto penale tributario: l'evoluzione più recente che si registra segnala una dilatazione inesorabile del significato immunizzante ad essa attribuito via via che la tutela penale si è trasferita dal momento dichiarativo a quello propriamente riscossivo e la rinuncia alla pena in ottica premiale ha guadagnato importanti spazi a scapito della tradizionale impostazione punitiva-repressiva<sup>126</sup>. Opzione di politica criminale in sé affatto criticabile, se accompagnata da una organizzazione razionale dello statuto della

<sup>123</sup> Cass. pen., Sez. un., n. 36959 del 24/06/2021, rv. 281848 – 01.

<sup>124</sup> Cass. pen., Sez. 3, n. 1043/2025.

<sup>125</sup> L'espressione è di R. LUCEV, *La riforma*, cit., 1265.

<sup>126</sup> Per un'esemplificazione di questa tendenza, da ultimo, Cass. pen., Sez. 3, n. 44519/2024 rv. 287272 – 01 per la quale l'accordo di ristrutturazione del debito tributario tra contribuente e amministrazione finanziaria, sotto forma di transazione fiscale ritualmente omologata ex art. 182-*ter* l.fall., incide, riducendone l'ammontare, sul *quantum* del debito, sicché il suo perfezionamento successivo all'irrevocabilità della condanna comporta che il giudice dell'esecuzione non possa mantenere la confisca del profitto del reato nella misura stabilita in sentenza, pena la violazione del principio di proporzionalità; per un commento cfr. C. CONSORTI, *La transazione fiscale riduce l'ammontare della confisca*, in *Riv. Giur. Trib.*, 2025, 5, 417.

non punibilità e non ridotta a presa d'atto dell'impotenza nel contrastare su larga scala le dimensioni del fenomeno evasivo<sup>127</sup>.

Per quanto si è osservato in precedenza, le norme del d.lgs. n. 87/2024 hanno saputo rispondere solo in parte a questa esigenza di razionalità del sistema. I dubbi sorti rispetto all'originale configurazione delle fattispecie riscossive sono talmente seri che ben pochi aspetti restano al sicuro da margini di opinabilità ed in un tal quadro forte è la tentazione di "riscrivere" la norma secondo gli occhi di chi la guarda. La consapevolezza, che non si nasconde, è che l'originale conformazione finale resterà esposta per molto tempo a diverse spinte esegetiche: ancora una volta, sarà compito ineludibile della giurisprudenza stabilizzarle verso significati condivisi.

ABSTRACT

*L'articolo analizza le profonde modifiche introdotte dal d.lgs. n. 87/2024 in materia di reati di omesso versamento delle imposte, con particolare attenzione alle fattispecie degli artt. 10-bis e 10-ter del d.lgs. n. 74/2000. La riforma ridefinisce i tempi di consumazione dei reati, introduce nuove condizioni di punibilità legate alla rateizzazione del debito tributario e amplia le cause di non punibilità, soprattutto in presenza di crisi di liquidità non imputabile al contribuente. Vengono inoltre approfondite le nuove soglie di rilevanza penale, le condizioni oggettive e soggettive di responsabilità, nonché le innovazioni in tema di attenuanti e sospensione del processo in caso di pagamento rateale. L'autore evidenzia i dubbi interpretativi e le criticità dogmatiche derivanti dalla complessità delle nuove norme, sottolineando come la riforma accentui la "amministrativizzazione" del diritto penale tributario, privilegiando la funzione riscossiva rispetto a quella punitiva. In conclusione, si evidenzia la necessità di un prossimo consolidamento giurisprudenziale per stabilizzare le molteplici interpretazioni che la nuova disciplina è destinata generare.*

PAROLE CHIAVE

Omesso versamento – Rateazione – Condizioni di non punibilità –  
Crisi di liquidità – Particolare tenuità del fatto

<sup>127</sup> F. DI VIZIO, *Nuovi statuti della premialità tributaria ai tempi della amministrativizzazione del diritto penale*, reperibile in [www.dirittogiustiziaecostituzione.it](http://www.dirittogiustiziaecostituzione.it), 3 aprile 2023.

\* \* \*

THE ORIGINAL CONFIGURATION OF TAX NON-PAYMENT OFFENCES AFTER  
LEGISLATIVE DECREE NO. 87/2024: REVISIONS, INNOVATIONS, AND  
UNCERTAINTIES

## ABSTRACT

*The article analyzes the significant changes introduced by Legislative Decree no. 87/2024 regarding the crimes of omitted payment of taxes, with particular attention to the cases covered by Articles 10-bis and 10-ter of Legislative Decree no. 74/2000. The reform redefines the timing of the commission of these crimes, introduces new conditions for punishability linked to the installment payment of tax debts, and broadens the grounds for non-punishability, especially in cases of liquidity crises not attributable to the taxpayer. The article also examines the new thresholds for criminal relevance, the objective and subjective conditions of liability, as well as innovations regarding mitigating circumstances and the suspension of proceedings in the case of installment payments. The author highlights interpretative doubts and dogmatic issues arising from the complexity of the new rules, emphasizing how the reform accentuates the 'administrativization' of tax criminal law, favoring the collection function over the punitive one. In conclusion, the need for imminent jurisprudential consolidation is underlined, in order to stabilize the multiple interpretations that the new discipline is destined to generate.*

## KEYWORDS

Failure to remit – Payment by installments – Grounds for non-punishability –  
Liquidity crisis – Particular insignificance of the offence



**UNA NUOVA NOZIONE DI DIRITTO PENALE DEL NEMICO.  
SPUNTI A PARTIRE DAI LIMITI DELLE TEORIE TRADIZIONALI E DAL CONTROLLO  
DI PROPORZIONALITÀ SULLE TECNICHE DI INCRIMINAZIONE**

FILIPPO FERRI \*

SOMMARIO      1. Il nodo irrisolto del diritto penale del nemico. – 2. Le teorie tradizionali ed i loro limiti. – 3. L'esigenza di un rapporto di proporzionalità tra reato e pena in senso ampio. – 4. La nuova possibile teoria di diritto penale del nemico come deviazione dal rapporto di proporzionalità. – 5. Alcuni tentativi di applicazione pratica.

### **1. Il nodo irrisolto del diritto penale del nemico**

La categoria concettuale di *diritto penale del nemico* ha ricevuto molta attenzione negli ultimi decenni, pur manifestandosi nel pensiero della dottrina secondo ricostruzioni differenti.

L'uso di questo termine si è rivolto soprattutto alla descrizione delle diverse e numerose evoluzioni in senso antigarantista che hanno vissuto molti sistemi penali in epoca recente, a partire dalla lotta al terrorismo e dall'emergere sempre più inarrestabile della criminalità organizzata, passando per le complesse dinamiche di mutamento e di reazione che si intrecciano nel panorama ancora attuale del multiculturalismo. Il concetto ha sicuramente goduto di una rilevanza internazionale e comparatistica nel descrivere i cambiamenti nel diritto penale sostanziale e processuale che ne sono derivati: l'ordinamento italiano può essere assunto, in questo senso, a caso paradigmatico di un'incessante ampliamento del raggio d'azione del diritto penale, le cui norme sono state interessate dall'introduzione di nuove fattispecie astratte di reato, di nuove regole processuali, di nuovi regimi di esecuzione della pena detentiva, e di nuove misure di prevenzione della criminalità alternative a quelle del procedimento penale.

Come un'ampia ragnatela, l'insieme progressivo di riforme che si considera sembra aver toccato qualunque momento di manifestazione della penalità, da quelli di natura sostanzialistica a quelli invece relativi al processo<sup>1</sup>. Ed ha fatto emergere come mai prima

---

\* Dottorando in diritto penale presso l'Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> Considerato, del resto, che in particolar modo nel sistema penale italiano si sono sempre "scaricati" i principali problemi economici sociali e le più ampie tendenze politiche e culturali del Paese, in un moto continuo per cui a questo vengono ricondotte di volta in volta le cause e le risposte alle questioni

d'ora non soltanto l'esigenza di un'analisi delle tecniche di incriminazione adoperate dal legislatore e applicate nella prassi giurisprudenziale, ormai caratterizzate da una marcata eterogeneità, ma soprattutto di un loro controllo di costituzionalità alla luce dei parametri consolidati e di quelli ancora in divenire, come quello di *proporzionalità*.

La presente trattazione si pone come un tentativo sommario di spiegare perché per la scienza penale, che ha visto il proprio interesse per il tema scemare progressivamente pur avendovi dedicato molta attenzione negli ultimi decenni, non sia ancora giunto il momento di abbandonare il dibattito sul diritto penale del nemico, ed in quale misura quest'ultimo possa essere recuperato. Ma anche perché, al contempo, per raggiungere un simile obiettivo sia necessario superare le teorie tradizionali sulla natura e i caratteri del diritto penale del nemico, nel tentativo di attribuire alla nozione un nuovo ruolo e una nuova vitalità.

Del resto, il nodo più problematico della categoria risulta da sempre la marcata indeterminatezza che la caratterizza. Il suo uso in letteratura nel descrivere determinati istituti penalistici evoca certamente evidenti suggestioni: richiama un'idea di diritto penale divergente rispetto ai principi consolidati del *garantismo penale*, che offre a coloro che si collocano al di fuori della cornice dei valori fondamentali della comunità organizzata un trattamento deteriore rispetto a quello ordinario<sup>2</sup>; manifesta la necessità dell'esclusione piuttosto che della reintegrazione, veicolando quell'esigenza di fermezza e di giustizia, e talvolta di *giustizialismo*, oggi così presente nel discorso politico e nei più comuni mezzi di informazione mediatica<sup>3</sup>; si esprime nel linguaggio bellicistico delle dichiarate "guerre" globali e nazionali al terrorismo, alla mafia, alla corruzione ed ai fenomeni criminosi più capaci di creare un senso di insicurezza nella popolazione<sup>4</sup>. Ma nonostante ciò, rimane difficile riuscire ad afferrare con sicurezza

---

del tempo. Cfr. su questo M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti*, I, Giuffrè, 2009, pp. 598-599.

<sup>2</sup> Per una descrizione della nozione di garantismo in materia penale rispetto alle dinamiche giuridiche e politiche attuali, oggetto di una letteratura vastissima che soltanto in minima parte verrà menzionata all'interno di questa trattazione, si faccia riferimento ora a quanto riportato da L. FERRAJOLI, *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, pp. 129-130, 138-139.

<sup>3</sup> Quando si parla di giustizialismo si fa riferimento a quella posizione politica e giuridica che, privilegiando le ragioni della difesa della società dal crimine su quelle delle garanzie dell'imputato, sostiene la necessità di rendere più efficiente e rapido l'accertamento penale ed inasprire il trattamento sanzionatorio anche al costo di accettare forme di giustizia sommaria e minori certezze nel giudizio. Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 1-2.; E. R. BELFIORE, *I tempi della giustizia al tempo del giustizialismo*, in *Archivio penale*, 1, 2020.

<sup>4</sup> Cfr. R. CORNELLI, *La politica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale*, in *Criminalia*,

che cosa realmente si intenda quando ci si riferisce alla nozione di “nemico” nel diritto penale, quali e quanti significati possa veicolare, ed a che scopo sia effettivamente impiegata dalla dottrina.

## 2. Le teorie tradizionali ed i loro limiti

Il primo obiettivo è allora quello di dimostrare che, a differenza di quanto spesso affermato, quando in dottrina si discute di diritto penale del nemico si fa riferimento a due diverse ricostruzioni teoriche: quella del diritto penale del nemico come *sistema penale alternativo* e quella del diritto penale del nemico come *tecnica legislativa d'eccezione*.

La prima identifica i caratteri di “nemicalità” di un sistema penale nella previsione di un insieme di norme e di istituzioni penali radicalmente diverso per alcune specifiche categorie di autori di delitti, ed in particolare per coloro che l'ordinamento priva non soltanto degli stessi diritti e garanzie dei delinquenti comuni, dei “cittadini”, ma dello stesso *status* di “persone”, e verso i quali viene intrapresa una vera e propria guerra mediante gli strumenti del diritto penale.

La teoria trae i propri fondamenti, com'è noto, soprattutto dal pensiero del penalista tedesco Günter Jakobs, elaborato a partire dal 1999<sup>5</sup>. Diffusasi ben presto nel dibattito giuridico non solo in Germania ma in tutta Europa<sup>6</sup>, e spesso criticata proprio per i suoi contenuti fortemente contrari ai principi del garantismo penale, muove dall'idea che un sistema penale non debba necessariamente essere unitario e rivolgersi allo stesso modo nei confronti di qualunque individuo<sup>7</sup>. Al contrario, vi sarebbero precise ragioni giuridiche e filosofiche per trattare diversamente i cittadini, o *persone in*

---

2017, pp. 233-234, 238-239; B. R. BARBER, *Fear's Empire. War, Terrorism, and Democracy*, Norton & Company, 2003; D. L. ALTHEIDE, *Terrorism and the Politics of Fear*, AltaMira Press, 2006.

<sup>5</sup> Anno in cui si è tenuto un importante convegno della scienza penalistica tedesca a Berlino, e nel quale Jakobs ha tenuto una relazione oggi riportata in G. JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, in A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Beck, 2000, p. 47 ss.

<sup>6</sup> Un esempio di questo dibattito condotto a partire dal pensiero di Jakobs si può trovare in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, 2007; cfr. anche G. VASSALLI, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. 24-25.

<sup>7</sup> Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 5-28.

*Diritto*<sup>8</sup> alle quali è possibile applicare tutte le garanzie e gli istituti tradizionalmente previsti dalla dogmatica penalistica, da coloro che in ragione del loro comportamento non possono più essere definiti tali: i *nemici*, soggetti ad un trattamento distinto da parte dello stato nella sua attività di repressione della criminalità<sup>9</sup>.

Da questa ricostruzione si può ricavare una categoria di nemico che è possibile definire *in senso forte*, per la sua capacità di veicolare in potenza il massimo grado di discriminazione del soggetto che la subisce e di richiamare una contrapposizione assoluta e ideologica tra coloro che, al contrario, sono ancora parte integrante dell'ordinamento giuridico. Se questi ultimi sono ancora destinatari di diritti ed obblighi in conformità alle norme vigenti, ai nemici non è possibile che condurre una lotta che solo formalmente si attua mediante gli strumenti del diritto penale, ma che in sostanza costituisce una forma vera e propria di guerra, il cui unico obiettivo è la neutralizzazione, se non addirittura l'eliminazione fisica, della controparte<sup>10</sup>. In quanto tale, una simile concezione non può che trovare un limite radicale nei fondamenti costituzionali del diritto penale italiano.

La seconda teoria, invece, riconduce la nozione ai casi in cui si applicano all'interno di uno stesso sistema ed in ragione di una logica di emergenza deroghe ai principi del garantismo penale, ovvero quelle regole sostanziali e processuali mutate dal linguaggio della tradizione del *diritto penale politico* e tese a realizzare, per quanto in misura ridotta, una simile logica di "nemicalizzazione".

Tale diversa concettualizzazione è quella individuabile nella dottrina penalistica italiana. L'affinità tra le due teorie sussiste nella misura in cui entrambe fanno riferimento alla categoria del nemico nel diritto penale, e lo fanno sostenendo che vi sia – o vi debba essere – una differenza sostanziale tra il trattamento di quest'ultimo e quello del cittadino comune che delinque. Nondimeno, mentre la prima esclude in radice la possibilità di un dialogo con chi possiede questa qualifica, la seconda non postula una contrapposizione così radicale. Non vi sono veri e propri nemici in senso assoluto e ideologico nell'ordinamento. Vi sono al contrario – oltre ai nemici *esterni* tipicamente presenti nel diritto penale bellico – nemici *interni* destinatari del cosiddetto *diritto penale politico*, che tradizionalmente si caratterizza per una disciplina alternativa rispetto a quella ordinaria, di natura meno garantista<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Espressione utilizzata da Jakobs stesso in G. JAKOBS, *La pena statale: significato e finalità*, Editoriale Scientifica, 2019.

<sup>9</sup> Cfr. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 7.

<sup>10</sup> Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 697 ss.

<sup>11</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa University Press, 2014, p. 8 ss.

Queste forme di discriminazione e di riduzione di garanzie sono legate alla tradizione storica dei processi di criminalizzazione del delinquente politico, conosciuti fin dal diritto romano<sup>12</sup>, che nel mondo contemporaneo sembrano godere di una rinnovata vitalità. Nonostante le numerose vicissitudini storiche che ha conosciuto la categoria, infatti, il diritto penale politico presenta tuttora dei caratteri peculiari che lo contraddistinguono nettamente da quello comune: l'alterazione della struttura del fatto tipico dei reati che ne sono oggetto, attraverso l'uso di un linguaggio indeterminato, la strutturazione della fattispecie intorno al *tipo d'autore* piuttosto che al *fatto* e la marcata anticipazione della tutela penale; il ricorso ad un apparato sanzionatorio più intenso, che non si esprime soltanto in un aggravamento delle sanzioni edittali ma in forme di esecuzione detentiva meno aperte a flessibilizzazioni premiali e più incentrate sulla neutralizzazione che sulla rieducazione; l'attribuzione ad indagati ed imputati di minori garanzie processuali, sulla scorta di una diversa concezione del fine della giustizia penale, che lo identifica più nella lotta alla *devianza* penale e agli avversari della comunità politica piuttosto che nell'accertamento imparziale e meno lesivo possibile dell'*infrazione*; la sua progressiva estensione attraverso i due movimenti di creazione di nuove fattispecie mediante *criminalizzazione primaria o secondaria*<sup>13</sup>.

Esiste, allora, una teoria del diritto penale del nemico che identifica in vaste

---

<sup>12</sup> La dottrina del delitto politico trae le proprie origini dall'antico istituto del *crimen laesae maiestatis*, introdotto nel diritto romano con la *Lex Iulia de maiestate* e divenuto ben presto lo strumento di criminalizzazione del delinquente "politico", ovvero il soggetto che attraverso le proprie condotte arreca un danno non ad un diritto del cittadino ma alla comunità politica nel suo complesso.

<sup>13</sup> Sono caratteri ancora presenti nel diritto contemporaneo, ma che nascono non a caso proprio in questa tradizione storica. *In primis* per ragioni pragmatiche, per colpire i nemici dello Stato prima ancora che siano nelle condizioni di minarne l'incolumità. Ma, secondariamente, perché è proprio in esse che si manifesta il senso stesso dell'intero diritto politico: dal momento che si intende colpire la fazione in lotta con quella al potere, l'obiettivo è individuarla e neutralizzarla prima ancora che scoppi un conflitto civile e sia necessario ricorrere alle armi, e dunque sostituire gli strumenti della guerra con quelli del diritto. Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 133 ss.; ID., *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obiettiva delle fattispecie di attentato contro la personalità dello Stato*, in J. AGNOLI, C. AMIRANTE ET AL., *Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Sapere 2000, 1984, p. 169 ss.; M. DONINI, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 2004, pp. 1706-1708; ID., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a neutralizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2, 2007, pp. 55 ss., pp. 74 ss.; ID., *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in *Terrorismo e diritto penale*, 2016, p. 113; ID., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., p. 735 ss., 741 ss.; ID., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI E R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, 2007; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 666 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, Giappichelli, 2008, p. 13 ss., 25 ss.

porzioni dell'ordinamento italiano questi stessi tratti, che ricostruisce a partire dalla tradizione del diritto penale politico una peculiare figura di nemico e la identifica anche in altri autori di reato. Il veicolo di questa assimilazione è ancora una volta l'espedito dell'emergenza, della necessità di far fronte ad un pericolo di eccezionale misura, da cui discende la necessità di applicare lo stesso trattamento: un regime eccezionale di diritto sia sostanziale che processuale, finalizzato ad accrescere la capacità preventiva dell'ordinamento e dunque la "forza" della risposta punitiva<sup>14</sup>.

In questo senso, quello oggetto di questa seconda teoria è invece il nemico *in senso debole*. Nella misura in cui l'antagonismo che si instaura tra l'ordinamento e il soggetto cui viene attribuito tale *status* non è *totalmente* ideologico e dunque *assoluto* – nel duplice senso etimologico in cui esprime al massimo la propria natura ed è "sciolto" da ogni vincolo – ma *parzialmente* ideologico e *relativo*<sup>15</sup>. La specialità del trattamento di questi autori di reato non trova cioè fondamento unicamente nell'avversità degli stessi rispetto alla stabilità e ai valori della comunità politica. Al contrario, si fonda *anche* su un pericolo individuale che può essere apprezzato, per quanto sia difficile valutare se sia un rischio più per singoli beni giuridici individuali, più conformemente ai principi del garantismo penale, o più per l'interesse statale.

Tuttavia, il fatto che il ricorso alle leggi di eccezione non abbia comportato la costruzione di un vero e proprio sistema alternativo a quello comune non implica che i suoi risultati concreti non possano rivelarsi controversi rispetto ai principi di fondo del garantismo penale. Le suddette riforme, responsabili di un deciso riorientamento del sistema verso finalità di prevenzione speciale e di tutela dello Stato nel suo complesso, per quanto non facciano applicazione della teoria di Jakobs, potrebbero nondimeno presentare numerosi punti di conflitto con i presupposti anche costituzionali dell'esercizio del potere punitivo<sup>16</sup>.

Di fronte a questo rischio, la seconda concezione di diritto penale del nemico risulta poco utile. Non essendo altro che l'espedito nominalistico utilizzato per descrivere la repressione di certi reati nelle forme "politiche" del diritto penale, una

---

<sup>14</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 331 ss.

<sup>15</sup> Cfr. G. DE VERO, *L'ambigua connotazione nemicale della criminalità di stampo mafioso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 1034 ss.

<sup>16</sup> Cfr. E. ZUFFADA, *La prevenzione personale ante delictum: alla ricerca di un fondamento costituzionale*, in *Criminalia*, 2021; M. PELISSERO, *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion pratica*, 1, 2018; A. CAVALIERE, *Il contrasto del terrorismo tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2017; D. VALITUTTI, *Il reato associativo come diritto penale del nemico: problemi e prospettive giusfilosofiche*, in *Politica del diritto*, 1-2, 2016; F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, 2017, p. 133 ss.

tecnica storicamente presente all'interno del diritto penale, e sopravvissuta all'instaurazione dell'ordinamento repubblicano, è possibile domandarsi allora oltre al significato certamente immaginifico della nozione che cosa possa aggiungere concretamente al discorso penalistico il concetto di diritto penale del nemico. Al di là del mero valore *descrittivo* che può assumere nel connettere l'esperienza della contemporaneità alla tradizione storica della repressione del criminale politico, rimane da chiedersi cioè se possa effettivamente avere un significato nel circoscrivere aree del sistema penale italiano nelle quali l'eccezionalità non possa ritenersi legittima. Occorre, dunque, domandarsi se, una volta esclusa l'ammissibilità del nemico nell'accezione "forte", quella "debole" possa avere ancora una qualche funzione critica degli istituti vigenti.

### 3. Il rapporto di proporzionalità tra reato e pena in senso ampio

L'idea alla base del presente elaborato è che una simile funzione potrebbe continuare a sussistere soltanto qualora la nozione di "nemico" venisse riformata, e divenisse capace di individuare i casi limite in cui l'applicazione della tecnica legislativa d'eccezione, che non ha ad oggetto nemici ma autori pericolosi, provoca di fatto l'assimilazione di questi ultimi al paradigma di Jakobs.

Prima di tutto, allora, è necessario definire il perimetro all'interno del quale si può svolgere la suddetta analisi. Se si volge il proprio sguardo soltanto alla legge penale, sostanziale o processuale che sia, si rischia infatti di dimenticare l'annosa questione dei confini di esercizio dello *ius puniendi*, e di quella che da tempo la scienza giuridica definisce *materia penale*<sup>17</sup>.

Il punto di partenza di questa analisi è dunque una concezione *funzionalista* del diritto penale: il potere punitivo, come ogni altra facoltà attribuita allo Stato di incidere sulle posizioni soggettive degli individui, deve rispondere ad un fine, che quando la pena incide sui diritti fondamentali della persona dev'essere quello di tutelare diritti di pari grado. Non è necessario definire il contenuto sostanziale della materia penale al fine di decidere se riconnettere o meno ad una fattispecie le garanzie penali: piuttosto, è sufficiente affermare che queste ultime *debbano* essere applicate ogniqualvolta si pregiudichino i diritti fondamentali dell'individuo, a prescindere dalla definizione

---

<sup>17</sup> La definizione di quest'ultima nel diritto costituzionale italiano, del resto, non ha in realtà ancora trovato una risposta univoca, con le conseguenze di incertezza applicativa dei principi del garantismo penale che ne derivano. Cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018, pp. 1-2.

formale offerta dalla legge, e viceversa. Si prendono in considerazione soltanto i casi in cui si applicano sanzioni capaci di incidere su diritti inviolabili, e solo a queste si circoscrive il campo di applicazione del paradigma garantista<sup>18</sup>.

È a partire da questo assunto che si può affrontare allora la questione centrale, quella della possibilità di valutare la rispondenza dei singoli istituti penalistici alla finalità generale che si è descritta. È plausibile, infatti, che soltanto attraverso l'analisi del rapporto tra mezzi e fini sia possibile comprendere, al di là di eventuali formalismi, se l'ordinamento nel suo complesso tenda effettivamente alla tutela dei diritti individuali, in un'ottica *minimalista* del potere punitivo, o al contrario al mantenimento e rafforzamento dell'organizzazione politica di riferimento, coerentemente con la teoria *massimalista* di cui il diritto penale del nemico è una possibile espressione.

Le tesi che si vogliono sostenere sono a tal proposito plurime ma consequenziali: (i) che in un sistema penale, il quale per sua natura non può non avere degli scopi e dei presupposti, sia sempre possibile sindacare l'idoneità dei mezzi adoperati rispetto ai fini; (ii) che nel sistema italiano, informato a finalità ben precise ricavabili dalla teoria liberale e personalistica che la Costituzione incorpora, questo rapporto possa essere valutato dal giudice delle leggi in virtù del principio costituzionale di *proporzionalità*; (iii) che ogni qual volta l'ordinamento appresta in materia penale mezzi eccessivi rispetto al fine, o almeno quando la sproporzione raggiunge un certo stadio di gravità, debba riconoscersi che l'autorità politica sta perseguendo illegittimamente uno scopo di conservazione *tout court* dello Stato di fronte ai soggetti che lo minacciano, anche a costo di sacrificarne irragionevolmente e sproporzionatamente i diritti fondamentali. Nella teoria qui proposta, come si vedrà, è quando quest'ultima condizione si verifica che all'interno dell'ordinamento sono presenti i tratti di un diritto penale del nemico.

L'ordinamento italiano è, dal punto di vista degli assunti di principio che lo fondano, il risultato del processo di evoluzione garantistica degli Stati contemporanei che

---

<sup>18</sup> Sul tema dei confini della materia penale *ivi*, p. 201 ss.; cfr. anche F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 20 ss.; V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 988 ss.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste – Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017, p. 28 ss.; M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, cit., p. 594 ss.; T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco nella "Età della decodificazione"*, in *La questione criminale*, VII, 1981, p. 91; S. LUPO, *Lo sguardo dello storico*, in G. FIANDACA, S. LUPO, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Laterza, 2014, p. 10; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, Giuffrè, 2016, pp. 371-373.

ha determinato il progressivo riconoscimento della *dignità* dell'individuo e della necessità per garantirne piena realizzazione della protezione dei beni essenziali attraverso i quali questo si esprime<sup>19</sup>, e della natura strumentale di ogni organizzazione politica: la conservazione dell'ordinamento è certamente in quest'ottica una condizione essenziale per il "bene" collettivo, ma lo è soltanto nella misura in cui è lo strumento imprescindibile per proteggere i diritti fondamentali<sup>20</sup>. Per questo, la prima tesi proposta è probabilmente la più semplice da sostenere: il diritto penale, in quanto artificio umano, è uno strumento votato ad uno scopo, e di conseguenza dev'essere sempre possibile giudicare la "ragionevolezza" di questo schema, sindacare i singoli istituti per valutare se questi rispondano ancora a quella ragione che li vuole mezzi per un fine.

Domanda più complessa è invece se questo possa avvenire anche formalmente nell'ordinamento italiano, all'interno delle corti o di quella che è chiamata a giudicare in via generale la legittimità di ogni norma giuridica rispetto ai principi fondamentali dello Stato. Su questo piano, non mancano le argomentazioni a favore dell'esistenza di un principio generale di proporzionalità che pervade l'intero campo dell'intervento pubblico sulla vita dei cittadini, e che di conseguenza non può non riguardare anche la materia penale<sup>21</sup>, sulla base del richiamo costituzionale alla "pari dignità sociale" dei cittadini di fronte alla legge, che sembra richiedere un certo grado di "responsabilizzazione" dei pubblici poteri nel dirimere i conflitti tra interessi<sup>22</sup>, o più nello specifico al principio di offensività, che impone un vincolo all'oggetto delle incriminazioni<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Editoriale Scientifica, 2018, p. 251 ss.; G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, 2004, p. 27 ss.

<sup>20</sup> È insito, cioè, nel principio dello *Stato di diritto* (o *Rechtsstaatsprinzip* nella dottrina tedesca che ha introdotto la nozione) che il potere pubblico possa comprimere la libertà personale dei cittadini soltanto in funzione della tutela di pubblici interessi; cfr. G. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis*, Duncker & Humblot, 1998, p. 80 ss.

<sup>21</sup> Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2006, n. 2087 con nota di D. U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1107 ss.; Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2017, n. 746.

<sup>22</sup> Nel prendere posizione sui diritti dei singoli che sono tenuti a riconoscere e garantire non possono operare quelle discriminazioni che discenderebbero dal sacrificare i beni degli uni a vantaggio di quelli di altri senza alcuna giustificazione. Sono tenuti al contrario a trattare i casi uguali in modo uguale. È la stessa Corte costituzionale, infatti, a ritenere il principio di proporzionalità il confine attraverso il quale stabilire se l'azione pubblica travalichi o meno il principio di uguaglianza sostanziale. Cfr. C. cost., 11 febbraio 2016, n. 23; C. cost., 20 luglio 2016, n. 192.

<sup>23</sup> Cfr. G. RUGGIERO, *La proporzionalità*, cit., p. 109; G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela*, cit., p. 45 ss. Va inoltre considerata l'importanza ai fini di questa ricostruzione del principio rieducativo, ex art. 27, terzo comma, Cost. Cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e*

La sanzione diviene così il ponte tra la struttura dell'illecito e la proporzionalità: perché è essa stessa il mezzo introdotto per tutelare i diritti individuali. Affermare dunque che non può esserci reato, e quindi pena, senza offesa significa sostenere che il mezzo del sacrificio dei diritti del reo non sia giustificato se non in quanto volto a garantire i diritti della vittima o della collettività. Significa stabilire un rapporto di ragionevolezza tra l'incriminazione nel suo complesso ed il suo scopo, tra "male" della pena e "bene" della prevenzione, tra difesa e offesa del soggetto che subisce il potere punitivo<sup>24</sup>.

La natura inviolabile dei diritti coinvolti determina, inoltre, un rapporto di proporzionalità particolarmente stringente, che è quello della concezione *tripartita*: non è sufficiente che la misura che si appresta per tutelare un certo bene sia *adeguata* allo scopo, e che quindi produca effettivamente un risultato positivo in tal senso; ma è altresì richiesto che il mezzo, quando si sostanzia nella compressione a sua volta di un diritto inviolabile, sia *necessario* a raggiungere il fine<sup>25</sup>, in un'ottica quindi anche di sussidiarietà dello strumento impiegato, e *proporzionale in senso stretto*, affinché il male strumentale non sia comunque superiore al beneficio perseguito<sup>26</sup>. Dalla combinazione tra la funzione dei diritti inviolabili e i principi menzionati è quindi possibile ricavare un vincolo di proporzionalità applicabile anche all'ambito peculiare del

---

*costituzionale*, Giappichelli, 2021, p. 61 ss.; Corte Cost., Sent. n. 313 del 1990; n. 343 del 1993; n. 168 del 1994; n. 341 del 1994; n. 68 del 2012; n. 236 del 2016; n. 149 del 2018; n. 40 del 2019.

<sup>24</sup> Cfr. T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 799 ss.; J. C. CARBONELL MATEU, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 29; A. DOVAL PAIS, *Posibilidades y limites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 36.

<sup>25</sup> Cfr. R. ORLANDI, *Una giustizia penale a misura di nemici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 724, che a sua volta si basa sulla giurisprudenza tedesca: cfr. M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, *Verhältnismäßigkeit: zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Mohr Siebeck, 2015; D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 3 ss.; cfr. anche V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Giappichelli, 2023, p. 13.

<sup>26</sup> Cfr. R. ORLANDI, *Una giustizia penale a misura di nemici?*, cit., p. 725; G. RUGGIERO, *La proporzionalità*, cit., p. 108, che sul punto menziona la dottrina tedesca: J. BAUMANN, U. WEBER, W. MITSCH, J. EISELE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Gieseking, 2016, p. 29; J. KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Nomos, 2014, p. 193 ss.; C. PRITTWITZ, *Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio?*, in *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Springer, 1995, p. 387; M. BUNZEL, *Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft*, in R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Mohr Siebeck, 2003, p. 96 ss.; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, p. 60 ss.

diritto penale, potenziale parametro del sindacato costituzionale sulla legittimità delle incriminazioni.

Un rapporto di proporzionalità siffatto non può limitarsi alla fattispecie codicistica, ma deve considerare tutte le garanzie penali, sia sostanziali che processuali, che incidono sulla “gravità” complessiva di ogni misura di natura penale adottata. Più il legislatore accresce l’estensione e la portata della penalità, più sarà onerato di dimostrarne l’idoneità, necessarietà e proporzionalità alle esigenze dettate dalla tutela dei diritti: è il concetto che qui si vuole sostenere di una *concezione estensiva della proporzionalità tra reato e pena*: ad essere rilevante non è la sanzione edittale in sé, ma la complessiva *tecnica di tutela* che il legislatore adopera per risolvere un certo conflitto di interessi e reprimere l’illecito che ne deriva. In quest’ottica, particolari semplificazioni processuali o più ingenti oneri penitenziari sono, al pari della pena astratta, parte della scelta punitiva.

Ad integrare il ragionamento appena svolto possono intervenire poi ulteriori considerazioni. La prima è legata al tema dell’emergenza, già citato in riferimento alle numerose riforme del codice penale e di procedura penale, così come del codice delle leggi antimafia, il cui presupposto è che le circostanze storiche, politiche ed economiche che determinano la vita organizzata possano mutare, e che determinati cambiamenti siano in grado di mettere a rischio i presupposti sui quali quest’ultima si fonda<sup>27</sup>.

Le vicende dell’Italia repubblicana degli ultimi decenni sono state interpretate come una vera e propria emergenza continua, e non si può certamente pretendere che non ne siano mai esistiti i presupposti. Tuttavia, questa forma di ragionamento politico va interpretato alla luce di una mutata visione dei rapporti tra Stato e individuo. Dev’essere calato, cioè, nel discorso intrapreso sul principio di proporzionalità: se si adotta il punto di vista per cui il fine è sempre la tutela dei diritti e delle libertà dell’individuo, e che l’ordinamento rimane uno strumento per questo fine, l’emergenza dev’essere intesa come l’insieme di quei fattori che per un determinato periodo di tempo fanno propendere più dal lato del pericolo la bilancia dell’intervento pubblico, e rendono gli strumenti ordinari di tutela insufficienti rispetto al fine.

Le condizioni di validità delle misure adottate durante la crisi, da quelle più antiche a quelle contemporanee, sono probabilmente due: che l’emergenza effettivamente sussista in quanto situazione di rischio estremo e patologico per lo *status quo*, nella quale i rimedi ordinari non sono sufficienti, e che una volta ripristinata la normalità tutte le misure che si giustificavano sulla base dell’emergenza debbano cessare di esistere<sup>28</sup>. Si

---

<sup>27</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, pp. 844-847.

<sup>28</sup> È la stessa Convenzione EDU, del resto, a prevedere all’art. 15, co. 1, che «in caso di guerra o in

possono compiere allora due osservazioni: la prima, è che se si ritiene l'emergenza empiricamente riscontrabile, debba essere possibile valutarne in concreto l'esistenza e la portata al fine di stabilirne le specifiche circostanze fattuali, ed escluderne dunque un'estensione senza confini. La seconda, invece, è che contribuendo a costruire la bilancia della proporzionalità la logica dell'emergenza debba poter essere oggetto del giudizio di costituzionalità. Nel sindacare le scelte legislative, quindi, la Corte costituzionale dovrebbe poter discutere dello stato di crisi come giustificazione di strumenti di tutela più restrittivi e giungere a diverse conclusioni, positive o negative rispetto alla legittimità delle deroghe emergenziali approvate dal legislatore<sup>29</sup>.

In secondo luogo, a queste considerazioni di natura *ontologica e teleologica* è necessario, seppur brevemente, collegare l'ulteriore dimensione nella quale questo giudizio si esplica, quella *epistemologica*. I principi che vi fanno riferimento, come quelli di legalità, materialità, determinatezza, giurisdizionalità, a sua volta da declinare anche nei principi accusatorio, dell'onere della prova e del contraddittorio, non sono infatti strettamente legati alla natura o alla funzione della pena. Non ineriscono cioè solo alla sostanza o alla direzione del diritto penale né servono unicamente a valutare la legittimità dei singoli istituti o fatti tipici, ma possono essere interpretati anche come la sua *base epistemologica o di verità*. Contribuiscono a costruire una verità processuale dettando le condizioni a partire della quali è possibile predicare la fondatezza e la validità del sistema nel suo complesso alla luce delle funzioni che in astratto persegue, e costituiscono in questo senso il presupposto del sindacato sulla capacità

---

caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale».

<sup>29</sup> Può argomentare in vario modo: sostenendo che l'emergenza non sussiste o che non si estende ad un determinato ambito, e che di conseguenza la misura o la fattispecie in esame non è legittima; adottando una simile posizione critica nei confronti dell'emergenza, ma affermando al contempo che nonostante ciò la scelta sia comunque ragionevole, perché lo sarebbe anche in condizioni ordinarie; argomentando a favore dell'esistenza dello stato di crisi, e affermando allo stesso modo che una legge è legittima o che non lo è comunque, perché predispone mezzi comunque eccessivi anche rispetto all'emergenza; o infine motivando il suo giudizio negativo o positivo di costituzionalità affermando rispettivamente che l'emergenza esisteva, ma che essendo ormai terminata la risposta eccezionale deve parimenti cessare, o che a prescindere, essendo giustificata anche ordinariamente, essa possa continuare ad esistere. L'ultima forma di motivazione, in particolare, può rivelarsi la più innovativa. Perché relativizzando certe porzioni di diritto, implica la possibilità del giudice delle leggi di cambiare formalmente opinione di fronte ad una stessa disposizione. Affermata una prima volta la compatibilità con il sistema alla luce dell'emergenza, ai legittimati a ricorrere deve rimanere la facoltà di risollevarne la stessa identica questione sostenendo che le mutate condizioni di fatto richiedono una soluzione giuridica diversa.

effettiva del sistema di raggiungere i propri obiettivi ricorrendo solo e soltanto ai mezzi prestabiliti, senza distorcerli, sostituirli o renderli ineffettivi<sup>30</sup>.

La base epistemologica può anche variare notevolmente tra un dato potere pubblico e un altro: in ambito penale, la legalità consente l'esercizio del potere soltanto su fattispecie precise, determinate e materialmente apprezzabili, e attraverso un procedimento che si svolge nel contraddittorio pieno, in condizioni di totale separazione tra chi decide e le altre parti e con una regola di giudizio particolarmente onerosa. L'intensità dell'onere di legalità che l'autorità pubblica è tenuta a rispettare, e quindi lo "spessore" della base epistemologica, dev'essere dunque direttamente proporzionale al valore degli interessi in gioco ed al vigore dei limiti di ragionevolezza prescritti. Se si riduce il canone della verità processuale, non è più possibile valutare la corrispondenza tra le incriminazioni legislative ed i limiti costituzionali all'estensione della materia penale, così come non si può impedire che queste vengano applicate in concreto in modo distorto rispetto al corrispondente modello astratto di reato<sup>31</sup>. E le affermazioni fatte in precedenza a proposito della sostanzialità e della proporzionalità perdono la loro effettività.

#### **4. La nuova possibile teoria di diritto penale del nemico come deviazione dal rapporto di proporzionalità**

In conclusione, è da queste ultime considerazioni che si intende offrire gli spunti per una possibile definizione alternativa di diritto penale del nemico, che non includa indiscriminatamente qualunque evoluzione in senso repressivo dei sistemi penali contemporanei ma possa fungere da filtro in concreto della loro compatibilità con i principi esposti, nell'ordinamento italiano come altrove.

---

<sup>30</sup> Il discorso intorno alla verità processuale e i suoi presupposti sostanziali assume così una dimensione ulteriore di limite garantista all'esercizio del potere pubblico, ed in particolare di quello che si esprime secondo le norme del diritto penale. A maggior ragione perché in questo ambito il potere è tradizionalmente meno limitato e più *discrezionale*. Anche nel diritto amministrativo si è sviluppato quell'insieme di argini che si è soliti ricondurre alla legalità e alla cosiddetta *judicial review* dei provvedimenti amministrativi: nella misura in cui anche in questo campo si è posto storicamente il problema di come fondare, limitare e controllare le invasioni pubbliche dei diritti individuali. Cfr. D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 2017, p. 152 ss.; V. MANES, *Introduzione*, cit., p. 36 ss.; F. M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, 1997, p. 16 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 1999, p. 81 ss.

<sup>31</sup> Cfr. P. FERRUA, *Diritto penale minimo e processo accusatorio*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, 2002, pp. 204-205.

Nella ricostruzione che qui si propone, è il superamento dei confini costituzionali della ragionevolezza<sup>32</sup> nei termini ampi in cui è stata declinata in precedenza il potenziale ambito di riconoscimento del diritto penale del nemico. Quest'ultima, infatti, rivela l'apertura del legislatore ad interessi ulteriori rispetto a quelli strettamente liberali e personalistici ed il riorientamento del sistema penale verso l'obiettivo della repressione *tout court* dei pericoli per lo Stato. L'assenza di proporzionalità, soprattutto quando raggiunge un certo livello di gravità, è il sintomo che l'ordinamento di fronte a certi soggetti rifiuta il riconoscimento della dignità umana e ragiona nei termini per cui *in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem jura transgredi licet*, e qualsiasi mezzo è ammesso pur di sopraffare il "nemico"<sup>33</sup>.

Il fatto che il ricorso a misure legislative emergenziali accentui i connotati preventivi dell'ordinamento non è di per sé dirimente. Fintantoché il suddetto paradigma è rispettato, è ancora possibile affermare che il diritto penale costituisce uno strumento di protezione dei diritti e delle libertà fondato sullo Stato di diritto, pur esprimendosi in forme quantitativamente più afflittive. È quando ciò non accade che, come si ritiene, il potere pubblico oltrepassa i confini della legittimità ed emerge il nemico. Soltanto quando gli istituti penalistici divergono dal modello funzionalista e di proporzionalità, in concreto o già in astratto, il fine dell'intervento punitivo non è più prevenire un particolare pericolo per i beni fondamentali attraverso un trattamento eccezionale e meno garantito, ma reprimere le minacce alla conservazione dell'organizzazione politica e dei suoi valori in quanto tali. Il tipo d'autore che caratterizza gli istituti emergenziali non è più il soggetto la cui pericolosità può essere oggettivamente apprezzata, ma colui che contraddice le fondamenta politiche – nel senso ideologico, assiologico o di potere – dello Stato<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> I casi in cui questo può avvenire sono molteplici: può accadere la situazione più semplice in cui lo schema mezzi-fini sia completamente rispettato, ma gli strumenti impiegati siano sproporzionati rispetto all'esigenza di tutela; può verificarsi il caso in cui formalmente vi sia la giustificazione della tutela di un bene costituzionale, ma la misura predisposta sia talmente sproporzionata da ingenerare l'idea che questa sia soltanto la copertura adoperata per perseguire uno scopo diverso; oppure ancora, può mancare completamente il riferimento al fine ultimo della norma penale o, più realisticamente, questo può essere esplicitamente diverso da quello necessitato dal testo costituzionale. G. RUGGIERO, *La proporzionalità*, cit., pp. 114-115.

<sup>33</sup> Cfr. M. DONINI, *Lo status di terrorista: tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, come giustificazione per l'uso del diritto come arma?*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali*, cit., p. 86 ss.

<sup>34</sup> Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., pp. 707-708, che come Padovani identifica una accezione di "nemico" intermedia tra quella "debole" e quella di Jakobs, che non nega

Per quanto l'unica forma di "nemico" teoricamente ammissibile nell'ordinamento italiano sia quella "debole", quella del conflitto e dell'uso di strumenti "di lotta" senza che si determini la negazione radicale del valore personalistico dell'individuo, vi possono essere casi nei quali la qualità di nemico di simili autori sembra strutturarsi secondo una valenza "forte", che oltrepassa i confini dettati dalla proporzionalità. Il conflitto tra la comunità e il soggetto da neutralizzare assume i connotati che si sono ricondotti alla teoria di Jakobs: quelli di uno scontro radicale e assoluto, che non dipende dal grado di rischio per i diritti individuali o collettivi ma unicamente da quanto il secondo è capace di contraddire l'identità del primo.

Se un diritto penale del nemico siffatto non può ritenersi legittimo, è a maggior ragione necessario possedere gli strumenti per riconoscerlo: per cogliere quelle situazioni in cui lo Stato adotta una logica di guerra assoluta contro il nemico, disconoscendone il valore di persona e ammettendo la possibilità di negarne i diritti in qualunque misura in nome della conservazione *tout court* della sua personalità morale e politica o della sua stessa esistenza. Se la deviazione dal modello garantista si giustifica in quanto proporzionale alle diverse esigenze del caso concreto, vi è un limite oltre il quale essa è puramente simbolica, ideologica: in una parola, nel senso schmittiano del termine, *politica*.

## 5. Alcuni tentativi di applicazione pratica

Posta questa nuova possibile nozione di nemico nel diritto penale, potrebbe essere interessante un tentativo di applicazione della nuova categoria nell'ordinamento italiano, riferimento primario di tutta la ricerca. Se fosse effettivamente possibile riconoscervi un nemico così come qui descritto, e giungere alla conclusione che in determinati casi il potere punitivo oltrepassa i limiti di legittimità costituzionalmente imposti, si potrebbe concludere che la teoria del diritto penale del nemico in questa nuova configurazione può ancora assumere un ruolo descrittivo e critico rispetto agli istituti vigenti, contribuendo così agli studi della scienza penale. Potrebbe vantare un valore pratico, oltre che meramente teorico.

Una prima tendenza da esaminare potrebbe essere ad esempio l'emersione nel sistema penale italiano di reati che puniscono condotte meno offensive o meramente

---

esplicitamente la qualità di persona del destinatario della repressione penale ma raggiunge gli stessi risultati attraverso modalità più surrettizie.

preparatorie, nei quali si verifica un'anticipazione della tutela penale. Rispetto all'ampio sistema di delitti che afferiscono alla criminalità mafiosa, terroristica ed eversiva, che ne costituisce il caso paradigmatico, la realtà contemporanea può realmente dimostrare, entro certi limiti, quanto le normali tecniche di repressione penale non siano sufficienti, e dunque la proporzionalità della risposta penale che comunemente ne deriva<sup>35</sup>. Maggiori criticità, semmai, possono derivare dal trattamento sanzionatorio a livello edittale, passibile di essere giudicato manifestamente sproporzionato rispetto alla natura preparatoria delle condotte punite e dunque determinato più da qualificazioni soggettive che dal fatto<sup>36</sup>.

Tuttavia, lo stesso non può dirsi per le fattispecie che riflettono una logica preventiva senza essere giustificate dalla peculiare pericolosità sociale dei soggetti che le integrano<sup>37</sup>. È il caso, ad esempio, degli ambiti della criminalità corruttiva e sessuale. Di fronte a questi due fenomeni, invero connotati da un evidente e profondo disvalore per la sensibilità contemporanea, che aspira ad attribuire un rilievo primario

---

<sup>35</sup> Anche perché l'accordo che dà vita all'associazione mafiosa non è semplicemente diretto a commettere delitti, ma anche altre tipologie di fatti che, come si è detto, non costituirebbero di per sé un illecito se non in quanto espressione dell'associazione stessa. La tensione criminale tra l'associazione a delinquere "moderna" e il reato è così forte da caricare il "mero accordo" di un disvalore e di una pericolosità tutta peculiare: entrare a far parte di un sodalizio mafioso, terroristico o eversivo non rappresenta in questo senso soltanto una comunione di intenti rivolta alla commissione di determinati delitti, ma l'assunzione di un ruolo stabile e organico in una collettività che mira a scopi più ampi, dal monopolio del traffico di un bene illecito all'intero scardinamento del sistema politico. Cfr. B. ROMANO, *L'associazione di tipo mafioso nel sistema di contrasto alla criminalità organizzata*, in ID. (a cura di), *Le associazioni*, cit., pp. 14-15; G. CARUSO, *Struttura e portata applicativa dell'associazione di tipo mafioso*, in B. ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Utet, 2015, p. 53; M. DONINI, *Lo status di terrorista*, cit., p. 102 ss.

<sup>36</sup> Cfr. G. CARUSO, *Struttura e portata*, cit., p. 53. Un modo simile di ragionare è riscontrabile ad esempio ancora in C. cost., 11 febbraio 2016, n. 23 e nella già citata sentenza n. 341 del 1994. Cfr. anche E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1655; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 418.

<sup>37</sup> Si intende qui *pericolosità sociale* non nella tradizionale accezione utilizzata ad esempio nell'ambito delle misure di sicurezza della probabilità del verificarsi di ulteriori reati, ma del rischio di lesione per i beni giuridici a tutela dei quali le norme incriminatrici di riferimento sono previste. Sul concetto di *pericolosità* che qui adopera cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, 2008, p. 26 ss.; A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Giappichelli, 2017, p. 1 ss.; P. MARCHETTI, *Le sentinelle del male. L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in *Quad. fior.*, XXXVIII, 2009, p. 1025; M. FOUCAULT, *L'evoluzione della nozione di individuo pericoloso nella psichiatria legale del XIX secolo*, in A. PANDOLFI (a cura di), *Archivio Foucault*, III, Feltrinelli, 1997, p. 51; G. CAMPESI, *L'individuo pericoloso. Saperi criminologici e sistema penale nell'opera di Michel Foucault*, in *Mat. st. pens. giur.*, 2007, p. 121; G. B. TRAVERSO, *Il giudizio di pericolosità ed il suo accertamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 1045.

all'integrità dei soggetti pubblici e della libertà sessuale e di autodeterminazione, non è sempre possibile riscontrare i sintomi di una pericolosità particolarmente intensa<sup>38</sup>.

I suddetti interventi si giustificano infatti sulla base di una logica diversa dalla semplice prevenzione: quella del già menzionato *populismo penale* e del *punitivismo simbolico* che ne deriva<sup>39</sup>. Lo spettro del "corrotto" o dello "stupratore", agitato di fronte all'opinione pubblica, è in questo senso sufficiente a garantire supporto a restrizioni delle libertà personali sempre maggiori, anche quando queste non sono proporzionate ad una particolare pericolosità quanto piuttosto alla soddisfazione del senso di giustizia della popolazione, disposta ad accettare con favore interventi coercitivi molto maggiori<sup>40</sup>.

Tali considerazioni risultano ancora più rilevanti, del resto, se si ricorda che la distinzione tra categorie di reato ad alta pericolosità, nelle quali la capacità a delinquere individuale sfuma sullo sfondo della plurisoggettività, e quelle invece la cui considerazione può essere dettata da esigenze simboliche, non è confinata al diritto sostanziale, ma si rinviene anche in molti altri ambiti, dalle misure di prevenzione ai regimi speciali di esecuzione della pena detentiva<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. V. MONGILLO, *op. cit.*, pp. 974-980; A. M. MAUGERI, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 964; F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 710 ss.

<sup>39</sup> Cfr. M. CANCIO MELIÀ, "Diritto penale" del nemico?, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, cit., p. 72 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 38.

<sup>40</sup> Cfr. A. M. MAUGERI, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, cit., pp. 914-915.

<sup>41</sup> Negli ambiti di competenza delle misure di prevenzione dopo l'introduzione del nuovo codice delle leggi antimafia, così come in quelli degli articoli 4 *bis* e 41 *bis* della legge sull'ordinamento penitenziario e di altre norme di tipo processuale, si ravvisa quel fenomeno di ampliamento progressivo: con i delitti contro la pubblica amministrazione (*ex artt.* 314, co. 1, 316, 316 *bis*, 316 *ter*, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 e 322 *bis*, c.p., indicati come requisiti se sussistenti come fine di un'organizzazione *ex art.* 416 c.p. delle misure di prevenzione personali *ex art.* 4, co. 1, lett. i-*bis*, c.a.); i reati a sfondo sessuale (*ex artt.* 600 *bis*, co. 1, 600 *ter*, co. 1-2, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies*, 609 *undecies* c.p., indicati come requisiti dei regimi speciali *ex art.* 4 *bis* o.p.); gravi delitti contro la persona (*ex artt.* 583 *quinquies*, 600, 601, 602, 630 c.p., indicati come requisiti dei regimi speciali *ex art.* 4 *bis* o.p. e, nel caso dell'art. 630, anche dalla disciplina eccezionale sulle intercettazioni prevista *ex art.* 13, d.l. 13 maggio 1991, n. 152); determinati fatti di violenza in occasione di manifestazioni sportive (*ex art.* 6, l. 13 dicembre 1989, n. 401, indicato come requisito delle misure di prevenzione personali *ex art.* 4 c.a.); particolari reati contro il patrimonio (*ex art.* 640 *bis* c.p., indicato come requisito delle misure di prevenzione personali *ex art.* 4 c.a.); delitti connessi all'immigrazione clandestina (*ex artt.* 12, co. 1-3, 12 *bis*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, indicato come requisito dei regimi speciali *ex art.* 4 *bis* o.p.). Anche se queste tendenze preventive possono essere proporzionate per i criminali di terrorismo o di mafia, lo stesso non può sempre presumersi che avvenga per altre categorie di "autori". Nei loro confronti la speciale capacità a delinquere dovrebbe perlomeno essere accertata *in concreto*, e non in via presuntiva dal legislatore, perché si potrebbe argomentare che manchino le ricorrenze criminologiche sufficienti a ragionare in questi termini. Cfr. I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Giuffrè, 1970, p. 175; ID., *Le presunzioni di pericolosità sociale tra Corte costituzionale e progetto*

In secondo luogo, il ragionamento qui proposto può essere applicato ai principi dell'epistemologia penale. Un primo esempio è sicuramente quello della crisi della struttura tipica di alcune categorie di reato, che per quanto talvolta sembri il risultato di una semplice "pigrizia" degli organi legislativi risulta necessario ad abbracciare le forme sempre più complesse della criminalità contemporanea, soprattutto se associativa. Di fronte ad esse, potrebbe risultare insufficiente, oltre che anacronistico, agire attraverso i modelli di incriminazione più tradizionali.

Diversamente, non si crede di poter affermare lo stesso sulle fattispecie di creazione giurisprudenziale: per quanto possa essere sentita l'esigenza di cogliere tutte le situazioni umane di forte disvalore nelle braccia della giustizia penale, accettare che simili ampliamenti del dettato legislativo possano essere operati dalla giurisprudenza caso per caso, al di fuori dei meccanismi della legalità, significa privare i cittadini della garanzia fondamentale della prevedibilità dei reati<sup>42</sup>.

O ancora, questa nuova teoria critica del diritto penale può riguardare le regole processuali, soprattutto nei procedimenti di tipo "amministrativo" come quello di prevenzione. Per questi ultimi non è previsto infatti un pieno contraddittorio, dato che per quanto sia possibile per il destinatario contestare la decisione sul provvedimento e portare "prove" ad esclusione dei requisiti oggettivi e soggettivi delle due misure, queste non sono mezzi probatori nel senso tecnico del termine<sup>43</sup>, e la motivazione non è soggetta agli stessi oneri di giudizio. Il canone dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" in questi casi non è soltanto sostituito con quello semplice del "più probabile che non", ma è letteralmente invertito. In ragione del riferimento agli "indizi", che sembrano quasi richiedere la mera esistenza di "prove" a favore di chi pretende di affermare la pericolosità, non è l'autorità a dover dimostrare oltre ogni ragionevole dubbio la propria tesi, ma è chi si difende ad essere costretto a provare la propria "innocenza" nella stessa misura<sup>44</sup>.

Sono tutti casi sintomatici, questi, del superamento dei confini di

---

*di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 771 ss.; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 3 ss., pp. 72-74; A. CISTERNA, *La trattazione della proposta al vaglio del giusto processo e delle regole di acquisizione probatoria*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, Utet, 2013, p. 164 ss.; A. GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in A. GAITO (a cura di), *La prova penale*, I, Utet, 2008, p. 95 ss., 113 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., pp. 69-70.

<sup>42</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Lo sguardo del giurista*, in G. FIANDACA, S. LUPO, *La mafia non ha vinto*, cit., pp. 127-129.

<sup>43</sup> Cfr. F. M. IACOVIELLO, *La motivazione*, cit., pp. 98-99; M. CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure*, cit., p. 176.

<sup>44</sup> Cfr. A. CISTERNA, *La trattazione*, cit., p. 166.

proporzionalità che separano un diritto penale personalistico da uno fondato sulla neutralizzazione del nemico<sup>45</sup>. Quella proposta non si limita, così, a rappresentare una teoria: ma diviene un metodo di critica al quale è possibile fare ricorso per distinguere, tra le diverse situazioni nelle quali la dottrina parla genericamente di “nemico” nel diritto penale, i casi che deviano dal rapporto di proporzionalità ed entrano così in conflitto con i principi costituzionali. Il tutto alla luce di un ragionamento più ampio e meno formalistico, che guardi non soltanto alla misura delle pene ma all’intervento repressivo nel suo complesso, secondo una prospettiva integrata del diritto penale più adeguata alla complessità e dinamicità dei sistemi penali contemporanei.

## ABSTRACT

*Il testo riprende l’annosa questione della definizione e identificazione del diritto penale del nemico, nel tentativo di revitalizzare la nozione alla luce dei limiti delle teorie tradizionalmente attestate in dottrina e dell’opportunità di ampliare i margini del controllo di costituzionalità sulle tecniche di incriminazione. Dopo aver dimostrato che in letteratura si fa riferimento a due diverse nozioni di diritto penale del nemico, come sistema penale alternativo o come tecnica legislativa d’eccezione, si evidenziano le lacune di entrambe e si tenta una nuova ricostruzione della categoria muovendo da una nuova concezione della proporzionalità tra reato e pena in senso ampio, tale cioè da ricomprendere il modello di intervento punitivo nel suo complesso dall’incriminazione astratta all’esecuzione penale, passando per le regole processuali ed il procedimento di prevenzione. L’obiettivo è di affermare che soltanto quando la tecnica punitiva supera il limite di proporzionalità e tende alla neutralizzazione del soggetto, piuttosto che ad ampliare la prevenzione in ragione di circostanze di eccezionale pericolosità, si manifesta la deriva verso il nemico, incompatibile con i principi costituzionali dello Stato di diritto. Si cerca, infine, di mostrare in via esemplificativa alcune applicazioni pratiche della nuova nozione all’ordinamento italiano.*

## PAROLE CHIAVE

Diritto penale del nemico – Principi costituzionali in materia penale –  
Diritto penale emergenziale – Principio di proporzionalità

---

<sup>45</sup> Per esempi di ricerca di possibili soluzioni ai problemi presentati, cfr. E. A. A. DEI CAS, *Sentencing inglese e prospettive di un processo bifasico in Italia: potenzialità e insidie di un mutamento a lungo invocato*, in *Archivio penale*, 1, 2022, pp. 21-23; A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell’art. 603-bis c.p.*, in *Archivio penale*, 3, 2018, pp. 2-13; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I. Delitti contro la persona*, Cedam, 2013, p. 299, nt. 42; L. MASERA, *Il diritto penale “dei nemici” - La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020; A. CADOPPI, *op. cit.*, pp. 298-299.

\* \* \*

A NEW CONCEPT OF ENEMY CRIMINAL LAW.  
INSIGHTS FROM THE LIMITS OF TRADITIONAL THEORIES AND  
THE PROPORTIONALITY CONTROL ON INCRIMINATION TECHNIQUES

ABSTRACT

*The text revisits the long-standing issue of defining and identifying enemy criminal law, in an attempt to revitalize the concept in light of the limitations of the traditional theories and the opportunity to broaden the scope of constitutional review of criminalization techniques. After demonstrating that the literature refers to two different notions of enemy criminal law, as an alternative criminal system or as an exceptional legislative technique, the limits of both are highlighted and a new reconstruction of the category is attempted, starting from a new conception of proportionality between crime and punishment in a broad sense, i.e., one that encompasses punitive intervention in its entirety, from abstract criminalization to criminal enforcement, including procedural rules and preventive measures. The aim is to assert that only when the punitive technique exceeds the limits of proportionality and tends to neutralize the subject, rather than to expand prevention due to circumstances of exceptional threat, the drift towards the enemy occurs, incompatible with the constitutional principles of the rule of law. Finally, an attempt is made to illustrate some practical applications of the new concept in Italian law.*

KEYWORDS

Enemy Criminal Law – Constitutional Principles on Criminal Law–  
Exceptionalism in Criminal Law – Principle of Proportionality

# IL CODICE DEL CONSUMO NELLA PROSPETTIVA PENALISTICA: EFFETTI DIRETTI E RIFLESSI \*

ARIANNA FESTINESE \*\*

SOMMARIO 1. L'impatto del Codice del consumo nella materia penale. – 2. L'incidenza diretta: l'immissione nel mercato di prodotti pericolosi per la salute (art. 112 cod. cons). – 3. L'incidenza riflessa: gli obblighi informativi e di correttezza come perno per l'arretramento della tutela penale. – 4. La rilettura delle condotte fraudolente a partire dal canone della buona fede. – 5. Il "professionista modello" e lo slittamento verso una responsabilità colposa. – 6. Sotto l'ombrello della sussidiarietà: un bilancio conclusivo.

## 1. L'impatto del Codice del consumo nella materia penale

È nota la portata innovativa che il Codice del consumo ha avuto in sede civile. Se pure con ritardo, in ossequio a quanto disposto in sede europea<sup>1</sup>, il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ha provveduto a riorganizzare e armonizzare le disposizioni vigenti in tema di tutela dei consumatori, dando vita a un testo unico di riferimento che regola, in maniera organica, le diverse fasi del rapporto di consumo<sup>2</sup>. Dalla pubblicità alla corretta informazione, dalla conclusione del contratto alla sicurezza dei prodotti, fino all'accesso alla giustizia, il Codice del consumo con la sua poliedricità ha contribuito a

---

\* È il testo, riveduto e ampliato, della relazione tenuta al convegno "A vent'anni dal Codice del consumo. Un'analisi comparata con altri Paesi", svoltosi a Terni l'11 e il 12 settembre 2025.

\*\* Dottoranda di ricerca in diritto penale nell'Università di Firenze.

<sup>1</sup> Il rimando è, segnatamente, alla direttiva n. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, relativa a taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo. Per una valutazione dell'impatto della direttiva in Italia, v. R. FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, in *Contr. impr./Europa*, 2000, p. 415 ss.; A. ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della Direttiva n. 1999/44/CE "su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo"*, in *Studium Iuris*, 2000, p. 264 ss.; M. BIANCA, *Consegna aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva 1999/44/CE*, in *Contr. impr./Europa*, 2001, p. 16 ss.; A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. impr./Europa*, 2001, p. 86 ss.; F. MACARIO, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. impr./Europa*, 2001, p. 146 ss. Per una prospettiva estesa ad altri ordinamenti europei, v., altresì, A. GENOVESE, *Le garanzie dei beni di consumo, la direttiva 99/44/CE ed il diritto spagnolo*, in *Contr. impr./Europa*, 2002, p. 1103 ss.; S.V. MANNINO, *L'attuazione della direttiva 1999/44/CE in Francia*, in *Europa e diritto privato*, 2003, p. 131 ss.; P. ROTT, *La disciplina tedesca della compravendita dopo l'attuazione della direttiva 1999/44/CE*, in R. Alessi (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005, pp. 215-241 ss.

<sup>2</sup> L. MEZZASOMA, *Codice civile e Codice del consumo*, in *Jus civile*, 2024, p. 79.

dare nuova linfa alla disciplina degli scambi commerciali, potenziandola sotto il profilo delle tutele e delle garanzie.

Nondimeno un certo – non meno significativo – impatto si registra anche sul versante penalistico e, in particolare, su due fronti.

Il primo, immediatamente percepibile, è costituito dall'apparato sanzionatorio che fa da corredo al nuovo *corpus*. Al fine di garantire una maggiore effettività alla disciplina in materia di sicurezza dei prodotti, il legislatore del 2005 ha introdotto l'art. 112 cod. cons., attraverso il quale vengono penalmente sanzionate diverse ipotesi di immissione nel mercato di prodotti pericolosi. Al fondo di tale intervento normativo si rinviene, per un verso, l'esigenza di approntare una tutela di carattere generale e residuale rispetto a quella già prevista per specifiche categorie di prodotti – si pensi, ad esempio, a quelli alimentari o ai medicinali<sup>3</sup> – e, per altro verso, la volontà di rafforzare la protezione del consumatore, anticipando la risposta sanzionatoria a una fase in cui la sua incolumità non sia stata ancora completamente compromessa.

Quanto al secondo fronte, occorre, invece, evidenziare come il Codice in esame, nel mettere a fuoco una serie di diritti e correlativi obblighi di diversa natura, abbia finito per orientare in modo differente, come si vedrà a breve, l'interpretazione giurisprudenziale di alcune fattispecie incriminatrici. Tale nuova chiave di lettura fa leva essenzialmente su una previsione, quella dell'art. 2 cod. cons., nella quale figura, al comma 2, un macro-catalogo di diritti fondamentali riconosciuti al consumatore. Siffatta previsione normativa, delineando le posizioni giuridiche soggettive che definiscono lo *status* di consumatore, raccoglie insieme sia diritti di natura fondamentale sia diritti di esclusiva matrice economica, i quali, però, logicamente – come non si è mancato di sottolineare – non possono essere sottoposti allo stesso regime regolativo<sup>4</sup>. Da qui, allora, la distinzione anche in termini di tecniche di tutela applicabili alle due categorie: mentre i primi – fra i quali figura il diritto alla salute (art. 32 Cost.) – sono suscettibili di tutela anche in sede penale, i diritti di carattere “sociale” e “commerciale” possono essere garantiti al più mediante forme di tutela civile e/o amministrativa<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> *Amplius*, A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, t. II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, vol. IX, Milano, 2013, p. 681 ss. e, in particolare, p. 248 ss. per le fattispecie penali poste a tutela della sicurezza dei prodotti alimentari e medicinali.

<sup>4</sup> G. ALPA, Sub *artt. 1 e 2*, in G. ALPA-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 22.

<sup>5</sup> G. ALPA, Sub *art. 1*, in G. ALPA-V. LEVI (a cura di), *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano, 2001, p. 17 ss.

Concentrando l'attenzione su questi ultimi, a venire in rilievo nella giurisprudenza penale sarebbero, da un lato, la generale esigenza di adeguata informazione e, dall'altro lato, la richiesta di lealtà, correttezza e buona fede nei rapporti contrattuali. Richiamate all'interno della norma "manifesto" (art. 2, co. 1, lett. c), c-bis), e) cod. cons.) e poi variamente disseminate lungo il *corpus* codicistico, tali clausole generali rappresentano valori che il Codice del consumo non solo promuove ma che considera anche condizioni imprescindibili per la liceità del comportamento del professionista<sup>6</sup>. Nell'impianto del d.lgs. 206/2005 l'osservanza di tali obblighi viene corredata dalla previsione delle possibili violazioni (artt. 11, 20, 21, 22, 23 cod. cons.), a loro volta affiancate da un ampio ventaglio di rimedi di natura cautelare o riparativa (art. 27, co. 2, 3, 7, 8 cod. cons.) nonché di sanzioni amministrative pecuniarie (artt. 12 e 27, co. 4, 9, 12 cod. cons.). Cosicché, in ragione delle conseguenze che possono derivare da un loro mancato rispetto, quelli che nel codice civile sono considerati principi generali, nel contesto consumeristico sembrano piuttosto assumere la natura di obblighi di agire<sup>7</sup>. Obblighi in tale ambito garantiti, però, da una tutela che, all'evidenza, mai involge l'impiego di misure penali in senso stretto.

Ciononostante, nell'intento di interpretare le fattispecie poste a tutela del patrimonio pubblico e privato in un senso maggiormente conforme alle emergenti istanze di tutela del consumatore, la giurisprudenza penale è arrivata al punto di incardinare il proprio processo decisionale sulle aspettative di comportamento dell'operatore economico e, in particolare, sul "tradimento" di tali aspettative. In questa prospettiva, gli "obblighi-principi" di cui si è detto, hanno funzionato da motore propulsore: ancorché non evocati espressamente con un rimando diretto al Codice del consumo, essi hanno finito in ogni caso per orientare, con i loro contenuti sostanziali, la rilettura di talune fattispecie incriminatrici nella direzione poc'anzi indicata.

## **2. L'incidenza diretta: l'immissione nel mercato di prodotti pericolosi per la salute (art. 112 cod. cons)**

Muovendo dalla prima direttrice, ossia quella dell'incidenza "diretta" del Codice del consumo nella materia penale, a venire in rilievo – come accennato (v. *retro* § 1)

---

<sup>6</sup> Sulla duplice funzione svolta dall'elencazione dei diritti fondamentali, v. G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2007, p. 264.

<sup>7</sup> Sulla natura cogente dei principi del Codice del consumo, v. R. CAMERO-S. DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999, p. 264.

– è l’articolato contenuto dell’art. 112 cod. cons., che delinea una tutela “scalare” al suo interno.

In ordine di gravità crescente, detta norma prevede, innanzitutto, un sistema sanzionatorio di natura amministrativa, destinato ad operare rispetto a forme diverse di inadempienza degli operatori economici (produttori e distributori), tutte riconducibili al mancato rispetto degli obblighi di sicurezza e cooperazione a tutela del consumatore. In particolare, andrà incontro ad una sanzione amministrativa pecuniaria il produttore o il distributore che si rifiuti di collaborare con le autorità ai fini dello svolgimento di attività di verifica o di ispezione (art. 107 co. 2, lett. *a*, nn. 1-3, cod. cons.), che ometta di informare le amministrazioni competenti in caso di consapevole esistenza di rischi del prodotto che potrebbero mettere a repentaglio la sicurezza del consumatore (art. 104, co. 7, 8 e 9, cod. cons.), nonché il produttore che trasgredisca l’obbligo di fornire al consumatore tutte le informazioni utili oppure che non adotti misure proporzionate in funzione delle caratteristiche del prodotto per consentire l’adeguata informazione dell’utente (art. 104, co. 2, 3, 5, 7, 8 e 9, cod. cons.) o il distributore che, nell’esercizio della sua attività, non rispetti il dovere di diligenza posto a garanzia dell’immissione sul mercato dei soli prodotti sicuri (art. 104, co. 6, lett. *a-c*, cod. cons.).

A ciò si aggiungono, all’interno del medesimo articolo, tre ipotesi contravvenzionali, che insieme contribuiscono a delineare il reato di immissione sul mercato di prodotti pericolosi<sup>8</sup>. Nello specifico, al primo comma dell’art. 112 cod. cons. viene punita l’inosservanza da parte del professionista di un provvedimento amministrativo di interdizione al commercio di determinati prodotti, purché «effettivamente pericolosi»; al comma seguente, si sanziona l’immissione sul mercato, senza che sia stato disposto e violato alcun provvedimento interdittivo, di un prodotto che presenti una «verosimile» pericolosità; infine, in una forma sanzionatoria più lieve, che non contempla la misura dell’arresto, sono puniti il produttore o il distributore che non ottemperino ai provvedimenti nei loro confronti emanati e che a loro demandino, alternativamente o congiuntamente, di apporre sul prodotto l’indicazione delle adeguate avvertenze, di soddisfare le condizioni preventive imposte loro per l’immissione del prodotto nel mercato, di non commerciare il prodotto durante lo svolgimento dei controlli di sicurezza, di adeguare il prodotto ai vigenti obblighi di sicurezza (art. 107, co. 2, lett. *b*, nn. 1 e 2, *c* e *d*, nn. 1 e 2, cod. cons.) oppure, ancora, in relazione a qualsiasi prodotto pericoloso, di osservare il divieto di immissione sul mercato proveniente

---

<sup>8</sup> A. CORDIANO, *Art. 112*, in E. CAPOBIANCO-L. MEZZASOMA-G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 1<sup>a</sup> ed., Napoli, 2009p. 626.

dall'autorità o di adottare le misure volte a garantire l'osservanza di tale divieto (art. 107, co. 2, lett. e, cod. cons.)<sup>9</sup>. Anche questa seconda tipologia di illecito viene in rilievo soltanto qualora non si ritenga integrata una fattispecie più grave; i primi tre commi dell'art. 112 cod. cons. si aprono tutti, infatti, con una clausola di riserva che ne rende l'applicazione limitata ai casi in cui, per un verso, non siano ravvisabili gli estremi del delitto di adulterazione o contraffazione di altre cose in danno alla pubblica salute (art. 441 c.p.) e, per altro verso, non si avveri l'ipotesi di danni gravi per il singolo consumatore derivanti dal prodotto pericoloso che darebbe luogo ad una responsabilità del produttore o distributore per morte o lesioni (artt. 575, 586, 582, 583, 589, 590 c.p.)<sup>10</sup>.

Ebbene, nelle situazioni anzidette, l'intento, evidentemente, non è tanto quello di porre il consumatore, che è titolare del diritto alla salute, al riparo da condotte aggressive – a ciò provvedendo già le numerose disposizioni del codice penale menzionate<sup>11</sup> – quanto piuttosto di tutelarlo da comportamenti scorretti e irregolari degli operatori economici, dolosi o colposi, consistenti nella violazione delle regole imposte sia al momento della produzione sia della commercializzazione, a garanzia della sicurezza dei prodotti<sup>12</sup>. Si spiegherebbe così, in prima battuta, la scelta del legislatore di optare per la categoria di reato di minor gravità, più adatta a inquadrare modalità operative che si pongono in un momento arretrato rispetto all'effettiva lesione del bene giuridico della salute.

Allo stesso tempo, l'interesse del legislatore speciale per l'osservanza delle buone pratiche commerciali giustificherebbe anche la scelta di costruire la tutela penale a partire dalle violazioni da parte del professionista dei provvedimenti emanati nei suoi confronti dall'autorità pubblica. I reati previsti dal primo e dal terzo comma dell'art. 112 cod. cons. rispondono, infatti, ad un modello di tipo ingiunzionale, secondo il quale la pena interviene a sanzionare casi di inottemperanza del professionista, il cui schema, altrimenti detto, è quello dell'illecito di mera disobbedienza<sup>13</sup>. La disciplina

---

<sup>9</sup> Per un'analisi dettagliata delle previsioni incriminatrici richiamate, v. F. CONSULICH, *Tutela del consumatore*, in F. PALAZZO-C. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 2983.

<sup>10</sup> Sul carattere generale e residuale della fattispecie, v., ancora, F. CONSULICH, *Tutela del consumatore*, cit., p. 2978 e, altresì, A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 681.

<sup>11</sup> V., sia pur con riferimento alla disciplina antecedente al Codice del consumo, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004; A. MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, Torino, 2006, consultabile *online* al seguente link: <https://discrimen.it/libri/la-tutela-penale-della-salute-dei-consumatori/>; nonché, A. BERNARDI, *La responsabilità da prodotto nel sistema italiano: profili sanzionatori*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 2003, pp. 1-45.

<sup>12</sup> A. MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, cit., p. 38.

<sup>13</sup> C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 526 e, in senso adesivo, con

così costruita – va osservato – non richiedendo che la condotta incriminata leda o anche solo metta in pericolo un bene giuridico si avvicina alquanto insidiosamente al modello della “tutela di funzioni”<sup>14</sup>, con tutte le connesse criticità, sia in punto di asservimento alla normativa extrapenale, sia in relazione al (mancato) rispetto del principio di necessaria offensività del reato<sup>15</sup>.

Ferma la mancata valorizzazione della portata offensiva della condotta incriminata, si deve, però, riconoscere che la fattispecie di cui all’art. 112 cod. cons. sembra assolvere alla funzione che le viene, implicitamente, demandata, ossia quella di fare da cerniera tra il Codice del consumo ed il codice penale. Il reato di immissione nel mercato di prodotti pericolosi si colloca, invero, perfettamente a cavallo tra le due discipline, rappresentando un qualcosa di più rispetto alle sanzioni amministrative – contenute nello stesso articolo – ed un qualcosa in meno rispetto ai “più gravi reati” previsti dal codice penale. La previsione delle fattispecie contravvenzionali all’interno della stessa legislazione speciale ha il pregio, allora, di completare la “scala” sanzionatoria che accompagna il passaggio dalla mancata tenuta di un comportamento socialmente desiderabile alla commissione di un crimine da parte del professionista e, in tal senso, offre uno prezioso strumento aggiuntivo per tutelare la salute del singolo senza sacrificare la proporzionalità della risposta sanzionatoria.

Semmai il problema qui è che le fattispecie *de quibus* hanno trovato scarsa applicazione pratica<sup>16</sup>. Nonostante gli sforzi del legislatore del consumo per offrire risposte sanzionatorie il più possibile proporzionate alla gravità del fatto, la giurisprudenza ha più volte dimostrato di propendere per l’applicazione delle ipotesi delittuose classiche, nella loro declinazione colposa<sup>17</sup>.

---

specifico riferimento alle fattispecie in esame F. CONSULICH, *Tutela del consumatore*, cit., p. 2977; A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, cit., p. 686.

<sup>14</sup> T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1978, pp. 670-678; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995, p. 344 ss.; cfr., altresì, F. GIUNTA, *Il diritto penale dell’ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, p. 1102.

<sup>15</sup> F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, Milano, 1983, p. 90.

<sup>16</sup> Per una panoramica dell’esperienza giurisprudenziale in materia, v. A. DI MARTINO, *Danno e rischio da prodotti. Appunti per una rilettura critica di un’esperienza giurisprudenziale italiana*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, p. 437 ss., consultabile online al seguente link: <https://discrimen.it/libri/responsabilita-penale-e-rischio-nelle-attivita-mediche-e-dimpresa-un-dialogo-con-la-giurisprudenza/>.

<sup>17</sup> Così, ancora, A. DI MARTINO, *Danno e rischio da prodotti*, cit., p. 455 ss.

### 3. L'incidenza riflessa: gli obblighi informativi e di correttezza come perno per l'arretramento della tutela penale

Non si riduce solo a questa forma “minimale”, però, l'impatto che il Codice del consumo ha avuto sulla materia penale. Come anticipato in apertura, l'incidenza del d.lgs. n. 206 del 2005 risulta, infatti, ben più consistente se si guarda all'“effetto sistemico” generato dai principi in esso contenuti, i quali, nel restituire nuovo lustro ed attualità ad alcuni secolari principi del codice civile, hanno posto le basi per la loro esportazione nel campo della tutela penale degli interessi economici, sia individuali che collettivi<sup>18</sup>.

Sul punto, emblematica è, innanzitutto, la giurisprudenza di legittimità che ha riguardato la vendita di prodotti con segni mendaci (art. 517 c.p.), inclusa tra i delitti contro l'economia pubblica (titolo VIII del codice penale)<sup>19</sup>. Come noto, questa previsione incriminatrice è stata intesa tradizionalmente, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza<sup>20</sup>, come un illecito di pericolo, consistente nella messa in vendita o in circolazione di opere di ingegno o prodotti industriali con apposti nomi, marchi o segni distintivi non veritieri e potenzialmente idonei ad indurre in inganno il compratore in ordine all'origine, provenienza o qualità dei beni. Alla base di tale considerazione vi sarebbe la circostanza per la quale l'offensività del reato sarebbe da calibrarsi, non tanto sull'interesse del singolo consumatore, bensì su un bene giuridico astratto a contenuto pubblicistico – quale appunto l'ordine economico – che, come tale, potrebbe sempre essere messo in pericolo, ma mai distrutto<sup>21</sup>.

Senonché, di recente, è stata avanzata in sede giurisprudenziale una riconsiderazione dell'interesse protetto dalla fattispecie. Rileggendo il significato di ordine economico attraverso la lente del canone consumeristico della lealtà, la giurisprudenza penale è arrivata ad affermare che il bene giuridico tutelato dall'ordinamento sarebbe

---

<sup>18</sup> G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 355; A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, *ivi*, 2016, p. 1480; nonché, nel senso della necessità di un ancor più ampio coordinamento, G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, I, p. 751 s. e spec. p. 768 ss.

<sup>19</sup> F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, p. 132 ss.

<sup>20</sup> Si veda Cass. pen., sez. III, 13 novembre 2007-15 gennaio 2008, n. 2003, in *Ced*, rv. 238557; ID., 11 luglio-8 agosto 2006, n. 28372, in *Ced*, rv. 234951; ID., 27 maggio-13 ottobre 1999, n. 11671, in *Riv. pen.*, 2000, p. 41; ID., sez. VI, 26 novembre 1976-29 marzo 1977, n. 4450, in *Riv. pen.*, 1977, p. 572; ID., 11 dicembre 1969-21 luglio 1970, n. 2400, cit.; in dottrina; per tutti, v. F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 134.

<sup>21</sup> F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 64.

non tanto il regolare svolgimento delle attività produttive e commerciali all'interno dello Stato quanto piuttosto la "lealtà degli scambi commerciali"<sup>22</sup>. Il che ha portato a ritenere che l'ipotesi di cui all'art. 517 c.p. sia da considerarsi di danno, anziché di pericolo – in quanto, in quest'ottica, «porre in circolazione prodotti con segni mendaci costitui[rebbe] già una lesione effettiva e non meramente potenziale della lealtà»<sup>23</sup>.

Il radicale cambio di rotta della giurisprudenza parrebbe potersi ascrivere proprio all'influenza determinante esercitata dal Codice del consumo anche nella materia penale. Non va sottaciuto che le pronunce che ridefiniscono la natura del reato di cui all'art. 517 c.p. si collocano tutte temporalmente in un momento successivo alla sua entrata in vigore. Benché in esse manchi un riferimento diretto al d.lgs. 206/2005, non è difficile scorgervi dietro la volontà di ampliare il raggio di azione degli obblighi informativi prescritti da tale *corpus* normativo. Gli stessi giudici di legittimità, non a caso, arrivano, infatti, a considerare come effettivamente lesiva la condotta tenuta dall'operatore economico proprio concentrando la loro attenzione sul rispetto dell'obbligo di lealtà, che, come si detto (cfr. *retro* § 2), trova ivi la sua più compiuta esplicitazione.

Sul piano teorico, la conversione di una fattispecie di pericolo in una di danno sembrerebbe, così, accrescere l'aderenza al principio di offensività. Richiedere la produzione di una effettiva lesione, invece della mera messa in pericolo, ai fini dell'integrazione della fattispecie, sarebbe, infatti, perfettamente in linea con i principi che reggono la materia penale. Purtroppo, la rilettura della norma incriminatrice ora in esame, accompagnata dalla sostituzione del bene giuridico tutelato – dall'ordine economico alla lealtà degli scambi commerciali – ha, di fatto, aperto alla giurisprudenza una nuova opzione punitiva. Mentre non è ammesso per i reati di pericolo, per ogni fattispecie di danno è punibile anche il tentativo<sup>24</sup>. Ci si trova, allora, di fronte ad un'indebita estensione dell'area di rilevanza penale operata per il tramite di una fin troppo rigorosa lettura dei precetti consumeristici, giacché – si rammenta – che l'istituto del tentativo rappresenta la soglia minima del disvalore penale, al di sotto della quale si collocano solo fatti penalmente trascurabili. Tale spinta ermeneutica non considera, però, che, nella fattispecie, la tutela penale è funzionale alla salvaguardia del macrobene giuridico dell'economia pubblica, intesa come regolare svolgimento dei

---

<sup>22</sup> Cass. pen., sez. III, 13 novembre 2007-15 gennaio 2008, n. 2003, cit.; ID., 11 luglio-8 agosto 2006, n. 28372, cit.

<sup>23</sup> In questi termini, espressamente, Cass. pen., sez. III, 13 novembre 2007-15 gennaio 2008, n. 2003, cit.

<sup>24</sup> Nella manualistica, *ex plurimis*, F. MANTOVANI-G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*, 12<sup>a</sup> ed., Padova, 2023, p. 447 e ss. Per una più diffusa disamina, si rinvia a F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, p. 50 ss.

rapporti produttivi e commerciali nel rispetto delle leggi economiche e dei controlli dello Stato, la cui aggressione, proprio per la sua ampiezza e astrattezza, è concepibile unicamente nei termini di una messa in pericolo. Con altre parole: l'emergente orientamento giurisprudenziale favorevole alla configurabilità del tentativo in relazione al delitto di vendita di prodotti industriali con segni mendaci sembra non rammentare che, nei reati lesivi di interessi superindividuali, danno e pericolo tendono a coincidere, poiché l'insorgenza del pericolo rappresenta l'unico stadio offensivo logicamente concepibile e concretamente accertabile in giudizio<sup>25</sup>.

Un frequente impiego del canone dell'adeguata informazione del consumatore è riscontrabile parimenti nella giurisprudenza di legittimità che si è occupata della configurabilità della frode in commercio quando commessa dal professionista. Com'è risaputo, commette il delitto di cui all'art. 515 c.p. chiunque nell'esercizio di un'attività commerciale consegni volontariamente all'acquirente una cosa mobile diversa da quella dichiarata o pattuita. Il reato si consuma, pertanto, al momento e nel luogo in cui avviene la materiale consegna della merce, mentre per la configurabilità del tentativo non è necessaria la sussistenza di una contrattazione finalizzata alla vendita, tanto che diffusamente si ritiene atto idoneo e diretto in modo non equivoco anche la semplice esposizione alla vendita di cose di qualità inferiore rispetto a quella dichiarata.

Ebbene, in questo quadro, la valorizzazione da parte dei giudici penali degli obblighi informativi, cui sarebbe tenuto il venditore sul piano civile, ha contribuito a giustificare la punibilità a titolo di tentativo di atti diretti, ma, in realtà, non sempre univoci. In diverse pronunce è possibile leggere che, stante il principio di adeguata informazione, concretizzano l'ipotesi delittuosa ora in esame tutte quelle condotte che non lo rispettino, come la mancata specificazione all'interno del listino prezzi della qualità del prodotto<sup>26</sup> o anche la mera detenzione in magazzino di prodotti aventi false indicazioni di provenienza<sup>27</sup>. Sennonché, così facendo, una puntuale verifica della

---

<sup>25</sup> G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in AA.VV., *Beni e tecniche di tutela penale*, Milano, 1987, p. 61; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 56.

<sup>26</sup> Cass. pen., sez. III, 20 novembre 2015-13 gennaio 2016, n. 899, in *Ced*, rv. 265811; ID., 2 ottobre-5 novembre 2013, n. 44643, in *Ced*, rv. 257624; ID., 5 dicembre 2013-4 febbraio 2014, n. 5475, in *Ced*, rv. 259149; ID., 14 febbraio-27 febbraio 2013, n. 9310, in *Ced*, non massimata; ID., 24 maggio-27 giugno 2005, n. 24190, in *Ced*, rv. 231946.

<sup>27</sup> Cass. pen., sez. III, 14 febbraio-27 febbraio 2013, n. 9310, cit.; ID., 15 febbraio-6 giugno 2011, n. 22313, in *Ced*, rv. 250473; ID., 28 ottobre-25 novembre 2010, n. 41758, in *Ced*, rv. 248703; ID., 18 novembre 2008-18 febbraio 2009, n. 6885, in *Ced*, rv. 242736; ID., 18 dicembre 2008-26 gennaio 2009, n. 3479, in *Ced*, rv. 242288; ID., 5 novembre 2008-16 gennaio 2009, n. 1454, in *Ced*, rv. 242263; ID., 13 aprile-14 giugno 2007, n. 23099, in *Ced*, rv. 237067.

direzione univoca degli atti posti in essere dall'operatore commerciale parrebbe, nei fatti, sempre mancare. Posto che nei casi appena menzionati ricorrerebbe il requisito dell'idoneità degli atti, dubbio rimarrebbe il concreto pericolo di realizzazione del delitto, in quanto verrebbe pretermesso l'accertamento relativo all'effettiva commercializzazione del bene, nonché della maggiore o minore qualità del bene rispetto a quelli generalmente disponibili sul mercato.

La situazione non muta, ancora una volta, quando a venire invocati siano i principi di onestà e lealtà di cui la giurisprudenza penale non fa che ribadire la centralità nell'ambito dello scambio dei beni. Anche qui casi di detenzione in magazzino di merci riportanti etichettature errate vengono fatti rientrare nell'alveo del delitto tentato di frode in commercio, giacché il dato della potenziale alienazione della merce a potenziali acquirenti si ritiene sufficiente a contrastare i suddetti principi<sup>28</sup>. Il che porta ai medesimi rilievi formulati con riferimento alla precedente ipotesi: l'abdicazione giurisprudenziale del requisito dell'univocità suscita il timore di un eccessivo arretramento della soglia di punibilità e, dunque, della punibilità di comportamenti innocui o di meri propositi delittuosi.

Alla luce degli approdi ermeneutici fin qui esaminati, è, allora, possibile concludere che la contaminazione delle fattispecie penali con i canoni di corretta informazione e lealtà commerciale non appare affatto auspicabile. E questo non solo perché rischia di entrare in frizione con il principio di offensività, ma anche in quanto comporta una discutibile allocazione di tempo e risorse della macchina giudiziaria, impiegate per reprimere condotte che, in taluni casi, neppure in concreto attentano al bene giuridico tutelato.

#### **4. La rilettura delle condotte fraudolente a partire dal canone della buona fede**

Anche la valorizzazione giurisprudenziale dei canoni di diligenza e di buona fede riferiti alla figura del professionista ha avuto rilevanti ricadute sull'ordinamento penale. Si dica, per inciso, che i precetti consumeristici riconducibili a tali principi formano un vero e proprio groviglio semantico tanto da configurare, di fatto, una

---

<sup>28</sup> Cass. pen., sez. III, 30 maggio-31 luglio 2023, n. 33418, in *Ced.*, rv. 284985; ID., 30 settembre-3 novembre 2015, n. 44340, in *Ced.*, rv. 265237; ID., 25 settembre-23 ottobre 2014, n. 44072, in *Ced.*, rv. 260544; ID., 18 settembre-6 novembre 2014, n. 45916, in *Ced.*, rv. 260915; ID., 25 giugno 2014-16 gennaio 2015, n. 1980, in *Ced.*, rv. 261806; ID., 28 settembre-18 ottobre 2011, n. 37508, in *Ced.*, rv. 251322; ID., 15 febbraio-6 giugno 2011, n. 22313, in *Ced.*, rv. 250473.

«superclausola generale»<sup>29</sup>, volta ad indicare, in modo indistinto, il livello di competenza ed attenzione che si può ragionevolmente attendere dal professionista e, per questa ragione, verranno esaminati congiuntamente. Ebbene, i canoni di diligenza e buona fede, originariamente elaborati in ambito civilistico e successivamente adattati, con le necessarie specificazioni, al contesto dei rapporti tra professionista e consumatore al fine di assicurare un corretto svolgimento delle pratiche commerciali (*fair trading*)<sup>30</sup> e promuovere condotte “oneste”, sono progressivamente confluiti anche nella giurisprudenza penale, segnatamente in tema di truffa e, più in generale, di reati caratterizzati da elementi di “frode”. Il principale effetto che si registra, qui, è la dilatazione della condotta penalmente rilevante, risultato questo ottenuto, per un verso, mediante la saturazione semantica del termine “raggiro” e, per altro verso, attraverso la tendenziale assimilazione della frode penale a quella civile.

La truffa rappresenta, come noto, l’ipotesi paradigmatica di reato commesso mediante frode. Si tratta, in particolare, di una frode “qualificata”, in quanto il legislatore ha inteso circoscrivere la condotta punibile dando puntuale indicazione delle note modali che la devono caratterizzare, risultando quindi a struttura vincolata<sup>31</sup>. Per la sua realizzazione è richiesta, infatti, la messa in atto di un artificio oppure di un raggirò, con il primo intendendosi un’alterazione della realtà esterna simulatrice dell’inesistente o dissimulatrice dell’esistente e con il secondo, invece, una menzogna corredata da argomentazioni o comportamenti tali da renderla verosimile, inducendo così la vittima in errore<sup>32</sup>.

Senonché, i giudici di legittimità sempre più di sovente invocano il canone della buona fede per denunciarne la violazione e, in tale modo, giustificare l’attrazione di un determinato comportamento nella sfera del raggirò. Un primo esempio significativo si rinviene in alcune pronunce in cui si afferma che il precedente regolare adempimento, da parte del debitore, delle proprie obbligazioni, seguito da un successivo stato di insolvenza, sia un comportamento idoneo ad integrare gli estremi di un raggirò<sup>33</sup>. Sulla base della considerazione per la quale si tratterebbe di un comportamento

---

<sup>29</sup> N. ZORZI, *Art. 20*, in R. ROLLI (a cura di), *Codice del consumo. Commentato per articolo con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2010, p. 242.

<sup>30</sup> G. ALPA, *Considerazioni conclusive*, in E. MINERVINI-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, 2007, p. 362.

<sup>31</sup> Per un approfondimento sui limiti interni ed esterni dell’applicazione della fattispecie di truffa, v., da ultimo, G.P. DEMURO, *La sequenza causale nella truffa*, Torino, 2022, p. 1 ss.

<sup>32</sup> F. MANTOVANI-G. FLORA, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, 8<sup>a</sup> ed., Padova, 2021, p. 212 ss.

<sup>33</sup> Cass. pen., sez. II, 15 luglio-13 agosto 2020, n. 23940, in *Ced*, rv. 279490; ID., 7 maggio-9 giugno

solo apparentemente onesto, ma “in realtà” sorretto da un «precostituito proposito fraudolento», i giudici arrivano a considerare persino la regolare estinzione di obbligazioni in precedenza assunte come un atteggiamento subdolamente malevolo e, dunque, certamente connotato da frodolenza<sup>34</sup>. Tale approdo interpretativo si fonda sull’assunto per cui l’intento fraudolento sarebbe «desumibile dalle caratteristiche del fatto»<sup>35</sup>, il che consente una lettura fortemente estensiva del concetto di raggiro. Stando a quest’impostazione, infatti, il raggiro finisce per identificarsi, più che in un’entità naturalisticamente predeterminabile, in un inadempimento contrattuale di qualunque tipo, retrospettivamente qualificato come fraudolento, sulla base di valutazioni presuntive e connotazioni soggettive.

Alle medesime conclusioni parrebbe condurre, poi, quell’orientamento, ormai consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità, che ammette la realizzazione della truffa c.d. contrattuale anche attraverso un silenzio “maliziosamente serbato”<sup>36</sup>. Sempre più di frequente, si assiste, invero, a pronunce nelle quali il reato viene ritenuto integrato a fronte dell’accertamento della mancata tenuta da parte dell’individuo di un determinato comportamento, piuttosto che a seguito della tenuta di uno fraudolento attivo. Tale tendenza, fondata sull’idea che il principio di buona fede non sia un valore appartenente solo al sistema civile, ma che possa assumere rilievo anche nell’ambito penalistico<sup>37</sup>, arriva di fatto ad espandere la nozione di raggiro ben oltre ogni atto supportato da un proposito fraudolento, giungendo ad includere anche qualsiasi silenzio sorretto dal medesimo intento malevolo<sup>38</sup>.

---

2015, n. 24499, in *Ced*, rv. 264224. Su assegni privi di copertura v. ID., 20 febbraio-6 marzo 2014, n. 10850, in *Ced*, rv. 259427.

<sup>34</sup> Cass. pen., Sez. II, 7 maggio-9 giugno 2015, n. 24499, cit.

<sup>35</sup> Cass. pen., Sez. II, 7 maggio-9 giugno 2015, n. 24499, cit.

<sup>36</sup> Cass. pen., sez. V, 21 aprile-24 maggio 2023, n. 22643, in *Ced*, non massimata; ID., sez. II, 18 aprile-7 giugno 2023, n. 24487, in *Ced*, rv. 284856; ID., 14 ottobre-28 novembre 2022, n. 45144, in *Ced*, non massimata; ID., 17 settembre-29 ottobre 2021, n. 39178, in *Ced*, non massimata; ID., 6 ottobre-24 novembre 2021, n. 43112, in *Ced*, non massimata; ID., sez. VI, 5-27 marzo 2019, n. 13411, in *Ced*, rv. 275463; ID., sez. II, 9-23 maggio 2018, n. 23079, in *Ced*, rv. 272981; ID., 18 giugno-7 luglio 2015, n. 28791, in *Ced*, rv. 264400; ID., 19 marzo-luglio 2013, n. 28703, in *Ced*, rv. 256348; ID., 19 giugno-21 agosto 2012, n. 32859, in *Ced*, rv. 253660; ID., 14-30 ottobre 2010, n. 41717, in *Ced*, rv. 244952; ID., 13 maggio-5 giugno 2008, n. 22692, in *Ced*, rv. 240413; ID., 22 novembre-6 dicembre 2006, n. 40238, in *Ced*, rv. 235799; ID., 4-19 ottobre 2006, n. 35185, in *Ced*, rv. 235141; ID., sez. VI, 8 gennaio-16 aprile 2004, n. 17688, in *Ced*, rv. 228604; ID., 10 aprile-7 giugno 2000, n. 6791, in *Ced*, rv. 216711.

<sup>37</sup> Cass. pen., sez. II, 3 ottobre-16 novembre 2023, n. 46209, in *Ced*, rv. 285442.

<sup>38</sup> Per un focus sul crescente rilievo del silenzio nella giurisprudenza formatasi in tema di truffa contrattuale, sia consentito il rinvio a A. FESTINESE, *La truffa silenziosa: un nuovo tipo?*, in *Riv. pen.*,

Ora, le difficoltà connesse all'individuazione delle condotte fraudolente, per loro stessa natura multiformi ed in continua evoluzione in quanto frutto dell'ingegno e della fantasia umana, sono ben note. Lo stesso legislatore chiamato a tipizzare il reato di truffa ha, all'evidenza, optato per una formulazione della fattispecie che, in virtù dell'impiego di espressioni generiche come "indurre in errore", "artificio" o "raggiro", già fosse idonea a ricomprendere più contegni umani possibili. Ciononostante, la ricostruzione giurisprudenziale della nozione di raggiro a partire dall'obbligo per il professionista di comportarsi secondo buona fede sembra spingere verso epiloghi rischiosi per la sopravvivenza del principio di tipicità, aprendo le porte a qualsivoglia comportamento scorretto.

Il discorso non è diverso neppure per le altre ipotesi di condotte fraudolente non incluse all'interno del delitto di truffa. Al di là dell'art. 640 c.p., l'elemento della "frode" si ritrova anche in altre previsioni incriminatrici, aventi ad oggetto la tutela di beni giuridici differenti dal patrimonio, come è il caso della già richiamata frode in commercio (art. 515 c.p.) – posta a protezione dell'ordine economico – nonché della frode nelle pubbliche forniture (art. 356 c.p.) – che salvaguarda il buon andamento della pubblica amministrazione. In queste ipotesi, la condotta fraudolenta assume un carattere meno marcato, non essendone richiesta l'attuazione mediante l'uso di artifici o raggiri, ma pur sempre espressivo di un certo grado di malafede, che qui assume – o almeno dovrebbe – le sembianze della consegna all'acquirente di un *aliud pro alio*.

Sul tema, la giurisprudenza di legittimità è intervenuta ancora una volta avvalendosi del principio della buona fede che, in questa sede, ha inciso sul duplice profilo dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo dei reati ora in questione.

In relazione al primo profilo, importa sottolineare, prima di tutto, che l'erosione del concetto di frode – utile ad identificare la condotta incriminata sia dalla frode in commercio che dalla frode nelle pubbliche forniture – avvenuta per il tramite del canone consumeristico, è stata progressiva. Inizialmente, i giudici di legittimità avevano affermato che per aversi frode non occorresse più la dazione di un *aliud pro alio* in senso civilistico, ma al suo posto la mera constatazione di una difformità apprezzabilmente significativa tra il bene pattuito e quello consegnato<sup>39</sup>. In seguito, gli stessi avevano ritenuto sufficiente ad integrare il reato anche un «inadempimento che

---

2024, pp. 931-939, consultabile *online* al seguente *link*: <https://discrimen.it/la-truffa-silenziosa-un-nuovo-tipo/>.

<sup>39</sup> Sul versante della frode nelle pubbliche forniture, Cass. pen., sez. VI, 5 ottobre-2 dicembre 2010, n. 42900, in *Ced*, rv. 248806.

atten[esse] alla qualità o quantità anche non essenziali della prestazione dovuta» in virtù dell'«irrilevanza delle caratteristiche intrinseche del bene eventualmente fornito rispetto al modello di riferimento indicato nelle condizioni di fornitura del servizio»<sup>40</sup>, con ciò rinunciando alla significatività della divergenza. Da ultimo, la giurisprudenza è giunta, a ritenere che non «non si sarebbe dovuto reputare necessario un comportamento in frode volto ad occultare la mancanza di [una] qualità, ma solo la dolosa violazione delle condizioni contrattuali incidenti sul rapporto [contrattuale]»<sup>41</sup>. Coticché, appare evidente che lo svuotamento della nozione di frode e l'affermazione del canone della buona fede anche nell'ambito penalistico sono due fenomeni non solo strettamente collegati, ma anche inversamente proporzionali, non potendo il giudice valorizzare l'una senza accantonare l'altro.

Ma la valorizzazione dell'obbligo imposto al professionista di comportarsi secondo buona fede ha inciso anche su un altro aspetto dei reati in questione. Alla crescita dell'importanza conferita dalla giurisprudenza alla difformità del bene consegnato, o di alcune sue caratteristiche, rispetto a quanto pattuito ha fatto da *pendant* un drastico calo dell'interesse rivolto vero l'atteggiamento psichico dell'autore del reato, con la sostanziale irrilevanza delle condizioni psicologiche dell'operatore economico<sup>42</sup>. Coticché, la postura assunta dalla giurisprudenza in questa seconda parte richiamata sembra non potersi riassumere solo nel senso di un ulteriore slabbramento della tipicità, rispetto a quanto evidenziato con riferimento al delitto di truffa, quanto piuttosto di un affievolimento, come si vedrà a breve, anche della colpevolezza.

## 5. Il “professionista modello” e lo slittamento verso una responsabilità colposa

Non si può fare a meno di notare, arrivati a questo punto, che quel che accomuna le pronunce fin qui richiamate è la centralità, nel ragionamento della giurisprudenza penale, dell'osservanza o meno da parte del professionista delle regole imposte in

<sup>40</sup> Sempre con riferimento alla frode nelle pubbliche forniture, Cass. pen., sez. VI, 20 maggio-27 giugno 2014, n. 27992, in *Ced*, rv. 262538. Analogamente, ma nel contesto della frode in commercio, v. ID., sez. III, 18 settembre-6 novembre 2014, n. 45916, in *Ced*, rv. 260914.

<sup>41</sup> Sul tema della frode nelle pubbliche forniture, v. Cass. pen., sez. VI, 8 aprile-7 luglio 2016, n. 28301, in *Ced*, rv. 267828; ID., sez. II, 20 marzo-10 aprile 2009, n. 15667, in *Ced*, rv. 243951.

<sup>42</sup> Nuovamente sulla frode nelle pubbliche forniture, v. Cass. pen., sez. VI, 25 ottobre 2016-14 febbraio 2017, n. 899, in *Ced*, rv. 269370; ID., 15 maggio-18 settembre 2014, n. 38346, in *Ced*, rv. 260270. Quanto alla frode in commercio, v. ID., sez. III, 30 giugno-5 agosto 2021, n. 30685, in *Ced*, rv. 282078; ID., 18 novembre-21 dicembre 2016, n. 54207, in *Ced*, rv. 269591.

ambito consumeristico. Così facendo, tuttavia, i giudici sembrano trascurare che le fattispecie incriminatrici interessate – truffa, frode in commercio, frode nelle pubbliche forniture, vendita di prodotti industriali con segni mendaci – hanno una chiara matrice dolosa; sono tutte, infatti, ipotesi delittuose per la cui integrazione è richiesto il dolo generico, con ciò intendendosi la sussistenza in capo al soggetto agente della volontà, non di violare le norme consumeristiche, quanto piuttosto di tenere la condotta incriminata e, dunque, ledere il bene giuridico tutelato dal legislatore.

L'attenzione dedicata alle buone pratiche commerciali, più che rafforzare l'impianto motivazionale di dette sentenze, sembra sostituire, allora, ad un giudizio sul dolo uno valido ad accertare al più la colpa. Il che è quanto mai evidente laddove i giudici di legittimità, per un verso, statuiscono l'irrilevanza delle eventuali componenti psicologiche effettive dell'illecito e, per altro verso, pongono a fondamento del proprio giudizio la trasgressione di regole in un certo senso cautelari. Quando un operatore economico, nello svolgimento della propria attività, non si attiene alle regole, scritte o d'uso, che mirano a garantire l'adeguata informazione, la lealtà, la correttezza, la diligenza o la buona fede nei confronti del consumatore, egli agisce tutt'al più per colpa e, peraltro, non sempre. Perché un fatto di alterazione o di violazione di norme in senso lato di sicurezza diventi penalmente rilevante non basta, infatti, che l'imprenditore sappia di agire in violazione di norme di buona produzione o di utilizzare processi e materiali o sostanze di scarsa qualità, superati, o inadatti, ossia, in entrambi i casi, di offrire un prodotto qualitativamente scadente<sup>43</sup>. Tale *modus operandi* può, infatti, qualificarsi sempre come professionalmente scorretto, ma illecito solo quando leda un interesse penalmente rilevante, come l'ordine economico, il regolare funzionamento dei servizi pubblici oppure l'integrità fisica o il patrimonio del consumatore. Ad ogni modo, quand'anche la condotta acquisti rilevanza penale, perché in grado di mettere a repentaglio beni giuridici cari all'ordinamento, difficilmente si potrà dire, in questo contesto, che era propriamente voluta. Una cosa è, infatti, la volontaria violazione delle buone pratiche commerciali, altra è, invece, la deliberata commissione di un delitto.

Che si tratti nei casi in esame di una responsabilità per colpa, piuttosto che per dolo, sembrerebbe, innanzitutto, potersi evincere dal fatto che le condotte violative esaminate dalla giurisprudenza contravverrebbero, non ad un divieto per così dire "tombale" di svolgere l'attività, ma piuttosto alla preclusione di tenere specifici

---

<sup>43</sup> A. MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, cit., pp. 53-54.

atteggiamenti nello svolgimento che potrebbero, forse, renderla pericolosa<sup>44</sup>. Le clausole consumeristiche non proibiscono, infatti, in radice gli scambi commerciali, ma ne predeterminano le modalità di esecuzione per meglio gestire i potenziali rischi che agli stessi sono connessi.

Ma l'elemento che più di ogni altro svela l'essenza colposa delle condotte tenute dal professionista è la creazione – forse inconsapevole – da parte della giurisprudenza di un “professionista modello”, che incarna il dovere di incondizionata osservanza dei principi generali elaborati per la materia consumeristica. Ponendo l'accento sulle regole di comportamento violate, anziché sull'offesa arrecata dalle varie condotte, i giudici arrivano, invero, a delineare con estrema precisione gli atteggiamenti che il professionista dovrebbe assumere e quelli che invece non dovrebbe mai tenere. Cosicché l'inclusione delle clausole civilistiche all'interno del ragionamento assieme ad una loro sagomatura sulla persona dell'operatore economico non paiono lasciar più dubbi. Lealtà, adeguata informazione e buona fede vengono qui combinate in modo da abbinarsi ad ogni sfaccettatura del giudizio di prevedibilità.

## 6. Sotto l'ombrello della sussidiarietà: un bilancio conclusivo

La trama di interrelazioni tra “penale” e “diritto dei consumi”, intessuta dalla giurisprudenza fin qui esaminata, apre a considerazioni di carattere più generale.

L'operatività dei precetti consumeristici anche sul piano penale, benché non demandata direttamente dal codice di settore, ha finito per costituire un dato ermeneutico di fatto. Tale approccio ha avuto conseguenze profonde e problematiche struttura di determinate fattispecie incriminatrici, sia sotto il profilo dell'elemento oggettivo (cfr. *retro* §§ 3 e 4), sia di quello soggettivo (cfr. *retro* § 5).

Eppure, il portato di questa lettura giurisprudenziale per così dire “consumeristicamente orientata” non si limita alla metamorfosi interpretativa di talune ipotesi di reato, ma si estende ben oltre, arrivando a mettere in discussione anche il principio di sussidiarietà.

Come noto, una parte della dottrina penalistica, nell'analizzare i rapporti tra diritto penale e diritto civile, attribuisce grande importanza alla coerenza e alla ragionevolezza dell'ordinamento, arrivando ad escludere, per l'effetto, in presenza di un'interferenza tra una normativa civilistica ed una penale, la possibilità di sanzionare

---

<sup>44</sup> Specificamente sulle cautele nell'agire lecito e sui divieti aventi funzione cautelare, si veda, per tutti, F. GIUNTA, *Culpa, culpa*, in *Criminalia 2018*, p. 574 ss., consultabile *online* al seguente *link*: <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Criminalia-2018.pdf>.

penalmente ciò che, sul versante civile, non assumerebbe alcuna rilevanza sotto il profilo dell'illiceità<sup>45</sup>. Tale principio si applica anche quando entrambi i settori dell'ordinamento riconoscano la stessa condotta come illecita. Pur riferendosi alla medesima fattispecie concreta, la qualificazione e il riconoscimento dell'illecito civile e di quello penale differiscono sostanzialmente, in ragione delle diverse finalità perseguite dalle rispettive sanzioni. La funzione punitiva del diritto penale reclama, infatti, strutture e vincoli specifici che risulterebbero distonici rispetto allo scopo riparatorio-compensativo generalmente perseguito dalla sanzione civile<sup>46</sup>.

Ebbene, con riguardo al comparto preso in esame, l'impiego dei principi del Codice del consumo ha sortito l'effetto di estendere la tutela penale, per un verso, a casi già adeguatamente presidiati da altre forme di protezione – sia civili che amministrative – e, per altro verso, di intervenire in situazioni in cui non si ravviserebbero neppure i presupposti per una tutela di natura civilistica.

Quanto al primo profilo, va sottolineato che la violazione dei principi consumeristici è già presa in considerazione dal d.lgs. 206/2005. Ai sensi degli artt. 11 e 12 cod. cons., non, è, invero, consentita la commercializzazione dei prodotti che non siano provvisti di adeguate informazioni e l'osservanza di tale divieto è puntualmente presidiata da una sanzione amministrativa pecuniaria. Contro le azioni e le omissioni ingannevoli, *i.e.* quelle poste in essere in violazione della buona fede, espressamente vietate dagli artt. 20, 21 e 22 cod. cons., il consumatore dispone già da tempo di una tutela al contempo amministrativa e giurisdizionale (art. 27 cod. cons.); quest'ultima è, poi, attivabile, stando al dettato di cui all'art. 23 cod. cons., anche in ipotesi di trasgressione da parte del professionista degli obblighi di lealtà e correttezza. Cosicché, in tutti i casi in cui la giurisprudenza penale è addivenuta a ritenere integrato un delitto (cfr. *retro* §§ 3, 4 e 5), a fronte del mero accertamento della violazione di uno di questi principi, ha, di fatto, trascurato il principio dell'*extrema ratio*, fornendo una risposta sanzionatoria eccessiva rispetto all'effettivo disvalore della condotta in concreto posta in essere.

Il dato più allarmante, però, è un altro e si riscontra in quella tendenza giurisprudenziale volta ad affermare la responsabilità penale in casi in cui la condotta del professionista non solo non darebbe luogo ad un risarcimento del danno, ma a fronte

---

<sup>45</sup> Si veda, per tutti, F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*, Pisa, 2019, p. 121 ss., consultabile *online* al seguente *link*: <https://discrimen.it/libri/ghiribizzi-penalistici-per-colpevoli/>.

<sup>46</sup> V. *amplius* F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, cit., p. 126 ss.; D. MICHELETTI, *Influenze e interferenze tra diritto penale e diritto civile*, cit., p. 280.

della quale non sarebbe neanche esperibile un'azione di garanzia. In alcune occasioni, la giurisprudenza è, invero, arrivata al punto di sovvertire, in via interpretativa, il principio di sussidiarietà, riconoscendo all'illiceità penale un'ampiezza persino maggiore rispetto alla convergente illiceità civile. Il pensiero va, qui, a quelle pronunce in cui si afferma che la consegna al cliente di un bene di qualità maggiore rispetto a quello concordato integri il delitto di frode in commercio<sup>47</sup>. In simili ipotesi, non realizzandosi il dolo di cui all'art. 1439 c.c. nessuna tutela sarebbe evidentemente demandabile già sul piano civilistico<sup>48</sup>.

Se si vuole evitare il rischio di una riscrittura in sede applicativa di consolidate ipotesi delittuose, nonché di ribaltare i rapporti tra civile e penale, allora, forse si dovrebbe prediligere un atteggiamento improntato a una maggior prudenza interpretativa e una più rigorosa aderenza al dato normativo. Laddove il legislatore ha voluto introdurre una tutela penale in materia di consumo, lo ha fatto in modo esplicito; e, per contro, si dovrebbe ritenere che là dove abbia taciuto, lo abbia fatto consapevolmente. Piuttosto che estendere forzatamente i principi regolatori propri di una diversa – nonché, sotto diversi profili, antitetica – disciplina, sarebbe più corretto, dunque, ripartire dal testo del Codice del consumo, valorizzando le ipotesi contravvenzionali previste dall'art. 112 cod. cons., le quali – queste sì – assicurano una risposta penale adeguata e proporzionata alle esigenze di tutela del consumatore.

ABSTRACT

*Il Codice del consumo (D.Lgs. 206/2005) ha avuto un impatto significativo anche in ambito penalistico. L'incidenza è, qui, duplice. L'incidenza diretta si sostanzia nell'introduzione dell'art. 112 cod. cons., che sanziona penalmente l'immissione sul mercato di prodotti pericolosi, configurando un sistema sanzionatorio "scalare" (amministrativo e contravvenzionale). L'incidenza riflessa è, invece, il risultato dell'impiego giurisprudenziale degli "obblighi-principi" consumeristici – come l'adeguata informazione,*

<sup>47</sup> Cass. pen., sez. III, 14 dicembre 2018-29 aprile 2019, n. 17686, in *Ced*, rv. 275932; ID., 18 settembre-6 novembre 2014, n. 45916, in *Ced*, rv. 260914; ID., sez. VI, 31 ottobre 2006-16 gennaio 2007, n. 771, in *Ced*, rv. 235790.

<sup>48</sup> V., per questo e ulteriori esempi, G. MARTIELLO, *La sussidiarietà*, in F. GIUNTA (a cura di), *Sussidiario di diritto penale. Parte speciale*, in *disCrimen*, p. 61 ss., consultabile online al seguente link: <https://discrimen.it/ipertesti/sussidiario-di-diritto-penaleparte-speciale-rev/>.

*la lealtà e la buona fede – nell’opera di rilettura di alcune fattispecie incriminatrici preesistenti (es. vendita di prodotti con segni mendaci, frode in commercio, truffa). Tale tendenza ha portato, talvolta, ad una dilatazione della condotta penalmente rilevante sino ad ammettere per la prima volta la punibilità del tentativo (es. art. 517 c.p.); talaltra, all’ampliamento della nozione di raggiro o frode, al punto da arrivare ad equiparare frode penale e inadempimento contrattuale. Questo approccio rischia di sacrificare i principi di tipicità e di offensività del reato, e di operare uno slittamento verso una responsabilità di fatto colposa, non demandata dal legislatore. L’estensione della tutela penale a condotte già presidiate da sanzioni civili o amministrative solleva, inoltre, dubbi in ordine al rispetto del principio di sussidiarietà.*

## PAROLE CHIAVE

Codice del consumo – Reati contro l’economia pubblica – Tentativo –  
Reati contro il patrimonio – Buona fede – Colpa – Sussidiarietà

\* \* \*

THE ITALIAN CONSUMER RIGHTS ACT FROM A CRIMINAL LAW PERSPECTIVE:  
DIRECT AND INDIRECT EFFECTS

## ABSTRACT

*The Italian Consumer Rights Act (Legislative Decree No. 206/2005) has had a significant impact also in the field of criminal law. Its influence here is twofold. The direct impact lies in the introduction of Article 112 of the Italian Consumer Rights Act, which criminally sanctions the marketing of dangerous products, establishing a “tiered” sanctioning system (administrative and criminal). The indirect impact, on the other hand, results from the judicial application of consumer-oriented “principle-obligations” – such as adequate information, fairness, and good faith – in the reinterpretation of certain pre-existing criminal offenses (e.g., sale of products with misleading marks, commercial fraud, deception). This trend has sometimes led to an expansion of criminally relevant conduct, introducing the punishability of attempted offenses in certain cases (e.g., Article 517 of the Criminal Code); other times, it has resulted in a broader understanding of deceit or fraud, to the point of equating criminal fraud with contractual non-performance. This approach risks undermining the principles of legality and offensiveness of the crime, and may lead to a shift toward a form of culpable liability not intended by the legislator. Furthermore, the extension of criminal protection to conduct already covered by civil or administrative sanctions raises concerns regarding the observance of the principle of subsidiarity.*

## KEYWORDS

Italian Consumer Rights Act – Offenses Against the Public Economy – Attempt –  
Offenses Against Property – Good Faith – Negligence – Subsidiarity



## REATO PLURISOGGETTIVO E ILLECITO 'PARA-PENALE' DELL'ENTE: DUE MODELLI DI DISCIPLINA A CONFRONTO \*

GABRIELE FIORELLA \*\*

SOMMARIO 1. Fattispecie plurisoggettiva eventuale e illecito da reato dell'ente: le ragioni di un confronto strutturale tra le due figure. – 2. (*Segue*) Critica della tesi che ricostruisce l'illecito 'para-penale' dell'ente come un'ipotesi 'speciale' di concorso nel reato della persona fisica. – 3. Esigenze di innovazione e fedeltà ai principi costituzionali: la sempre maggiore personalizzazione dell'addebito quale motore ideale della riforma del diritto penale. – 4. Conclusioni. La responsabilità da reato degli enti quale nuova frontiera nel contrasto alla criminalità d'impresa, nel quadro delle garanzie che definiscono la "materia penale".

### 1. Fattispecie plurisoggettiva eventuale e illecito da reato dell'ente: le ragioni di un confronto strutturale tra le due figure

Nell'affrontare il complesso tema della gestione 'collettiva' del rischio, spesso ci si chiede quale sia il modello di disciplina più adatto a modulare la risposta punitiva dello Stato nel contesto delle c.d. "organizzazioni complesse". A fronte del pericolo, più volte paventato, che la preventiva definizione di separate sfere di competenza si risolva nella precostituzione di un fin troppo facile 'salvacondotto' verso l'impunità, ci si domanda, in particolare, se le norme che disciplinano il concorso e la cooperazione colposa di più persone nel reato siano adatte a rispondere alle emergenti istanze punitive o se si debba, al contrario, guardare ad una regolamentazione di tipo diverso. Per dare adeguata risposta al quesito, mi sembra utile tentare di meglio comprendere, ai fini della definizione della efficacia della disciplina nella prospettiva della politica penale, quale sia la differenza che intercorre tra la responsabilità penale dell'individuo a titolo di concorso o cooperazione, da un lato, e la responsabilità dell'ente da reato, dall'altro. Il sistema che definisce quest'ultima sembra, infatti, costituire ad oggi la principale alternativa all'art. 110 (e 113) c.p. nel contrasto alla criminalità di gruppo con mezzi di tipo 'punitivo'.

Il tema della distinzione concettuale tra i due diversi ambiti di disciplina si pone,

---

\* Il testo riproduce, con integrazioni e indicazioni bibliografiche, l'intervento programmato svolto al convegno «Gestione 'collettiva' del rischio e imputazione colposa tra fra individuo e persona giuridica», tenutosi nelle giornate dell'8 e 9 novembre 2024 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre". Il presente contributo è destinato ad essere successivamente pubblicato nel volume pensato per raccogliere gli atti dell'iniziativa scientifica.

\*\* Avvocato del Foro di Roma, Dottore di ricerca in "Discipline giuridiche", Cultore di diritto penale presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

a mio avviso, anzitutto in ragione della tesi – autorevolmente sostenuta in dottrina<sup>1</sup> e, in passato, anche dalla giurisprudenza<sup>2</sup> – secondo cui il d.lgs. n. 8 giugno 2001, n. 231 disciplinerebbe una particolare forma di concorso dell'ente nel reato della persona fisica. L'interrogativo ha ragione di esistere, poi, anche in virtù della nota tendenza della giurisprudenza a 'slabbrare' gli ordinari criteri di ascrizione propri delle figure del concorso di persone e della cooperazione colposa nel reato, fino a dar vita ad autentiche forme di responsabilità per fatto altrui o da mera posizione.

## 2. (Segue) Critica della tesi che ricostruisce l'illecito 'para-penale' dell'ente come un'ipotesi 'speciale' di concorso nel reato della persona fisica

Ciò premesso, nonostante la fattispecie plurisoggettiva eventuale tipica del diritto penale 'classico'<sup>3</sup> e l'illecito da reato dell'en-

<sup>1</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest*. La responsabilità da reato degli enti collettivi, a cura di Palazzo, Padova, 2003, 25 e, più di recente, D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, 3ª ed., Torino, 2019, 224 ss. In senso parzialmente difforme si pronuncia F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, fasc. 1-2, 5 ss., il quale ricostruisce l'illecito da reato dell'ente nei termini di una «fattispecie pluriascrittiva eventuale, in base alla quale la responsabilità dell'ente risulta, ad un tempo, subordinata al reato realizzato dalla persona fisica e autonoma dalla responsabilità di quest'ultima».

<sup>2</sup> Cfr. G.i.p. presso il Tribunale di Milano (dott. Salvini), 27 aprile 2004, Siemens AG e altri, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, fasc. 3-4, 989 ss., con nota di G. RUGGIERO, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivante da reato*; Tribunale del riesame di Milano, 28 ottobre 2004, Siemens AG e altri, in *Corr. merito*, 2005, 319 ss., con nota di G. VARRASO, *In tema di misure cautelari interdittive nei confronti degli enti per responsabilità 'amministrativa' dipendente da reato* e in *Dir. comm. internaz.*, 2006, fasc. 3-4, 805 ss. con nota di S. BARIATTI, *L'applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari*; Cass., sez. un. pen., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a. e altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, fasc. 4, 1738 ss., con nota di E. LORENZETTO – V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*.

<sup>3</sup> In argomento, cfr. la celebre opera monografica di R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956. In generale sul concorso di persone nel reato, oltre al contributo appena citato, cfr. anche G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 437 ss.; G. MONTANARA, voce *Reato plurisoggettivo*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 868 ss.; D. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987; P. SEMERARO, *concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, 1986; L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981; SAMMARCO, *Le condotte di partecipazione al reato*, Napoli, 1979; R.A. FROSALI, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. III, Torino, 1974, 1084 ss.; T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973; A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964; A. PECORARO ALBANI, *Il concorso di più persone*

te<sup>4</sup> siano entrambi paradigmi che postulano l'intervento di più persone nella causazione di un unico evento dannoso o pericoloso, i criteri di ascrizione tipici della responsabilità 'para-penale' dell'ente sembrano essere, a rigore, diversi da quelli che propriamente caratterizzano le due figure del concorso di persone e della cooperazione colposa nel reato. In primo luogo, nella sistematica della responsabilità da reato dell'ente si prescinde dalla consapevolezza dell'altrui contributo rilevante che – come noto – secondo la disciplina degli artt. 110 e 113 c.p. dovrebbe costituire il cemento che unifica i diversi apporti causali nella costruzione di un unico fatto di reato<sup>5</sup>.

Anche lo schema di imputazione causale tipico dell'illecito da reato dell'ente diverge da quello recepito dagli articoli del Codice penale da ultimo citati. Se, infatti, può condividersi l'assunto per cui tra lacuna organizzativa e il c.d. "reato-presupposto" deve sussistere una relazione di causa-effetto da valutare secondo il tradizionale criterio della *condicio sine qua non*, il tipo di correlazione o interazione che lega i diversi contributi che portano alla creazione della lacuna medesima si misura sulla base di criteri non corrispondenti a quelli fissati dagli artt. 110 e 113 c.p., richiamando logiche che sono più prossime a quelle tipiche del concorso di cause indipendenti. Il d.lgs. n. 231/2001 non richiede, invero, che le 'manchevolezze' riferibili ai diversi soggetti incaricati dell'adozione ed efficace attuazione dei presidi interni (tra cui, soprattutto, l'organo dirigente e l'organismo di vigilanza) siano legate da un rapporto di reciproca interdipendenza, ben potendo l'ente considerarsi responsabile per una lacuna organizzativa che è il risultato del separato convergere di plurime omissioni.

---

*nel reato*, Milano, 1961; M. BOSCARRELLI, *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato. Le fattispecie di concorso*, Padova, 1958; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957; C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.

<sup>4</sup> Per lo studio degli snodi fondamentali della disciplina cfr., tra i moltissimi contributi, L. PRESUTTI – C. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2025; L. CORNACCIA – E.D. CRESPO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti collettivi. Profili dogmatici e politico-criminali a oltre vent'anni dal d.lgs. 231/2001*, Torino, 2023; D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2021; G. LATTANZI – P. SEVERINO, *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, 2020; A. BASSI – F. D'ARCANGELO, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, Milano, 2020; G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010; R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016; A. D'AVIRRO – A. DI AMATO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2009; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008; R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006; S. VINCIGUERRA – M. CERESA GASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.Lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004.

<sup>5</sup> Sul punto, da considerarsi pacifico, cfr. per tutti F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, 544.

Volendo chiarire il pensiero per il tramite di un esempio, può farsi il caso del difetto di procedure preventive idonee ad evitare il pericolo di caduta dall'alto che, imputabile anzitutto alla carente valutazione del rischio specifico in sede di elaborazione del modello organizzativo, manca di essere successivamente eliminato a causa dell'omesso controllo sul modello medesimo da parte dell'organismo di vigilanza. In tal caso, appare evidente che la lacuna di 'progettazione' non è affatto condizionata dal successivo omesso controllo, potendo quest'ultimo intervenire, per definizione, solo posteriormente alla fase di elaborazione delle cautele ritenute necessarie. D'altra parte, risulta altrettanto chiaro che nemmeno l'omesso controllo dipende causalmente dal precedente difetto di pianificazione, dovendosi esso svolgere indipendentemente dagli effettivi contenuti del modello organizzativo, il quale potrebbe in ipotesi anche essere 'virtuoso', ma non per questo esimere l'organismo di vigilanza dal dovere di svolgere le proprie funzioni.

Ulteriore differenza può riscontrarsi, poi, analizzando il tipo di risultato che l'ordinamento si propone di ottenere, imponendo in capo all'ente un onere di 'virtuosa organizzazione'. Quest'ultima deve essere, infatti, orientata a fini di *prevenzione* di determinati reati, astrattamente considerati nella loro veste di tipi normativi, e non di vero e proprio *impedimento* di uno specifico evento dannoso o pericoloso, con la conseguenza che solo l'individuo che opera nell'organizzazione collettiva può essere definito, a determinate condizioni, quale autentico 'garante' del bene protetto<sup>6</sup>. A ben vedere, infatti, nello svolgimento dell'attività di pianificazione dei propri presidi interni l'ente può dirsi, semmai, onerato del compito di specificare quali siano le figure soggettive investite dei necessari obblighi di impedimento e di dotarle dei mezzi funzionali all'esatto adempimento di tali obblighi. Una volta soddisfatte tali condizioni, spetta poi al garante di agire in conformità dei propri doveri, tant'è che l'omissione ascrivibile al singolo esponente non può mai determinare, secondo la logica della legge, l'automatica responsabilità del soggetto collettivo.

Infine, diverso è il referente del giudizio di prevedibilità ed evitabilità che vale a costituire in colpa il soggetto collettivo, da una parte, e l'individuo, dall'altra. Mentre, infatti, l'ente – o meglio, il suo modello organizzativo – è sufficiente che si dimostri idoneo a prevenire eventi "dello stesso *tipo* di quello verificatosi", per il singolo esponente dovrebbe, a rigore, rilevare la sola prevedibilità ed evitabilità dello *specifico* evento in concreto realizzato<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. sul punto V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Milano, 2018, 138 ss.

<sup>7</sup> In questo senso, cfr. N. PISANI, *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, in *La responsabilità*

### **3. Esigenze di innovazione e fedeltà ai principi costituzionali: la sempre maggiore personalizzazione dell'addebito quale motore ideale della riforma del diritto penale**

Giunti a questo punto della riflessione, c'è da chiedersi se la tracciata distinzione tra le due diverse categorie di illecito meriti di essere mantenuta o debba essere superata, a vantaggio di una maggiore estensione dell'intervento punitivo complessivamente considerato. A tal proposito, si parla spesso e in particolare della necessità di riforma del sistema penale della persona fisica in alcuni suoi snodi fondamentali (nello specifico, gli art. 113 e 40, co. 2 c.p.) e di 'ammodernamento' degli strumenti, anche speculativi, da utilizzare in una nuova teoria generale del reato, per meglio comprendere e risolvere i problemi della contemporaneità e, più precisamente, i problemi che possono ricondursi al tema della responsabilità penale dell'individuo nelle organizzazioni complesse.

A mio avviso, sicuramente il nostro Codice penale necessita di essere rivisto nella parte in cui disciplina il reato omissivo improprio, il concorso di persone, la cooperazione colposa e, non da ultimo, le complesse interazioni tra tali istituti. Va da sé che la riforma dovrebbe muovere non già in direzione di un allontanamento dai principi, bensì verso una sempre maggiore personalizzazione dell'addebito penale, anche quando sia relativo al perfezionarsi di una fattispecie di reato plurisoggettiva. Pur nella sua perfettibilità, il nostro codice già tende verso tale risultato: si tratta, dunque, solo di correggerne le imperfezioni, ove presenti, per garantire, nella nostra attuale prospettiva, una sempre maggiore rispondenza del diritto penale al canone della personalità della responsabilità.

I problemi che dovessero rimanere insoluti, perché inidonei ad essere affrontati per il tramite delle categorie del diritto penale 'classico', credo che possano essere meglio fronteggiati richiamandosi al sistema della responsabilità da reato degli enti. È questo, come noto – anche ad avviso di autorevoli studiosi –, il sub-sistema normativo che deve costituire il più giusto referente per dare voce alle istanze di punizione cui

---

*da reato degli enti*, cit., 141 ss. e, in tempi più risalenti, A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in G. Fiorella – A. Lancellotti, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato. Commento alla legge 29 settembre 2000, n. 3000 ed al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Presupposti della responsabilità e modelli organizzativi*, Torino, 2004, 8. Critica la scelta legislativa, sul presupposto secondo cui essa consentirebbe l'affermazione di «una responsabilità per il semplice pericolo di reati», S. VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in S. Vinciguerra – M. Ceresa Gastaldo -A. Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, cit., 216. Esclude, invece, che il dettato di legge consenta di giungere a tali estreme conseguenze A FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2024, 694 s.

impropriamente la giurisprudenza talvolta dà seguito, rischiando anche di distorcere i criteri di ascrizione tipici del diritto penale della persona fisica.

Con un *caveat*.

#### 4. Conclusioni. La responsabilità da reato degli enti quale nuova frontiera nel contrasto alla criminalità d'impresa, nel quadro delle garanzie che definiscono la "materia penale"

Nel riferirsi al sistema della responsabilità da reato degli enti per farsi carico delle esigenze di punizione di fatti commessi nell'ambito di organizzazioni complesse, non bisogna dimenticare che tale disciplina costituisce pur sempre espressione di un diritto punitivo che soggiace a ben precise garanzie, tra cui quelle connesse, appunto, al principio di personalità della responsabilità<sup>8</sup>. Assunto che mi conduce a due importanti considerazioni conclusive.

Da un lato, emerge l'esigenza di concepire l'ente non come un'entità astratta bensì un soggetto pluripersonale che si compone anzitutto di individui in carne ed ossa<sup>9</sup>. È, dunque, a questi ultimi che l'interprete deve rivolgersi per applicare correttamente i criteri di ascrizione dell'illecito da reato stabiliti dal d.lgs. n. 231/2001. Ed è sempre agli stessi individui, o più precisamente, all'interazione dei rispettivi comportamenti che deve guardare l'interprete per valutare se vi sia stato o meno un corretto adempimento degli obblighi di gestione del rischio o, meglio, di prevenzione del reato.

Dall'altro, appare chiaro che il canone della personalità della responsabilità

---

<sup>8</sup> La riferibilità al sistema della responsabilità da reato degli enti del complesso delle garanzie che sono a fondamento della c.d. "materia penale" può definirsi, ormai, un dato largamente acquisito da parte della riflessione scientifica (cfr., per tutti, A. MANNA, *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo: riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio*, in *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, cit., 8 ss.). Nello stesso senso è orientata anche la giurisprudenza più recente, a partire dalla nota sentenza della Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, Rv. 261115, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, 1925 ss. con note di G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale* e M. RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*. Significativi appaiono, in particolare, i passaggi argomentativi svolti al paragrafo 62 del considerato in diritto, là dove le Sezioni unite, dopo aver preso atto delle «evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale» del nuovo complesso normativo, ritengono «doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale».

<sup>9</sup> Sul punto, sia consentito rinviare il lettore allo studio monografico, a firma dello scrivente, dal titolo *Metamorfosi dell'ente e centro di imputazione dell'illecito da reato. Critica di un'identità incompiuta*, Milano, 2024.

impedisce di guardare al sistema dell'illecito da reato come referente normativo per colmare con strumenti punitivi lacune o correggere difetti di organizzazione 'sistemici', che riguardano, cioè, interi settori della vita associata. Per rendere più chiaro il discorso, valga il richiamo alla emblematica vicenda del disastro ferroviario occorso a Viareggio<sup>10</sup>.

L'addebito in quel caso mosso agli esponenti delle imprese italiane (e, di conseguenza, a queste ultime) si fondava in definitiva sulla adesione (ritenuta erronea) dei medesimi esponenti ad un sistema normativo sovranazionale che consentiva il noleggiamento di carri esteri, anche quando risultavano soggetti a regole manutentive diverse da quelle vigenti in Italia. Secondo i giudici del caso, simile regolamentazione avrebbe dovuto considerarsi lacunosa o difettosa, nella misura in cui non avrebbe consentito di fronteggiare i prevedibili rischi connessi alla diversità delle regole manutentive. Di qui, l'asserito obbligo per gli operatori italiani di 'correggere' la normativa vigente, applicando regole di diversa natura.

Ora, appare evidente qui l'equivoco in cui è incorsa la giurisprudenza. La supposta lacuna della legge nella regolamentazione dei confini del rischio permesso mai e poi mai sarebbe potuta ricadere a danno dell'ente né, tantomeno, del singolo individuo. La gestione e, quindi la responsabilità di questo 'rischio sistemico', collegato alla definizione dei confini dell'agire lecito anche se pericoloso, non poteva che spettare al legislatore, ammesso che una diversa disciplina fosse necessaria.

---

<sup>10</sup> Le sentenze che hanno definito i primi tre gradi di giudizio del noto procedimento sono, rispettivamente, Trib. Lucca, 31 luglio 2017, n. 222, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, fasc. 1, con commento di M. RICCARDI, *L'internazionalizzazione della responsabilità "231" nel processo sulla strage di Viareggio: gli enti con sede all'estero rispondono per l'illecito da reato-presupposto "nazionale"*, App. Firenze, Sez. III, 16 dicembre 2019, n. 3733, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, fasc. 3, con commento di G. PEZZANO, *Sulla composizione dell'Organismo di Vigilanza. Nota di commento alla sentenza di appello sulla strage di Viareggio*, e Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, P.G. in proc. Castaldo e altri, Rv. 281997, in *Sistema penale web*, 9 novembre 2021, con commento di P. BRAMBILLA, *Disastro ferroviario di Viareggio: le motivazioni della sentenza di Cassazione*, e in Cass. pen., 2022, fasc. 7-8, 2738 ss., con nota di A. DI MARTINO, *Illecito punitivo di enti stranieri tra giurisdizione punitiva e giurisdizione penale, territoriale ed extraterritoriale: somiglianze apparenti, realtà inosservate (a proposito della sentenza della Corte di cassazione sul "disastro di Viareggio")*.

ABSTRACT

*Il contributo affronta il tema delle relazioni strutturali esistenti tra il reato commesso da più persone in concorso tra loro e l'illecito da reato dell'ente. Dopo aver messo in evidenza le differenze che valgono a distinguere le due diverse figure di illecito, l'analisi giunge alla conclusione secondo cui il sistema della responsabilità da reato degli enti costituisce, ad oggi, lo strumento ideale per fronteggiare i problemi tradizionalmente legati all'ipotesi di illeciti penali commessi nell'ambito di organizzazioni complesse. Conclusione, questa, che non vale tuttavia a giustificare la rinuncia ai principi fondamentali che governano la più estesa "materia penale", le cui garanzie devono estendersi anche agli enti.*

PAROLE CHIAVE

Concorso di persone nel reato – Responsabilità da reato degli enti –  
Personalità della responsabilità penale

\* \* \*

PARTICIPATION IN CRIME AND CORPORATE 'QUASI-CRIMINAL' LIABILITY:  
A COMPARISON BETWEEN TWO REGULATORY MODELS

ABSTRACT

*This paper explores the structural connections between crimes committed by two or more individuals acting together and 'quasi-criminal' wrongdoings ascribed to legal entities. Following an explanation of the elements that differentiate the two types of offences, the analysis reaches the conclusion that the system regulating corporate 'quasi-criminal' liability is, at present, the most effective legislative tool in addressing issues traditionally arising from criminal cases that involve individuals acting as part of complex organisations. However, this conclusion must not come at the expense of the fundamental principles governing "criminal law" (as interpreted by the Strasbourg Court), whose safeguards must likewise extend to legal entities.*

KEYWORDS

Participation in crime – Corporate criminal liability –  
Individual criminal responsibility

**UNA NUOVA SFIDA PER IL PENALISTA.**  
**QUALCHE RIFLESSIONE INTORNO AGLI INDICI**  
**DI MISURAZIONE DELLA CORRUZIONE**

MARTA LAVACCHINI\*

SOMMARIO 1. Il problema della misurazione della corruzione tra cifra oscura e indicatori. – 2. Il problema della definizione del termine “corruzione”. – 3. Qualche definizione preliminare. Gli indici soggettivi e oggettivi di misurazione della corruzione. – 3.1. Il CPI di *Transparency International* – 4. Le critiche agli indici basati sulla percezione della corruzione e le difficoltà degli indici oggettivi ed esperienziali. – 5. Il caso dell’Italia e il nuovo indice di misurazione della corruzione elaborato da ANAC. – 6. L’impegno dello *United Nations Office on Drugs and Crime* e dell’*Anti-Corruption Working Group* istituito presso il G20. L’importanza dei c.d. fori multilaterali globali per la comprensione e il contrasto del fenomeno corruttivo. – 7. Brevi spunti conclusivi.

## 1. Il problema della misurazione della corruzione tra cifra oscura e indicatori

Il tema della misurazione della corruzione<sup>1</sup> ha assunto un crescente interesse sia

---

\* Assistente di Studio presso il Consiglio Superiore della Magistratura e docente a contratto di diritto penale presso l’Università di Firenze.

<sup>1</sup> S. ANDERSSON – P.M. HEYWOOD, *The politics of perception: use and abuse of Transparency International's approach to measuring corruption*, in *Political Studies*, 2009, vol. 57 n. 4, p. 746; K. CHABOVA, *Measuring Corruption in Europe: public opinion surveys and composite indices*, in *Qual Quant*, 2017, vol. 51, n. 4, p. 1877; C. ARNDT – C. OMAN, *Uses and Abuses of Governance Indicators. Paris: Development Centre of the OECD*, 2006; A. J. BROWN, ‘What are We Trying to Measure? Reviewing the Basics of Corruption Definition’, in *Measuring Corruption* (a cura di C. Sampford – A. Shacklock – C. Connors and F. Galtung), Londra, 2006; A. DEL MONTE – E. PAPAGNI, *The determinants of corruption in Italy: Regional panel data analysis*, in *European Journal of Political Economy*, 2007, vol. 23, n. 2, p. 379; C. A. DRURY – J. KRIECKHAUS – M. LUSZTIG, ‘Corruption, Democracy, and Economic Growth’, in *International Political Science Review/Revue internationale de science politique*, 2006, vol. 27, n. 2, p. 121; G. O. ERLINGSSON – G.H. KRISTINSSON, *Measuring corruption: whose perceptions should we rely on? Evidence from Iceland*, in *Icelandic Review of Politics and Administration*, 2017, vol. 12, n. 2, p. 215; F. GALTUNG, ‘Measuring the Immeasurable: Boundaries and Functions of (Macro) Corruption Indices’, in *Measuring Corruption* (a cura di C. Sampford, A. Shacklock, C. Connors and F. Galtung), Londra, 2006; R. GATTI – S. PATERNOSTRO – J. RIGOLINI, ‘Individual Attitudes toward Corruption: Do Social Effects Matter?’ World Bank Policy Research Working Paper No. 3122, 2003; M.A. GOLDEN – L. PICCI, ‘Proposal for a New Measure of Corruption, Illustrated with Italian Data’, in *Economics and Politics*, 2005, vol. 17, n. 1, 2005, p. 37; S. KNACK, *Measuring Corruption: A critique of Indicators in Eastern Europe and Central Asia*, in *Journal of Public Policy*, 2007, vol. 27, n. 3, p. 255; O. KURER, *Corruption: An Alternative Approach to its Definition and Measurement*, in *Political Studies*, 2005, vol. 53, n. 1, p. 222; J.G. LAMBSDORFF, ‘Measuring Corruption – The Validity and Precision of Subjective Indicators (CPI)’, in *Measuring Corruption* (a cura di C. Sampford, A. Shacklock, C. Connors and F. Galtung),

sul piano internazionale che su quello nazionale, tanto da rendere opportuna una riflessione sull'argomento anche da parte dello studioso di diritto penale. Il dibattito si è largamente sviluppato nei c.d. fori multilaterali globali, pensiamo all' *United Nations Office on Drug and Crime* o, ancora, al G20 nell'ambito dell' *Anti-Corruption Working Group* (ACWG) di cui l'Italia è membro, recentemente anche attraverso l'inclusione del Consiglio Superiore della Magistratura nella delegazione coordinata dal Ministero degli Esteri<sup>2</sup>.

A livello nazionale, il dibattito sugli indici di misurazione ha in larga misura interessato, per non secondarie ragioni di ordine tecnico-scientifico, gli studiosi di altri settori, come statistici<sup>3</sup> o economisti. Il penalista è però senz'altro chiamato a confrontarsi col tema poiché questo dibattito ha grandi influenze sul piano della politica del diritto. Sotto questo punto di vista, non si può sottovalutare l'importanza delle statistiche giudiziarie che hanno consentito di monitorare i livelli di efficace contrasto alla corruzione esaminando quanta corruzione viene effettivamente intercettata dai sistemi giuridici osservati. Il dato giudiziario, sebbene misuri per sua natura la corruzione emersa, può essere altamente significativo dell'impegno di un Paese nel contrasto al fenomeno e fornisce un dato certo sugli episodi penalmente rilevanti.

Comprendere l'entità del fenomeno non è solo centrale ai fini della repressione,

---

Londra, 2006, p. 81; B.A. OLKEN, *Corruption Perceptions vs. Corruption Reality*, NBER Working Paper 12428, 2006; J. POZGAI-ALVAREZ – A. VARRAICH, *Are different types of corruption tolerated differently?*, Working Paper Series 2023, p. 15; V. RAINONE, *L'indice di percezione della corruzione: i fattori di influenza e i relativi nessi con i sistemi giuridici di riferimento. Alcuni ordinamenti di civil law a confronto*, in *Funzione Pubbl.*, 2010, fasc. 2, p. 61; F.L. RUSCIANO, *Citizen and Elite Perceptions of Corruption: Insights into the Global Opinion Process*, in *New Global Studies*, 2023, vol. 17, n. 3, p. 325; C. WEBER ABRAMO, *How Much Do Perceptions of Corruption Really Tell Us?*, in *Economics E-Journal*, 2008, vol. 2, n. 3, p. 1.

<sup>2</sup> Per lavori che tengano conto della partecipazione attiva dell'Italia ai fori multilaterali globali si veda, per tutti, G. TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione tra realtà e rappresentazione ovvero: come si può alterare la reputazione di un Paese*, Bologna, 2018; G. TARTAGLIA POLCINI, *Il paradosso del Trocadero*, in *Diritto della globalizzazione*, 2017. Interessante, sul piano tecnico-statistico UNODC, *Manual on Corruption Surveys. Methodological guidelines on the measurement of bribery and other forms of corruption through sample surveys*, 2018, reperibile in [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Crime-statistics/CorruptionManual\\_2018\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Crime-statistics/CorruptionManual_2018_web.pdf) che ha elaborato delle linee guida metodologiche nei confronti degli Stati per uniformare le rilevazioni in tema di corruzione.

<sup>3</sup> Per approfondire gli aspetti statistico-metodologici sono interessanti il *webinar* del 27 gennaio 2022 "Dialogo sulla misurazione della corruzione" promosso da EURISPES e reperibile in <https://eurispes.eu/news/atti-del-webinar-dialogo-sulla-misurazione-della-corruzione/>, nonché il convegno organizzato da ISTAT il 6 giugno 2024, il cui materiale è reperibile in <https://www.istat.it/evento/la-misurazione-della-corruzione-in-italia-analisi-stato-dell'arte-e-prospettive/>, che hanno contribuito a incrementare un dialogo tra studiosi di diritto penale e di statistica.

ma anche per la prevenzione del fenomeno stesso. Si è, infatti, affermato che la prima forma di prevenzione della corruzione è la sua misurazione<sup>4</sup>.

La misurazione della corruzione incontra però, è bene precisarlo, non poche difficoltà.

Non c'è dubbio, infatti, che alla problematica emersione<sup>5</sup> dell'illecito dall'ampia cifra oscura che lo caratterizza – in ragione principalmente delle peculiarità del fenomeno criminoso incentrato sul *pactum sceleris* – si aggiungono le difficoltà di individuare i criteri più efficaci, da un punto di vista qualitativo e quantitativo, per misurarlo. La molteplicità degli indicatori utilizzati negli indici compositi, le difficoltà definitorie del termine “corruzione”, la rilevanza degli obiettivi delle ricerche hanno enormi ripercussioni sugli esiti delle indagini e sulla descrizione del fenomeno analizzato.

Le incertezze che emergono da queste prime notazioni non devono però sorprendere. L'indice considera una parte relativa del fenomeno sulla base degli indicatori che vi sono ricompresi. In altri termini, l'indice soggettivo – ad esempio – non ci dice quanta corruzione esiste in Italia, ma quanta percezione della corruzione c'è in Italia da parte, ad esempio, di determinate imprese che hanno risposto a determinate domande. Così come, l'indice oggettivo, spesso, non è in grado di misurare il sommerso, ma solo i casi che sono effettivamente stati perseguiti.

Al di là di questo dato descrittivo, sarebbe però semplicistico ritenere che la scelta dell'indice si risolva in una questione di speculazione accademica, quasi neutrale, come se fatte queste precisazioni uno valesse l'altro. La crescente diffusione dei risultati di queste ricerche, pensiamo per tutti al noto indice di *Transparency International* (il CPI), e l'organizzazione di classifiche di Paesi rappresentati come più o meno corrotti su scala globale hanno enormi ripercussioni sul piano politico, economico e sociale, determinando la capacità di un Paese di attrarre risorse estere.

Per questo è emerso un certo scetticismo nei confronti proprio del CPI, poiché,

---

<sup>4</sup> Per tutti si veda, G. TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione tra realtà e rappresentazione ovvero: come si può alterare la reputazione di un Paese*, cit., p. 18.

<sup>5</sup> Si veda sul punto F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto “integrato”*, Torino, 2012, p. 20 ss. L'autore, infatti, evidenzia che a rendere difficile l'emersione della corruzione è, in primo luogo, la natura sinallagmatica del reato e la conseguente esposizione del corrotto e del corruttore alla responsabilità penale; in secondo luogo, la scarsa propensione alla denuncia da parte delle vittime; in terzo luogo il ruolo della criminalità organizzata. L'autore considera, infine, un altro dato significativo che attiene all'atteggiamento delle agenzie del controllo formale, poliziarica e magistratura inquirente. La prima tende a impiegare le non sempre ingenti risorse a sua disposizione nell'attività di pubblica sicurezza, e la seconda si trova nella difficoltà di dover, ad esempio, richiedere l'autorizzazione a procedere nel caso di episodi corruttivi addebitabili a parlamentari.

basandosi sulla percezione della corruzione, esso comporterebbe un effetto paradossale in quei Paesi in cui il contrasto alla corruzione è oggetto di un impegno istituzionale notevole. Il cortocircuito risiederebbe, pertanto, nel fatto che il tanto parlare di corruzione determinerebbe un aumento della sua percezione rispetto ad altri Paesi in cui esistono meno agenzie di contrasto nei confronti di tale fenomeno.

Con la consapevolezza della complessità della materia è possibile, quindi, approfondire il dibattito sugli indici di misurazione della corruzione oggi esistenti e sulla loro effettiva capacità di restituire un dato reale del fenomeno.

## 2. Il problema della definizione del termine “corruzione”

Il termine “corruzione” non ha una definizione unitaria a livello sovranazionale, tanto sul piano giuridico<sup>6</sup> che su quello statistico. Infatti, vengono variamente inclusi concetti che vanno dal *bribery* alla *maladministration*. Questo comporta un problema definitorio importante in merito alla scelta dell’oggetto di studio e alla comparabilità tra le diverse tecniche di misurazione.

A titolo esemplificativo, se guardiamo, sul piano legislativo, al reato tipizzato dal legislatore all’art. 318 c.p., la corruzione per l’esercizio della funzione è definita come la condotta del pubblico ufficiale che indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa. Similmente avviene per le ipotesi di corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio, prevista dall’art. 319 c.p., o per la corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.).

---

<sup>6</sup> È vasta la bibliografia sul punto. Ai fini del presente studio è possibile citare, per tutti, S. BONFIGLI, *L’Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in *www.astridonline.it*, 2010, fasc. 16; F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto “integrato”*, cit.; F. CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1, 2012, 79; V. D’AMBROSIO, *I profili penali della corruzione e della maladministration*, in *La corruzione amministrativa, cause prevenzione e rimedi* (a cura di F. Merloni – L. Vandelli), Firenze-Antella, 2010; P. DAVIGO – G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, Roma, 2007; G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, Milano, 2007; S. H. DEMING, *Anti-bribery Laws in Common Law Jurisdictions*, Oxford, 2014; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012; C. NICHOLLS QC – T. DANIEL – A. BACARESE – J. MATON – J. HAT-CHARD, *Corruption and misuse of the public office*, III ed., Oxford, 2017; M. PIETH – L. A. LOW – N. BONUCCI, *The OECD Convention on bribery. A commentary*, II ed, Cambridge, 2014 ; V. SCALIA, *La Corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*, Torino, 2020; L. SCOLLO, *I modelli di contrasto alla corruzione internazionale. Prospettive di riforma del sistema penale e della responsabilità degli enti*, Torino 2022. Sia consentito, infine, M. LAVACCHINI, *La lotta alla corruzione nel sistema penale inglese*, in *Dir. pen. cont. (quotidiano giuridico online)*, 10 ottobre 2014 e la bibliografia ivi citata.

Se invece prendiamo in considerazione le principali convenzioni internazionali, la nozione in esse contenuta non solo è diversa da quella prevista dal legislatore interno, ma varia a seconda dell'organizzazione che l'ha adottata (ONU, OCSE o Consiglio d'Europa). Peraltro, spesso, tali convenzioni si basano su un approccio *offence-based*, indicando agli Stati di adottare misure legislative, comprese misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, nei confronti di condotte specifiche. Nella Convenzione di Merida (UNCAC), firmata nel 2003 dall'Assemblea Generale dell'ONU, ad esempio, si include, non solo la corruzione strettamente intesa, ma anche le condotte di ricettazione e riciclaggio dei proventi della corruzione, così come le condotte corruttive avvenute nel settore privato<sup>7</sup>. Nella Convenzione OCSE del 1997 si considera, ad esempio, la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri e nella Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa si includono comportamenti corruttivi attivi e passivi, nonché condotte come l'emissione di fatture o documenti contabili falsi, al cui monitoraggio applicativo è preposto il GRECO (*Group of States against Corruption*)<sup>8</sup>.

Orbene, in Italia per corruzione intendiamo quello che, sul piano sovranazionale, può essere definito col concetto di *bribery*, ma è noto che *bribery* comprende solo una parte delle condotte che possono essere incluse nel termine *corruption* che, invece, riguarda anche svariati delitti dei pubblici ufficiali, come il peculato, le frodi o altri reati collegati. A sua volta, la nozione di *corruption* è una parte della *maladministration* che annovera comportamenti che solo talvolta danno luogo ad illecito penale.

Definire, dunque, in maniera corretta e omogenea il fenomeno che si vuole misurare, che sul piano sovranazionale<sup>9</sup> va dalla corruzione politica e internazionale alle forme corruttive minori (*“grand level”*, *“business level”*, e *“individual level”*)<sup>10</sup> è un

---

<sup>7</sup> Si veda per il contenuto della Convenzione e per l'*iter* parlamentare di ratifica <https://leg16.camera.it/561?appro=511>.

<sup>8</sup> Si veda per il contenuto e la ratifica della Convenzione OCSE <https://www.giustizia.it/giustizia/it/contentview.page?contentId=ART743793#>, mentre per la Convenzione del Consiglio d'Europa <http://anticorruzione.eu/normativa/normativa-estera/consiglio-deuropa/penale/>.

<sup>9</sup> K. CHABOVA, *Measuring Corruption in Europe*, cit., p. 1878 afferma infatti che: “even though there exist many different definitions of corruption, there is still none that would be agreed on by the entire academic community. Moreover, there is an on-going academic debate on how to measure corruption and whether it is even possible to measure it. Corruption is a clandestine activity, very often unreported, therefore there is no official statistics on the number of corruption cases. Researchers focusing on the quantitative study of corruption are thus forced to use proxies of corruption such as composite indices, public opinion surveys or others. Even though there exists a large amount of different measures of corruption, these measures differ in quality and methodology and are not all suitable for all types of statistical analyses. Despite the fact that these differences are essential, some authors disregard them and articles using unsuitable data are written, and unfortunately, also published”.

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 1879.

aspetto centrale che ha notevoli conseguenze anche sul piano della scelta degli indicatori utilizzabili e, conseguentemente, sui risultati della ricerca. In altre parole, considerando il concetto di *bribery* probabilmente non è possibile non utilizzare, ai fini della misurazione, le statistiche giudiziarie o l'esperienza diretta, così come nel concetto di *maladministration* può essere interessante utilizzare indicatori soggettivi, come quelli di percezione, volti a misurare la “*grand corruption*”<sup>11</sup>.

Le variegate definizioni che sono prese in considerazione, a livello giuridico, sul piano delle fonti interne e internazionali, costituiscono però solo una parte del problema in tema di misurazione della corruzione. Come vedremo, gli indicatori diffusi a livello internazionale non necessariamente analizzano il fenomeno come definito sul piano giuridico e, men che meno, penalistico-interno. Se si pensa al CPI, esso include nelle sue indagini molteplici aspetti della *maladministration*<sup>12</sup> che – come poc'anzi precisato – solo talvolta sfocia in comportamenti penalmente rilevanti. In altri termini, quando ci spostiamo dal piano giuridico a quello statistico ci troviamo di fronte alla difficoltà di valutare, in un'ottica interdisciplinare, se misurare il fenomeno per come definito dalle fonti giuridiche o per come considerato dal singolo studio statistico, il tutto con una metodologia rigorosa non solo sul piano dell'analisi quantitativa, ma anche giuridico-comparatistica. È dunque auspicabile che il giurista e lo statistico si trovino su un terreno comune nella definizione del fenomeno da attenzionare poiché lo scopo della ricerca determina sia la definizione da adottare nello studio statistico sia, conseguentemente, il metodo utilizzato nella misurazione. Il presente contributo si colloca pertanto in questa prospettiva, avendo l'obiettivo di mostrare tale diversità di approccio, nell'ottica di creare un linguaggio condiviso e interdisciplinare tra studiosi di diverse materie.

Per questi motivi sono estremamente interessanti, anche per il giurista, le linee guida per lo sviluppo di future metodologie di misurazione elaborate nella “*Global Conference on Harnessing Data to Improve Corruption Measurement*” ed enucleate nei c.d. Principi di Vienna del 2023<sup>13</sup>. All'interno di tale documento si parla, infatti, di *comprehensiveness* (principio n. 2) e *transparency and usefulness* (principio n. 4). È cioè essenziale che le ricerche in tema di misurazione della corruzione considerino, da

---

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Sul punto si veda, G. TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione tra realtà e rappresentazione ovvero: come si può alterare la reputazione di un Paese*, cit., p. 32.

<sup>13</sup> Reperibili in [https://grace.unodc.org/grace/uploads/documents/news/2023-08-Global\\_Conference\\_Measurement\\_of\\_Corruption/Global\\_Conference\\_Corruption\\_Measurement\\_-\\_Vienna\\_Principles\\_Conference\\_Report.pdf](https://grace.unodc.org/grace/uploads/documents/news/2023-08-Global_Conference_Measurement_of_Corruption/Global_Conference_Corruption_Measurement_-_Vienna_Principles_Conference_Report.pdf).

un lato, tutti gli aspetti della corruzione, comprese le strategie di contrasto, tenendo conto di differenze politiche, giuridiche e istituzionali dei diversi Stati; dall'altro, che le metodologie siano trasparenti e intelleggibili per consentire un uso informato dei risultati. Nel *Conference Report* si dà proprio atto che la discussione intorno all'elaborazione dei principi si è incentrata sull'importanza di una comprensione chiara di ciò che si va a misurare con il termine "corruzione", in modo tale da assicurare che il dato ottenuto sia comparabile, affidabile e si sviluppi attorno a metodologie neutrali.

### 3. Qualche definizione preliminare. Gli indici soggettivi e oggettivi di misurazione della corruzione

È possibile analizzare, senza pretesa di esaustività, quali sono le metodologie impiegate per la rilevazione della corruzione sul piano statistico. Tali metodologie, è opportuno richiamarlo, non adottano ciascuna una singola definizione di corruzione ma la variano sulla base dell'obiettivo della ricerca e del contesto informativo nel quale si muovono. Ciò che ci interessa evidenziare, infatti, è quali strumenti siano attualmente utilizzati nell'analisi quantitativa della corruzione.

Gli indici che misurano la corruzione sono tradizionalmente distinti in indici soggettivi ed indici oggettivi.

Gli indici soggettivi misurano la percezione o l'esperienza diretta di fenomeni corruttivi.

In termini generali, gli indicatori basati sulla percezione prendono in considerazione le opinioni e, appunto, le percezioni della corruzione di cittadini ed esperti in un determinato Paese<sup>14</sup>. Al contrario, gli indici basati sull'esperienza misurano il dato esperienziale reale dei cittadini e delle imprese nei confronti di episodi di corruzione specifici.

L'indice di *Transparency International*, il *Corruption Perceptions Index* (CPI) è solo il più noto tra gli indici soggettivi che sono stati elaborati da molti organismi internazionali<sup>15</sup>. Essi poggiano, in via generale, su rilevazioni basate su campioni

---

<sup>14</sup> G. TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione tra realtà e rappresentazione ovvero: come si può alterare la reputazione di un Paese*, cit., p. 73 e G. ABBATINO – F. SBICCA, *Il percorso dell'ANAC per la misurazione della corruzione: gli indicatori di rischio*, cit., giugno 2024, reperibile in <https://www.istat.it/wp-content/uploads/2024/05/Giuseppe-Abbatino-Fabrizio-Sbicca-La-misurazione-della-corruzione.pdf>.

<sup>15</sup> Solo per citarne alcuni: l'indice della Banca Mondiale (il *Control of Corruption Indicator* sviluppato nel framework di World Governance Indicators – WGI) che combina le percezioni sulla governance di molte imprese, cittadini ed esperti in oltre 210 Paesi; il *Quality of Government Institute* (QoG) dell'Università di Göteborg ha sviluppato un indice che tra i vari aspetti analizza la corruzione

estratti dalla popolazione di riferimento oppure su indagini *ad hoc* che riguardano esperti del settore. È opinione condivisa<sup>16</sup> che la larga diffusione degli indici soggettivi sia dovuta al ruolo che essi hanno avuto nel confronto internazionale sul tema della corruzione, avendo avuto il merito di fornire i primi dati sull'entità del fenomeno sul piano globale. Il calcolo periodico, effettuato da questi noti indici, ha consentito infine di aggiornare ciclicamente il dato, misurando dei *trend*.

Per quanto concerne gli indici oggettivi, essi hanno il pregio di basarsi appunto su dati obiettivi – e non di percezione – e possono essere suddivisi in economici, giudiziari e di rischio<sup>17</sup>. Mentre gli indicatori economici si legano alla misurazione della corruzione considerando costi infrastrutturali, dati di bilancio, dati sulla gestione degli appalti pubblici e così via enumerando, le statistiche giudiziarie annoverano le denunce e le condanne per corruzione o per altri reati contro la Pubblica Amministrazione. Gli indicatori di rischio riguardano poi *red flags* – si basano cioè su dati a disposizione di autorità di supervisione nazionali che segnalano un elevato e concreto rischio di corruzione all'interno di processi decisionali specifici – nonché *early warning*.

In questo panorama, è opportuno precisare l'importanza del metodo dei c.d. indicatori *proxy*. L'analisi quantitativa, di frequente, utilizza tali indicatori che hanno la funzione di rappresentare un fenomeno non misurabile attraverso un fenomeno misurabile ad esso affine. L'uso di tali indicatori è centrale con riferimento al fenomeno corruttivo poiché essi consentono di misurare indirettamente la corruzione attraverso altri fenomeni. Naturalmente, attraverso l'uso di tali indicatori non si misura direttamente la corruzione poiché si ricorre all'uso della *proxy* proprio quando il fenomeno

---

attraverso questionari somministrati a circa 200 cittadini per ciascuna regione degli Stati europei nei settori dell'istruzione, della sanità e della sicurezza; l'indice utilizzato da Gullup si basa, invece, su interviste telefoniche e sondaggi *face-to-face* mentre quello di Eurobarometro realizza dei sondaggi, per conto della Commissione europea, che valutano in trend temi rilevanti a livello socio-politico. Del resto, Transparency International ha elaborato, oltre al CPI, altri indici: il *Bribe Payers Index* e il *Global Corruption Barometer*. Il primo misura l'inclinazione dei privati a pagare tangenti ai pubblici ufficiali attraverso interviste a un campione di dirigenti di aziende nazionali e di multinazionali, Camere di Commercio, Banche Commerciali e Società Commerciali, mentre il secondo è un indice costruito sia sulla percezione che sull'esperienza concreta della corruzione degli abitanti di circa 100 Stati. Quest'ultimo indice è in grado di misurare il grado di percezione della corruzione in diversi settori: sanità, istruzione, partiti politici, giustizia e così via enumerando.

<sup>16</sup> G. TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione tra realtà e rappresentazione ovvero: come si può alterare la reputazione di un Paese*, cit., p. 72. Si veda anche S. ANDERSSON – P.M. HEYWOOD, *The politics of perception: use and abuse of Transparency International's approach to measuring corruption*, cit., p. 747.

<sup>17</sup> Sul punto si veda con riferimento al lavoro di ANAC, G. ABBATINO – F. SBICCA, *Il percorso dell'ANAC per la misurazione della corruzione: gli indicatori di rischio*, cit.

che si vuole rilevare è difficilmente osservabile. È importante, pertanto, leggere correttamente tale dato avendo presente questo livello di approssimazione.

### 3.1. – *Il CPI di Transparency International*

Il *Corruption Perceptions Index*, tra gli indicatori adottati a livello internazionale, è senza dubbio l'indice della corruzione più consultato e diffuso. Esso infatti copre circa 180 Paesi nel mondo e ha l'obiettivo di classificare gli Stati in base al grado di corruzione percepita nel settore pubblico.

A livello metodologico il CPI è un indice composito<sup>18</sup> di percezione della corruzione strutturato attraverso sondaggi condotti nei confronti di esperti del settore e dirigenti d'azienda. Esso si basa su 13 fonti di dati<sup>19</sup> derivanti da 12 istituzioni indipendenti specializzate in *governance* e *business climate analysis*. Mettendo insieme 13 diverse fonti di dati l'indice è molto complesso, ma ha il pregio – oltre di coprire a livello geografico una grande quantità di Paesi su scala mondiale – di compensare eventuali errori che deriverebbero dalla consultazione della singola fonte. La scala dei possibili punteggi assegnati da T.I. va da 0 a 100 dove 0 indica un alto livello di corruzione percepita, mentre 100 un basso livello di corruzione.

La scelta di utilizzare un parametro di tipo soggettivo basato sulla percezione viene giustificata da *Transparency International* proprio in ragione del fatto che lo scambio corruttivo si mantiene deliberatamente nascosto e utilizzare degli indicatori oggettivi, malgrado gli avanzamenti compiuti nell'ambito di tali studi, potrebbe rischiare – come precisato *supra* – di misurare solo l'aspetto emerso del fenomeno.

Sul piano metodologico, tale indice soggettivo si forma raccogliendo informazioni tratte da attori qualificati sulla base di domande concernenti il livello di corruzione dei pubblici funzionari, la prevenzione del fenomeno, nonché i livelli di

---

<sup>18</sup> Nel manuale di UNODC, reperibile in [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Crime-statistics/CorruptionManual\\_2018\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Crime-statistics/CorruptionManual_2018_web.pdf), la metodologia dell'indice composito viene contrapposta a quella dell'expert assessments. Gli indici compositi rappresentano un metodo di combinazione di una varietà di dati statistici in un singolo indicatore. Questo approccio è spesso usato “to quantify multi-dimensional concepts in a succinct manner or to assemble data generated by diverse sources. A number of composite indices on corruption and related topics have been proposed over the past few decades. While such indices could, in principle, be derived from evidence-based metrics, they have mostly used expert assessments and perception surveys as their primary sources of data. In relation to corruption, composite indices also include proxy indicators (e.g., judicial independence, freedom of the press, administrative burden, etc.), which provide more of a risk assessment than a measure of the actual level of the phenomenon”.

<sup>19</sup> Cfr. sul punto la guida metodologica di Transparency International del 2023 in [https://images.transparencycdn.org/images/CPI2023\\_SourceDescription\\_EN.pdf](https://images.transparencycdn.org/images/CPI2023_SourceDescription_EN.pdf).

ingerenza dello Stato nell'economia. Le domande riguardano anche l'esistenza, nel Paese attenzionato, di procedure pubbliche per l'assegnazione di lavori o contratti.

*Transparency International* monitora, attraverso il CPI, una serie di fenomeni, tra i quali possiamo citare a titolo di esempio il *bribery*, la *diversion of public fund*, il *nepotism*, la sussistenza di procedimenti effettivi nei confronti dei pubblici ufficiali per le loro condotte, la sussistenza di leggi sul conflitto di interesse e, in generale, la trasparenza delle istituzioni<sup>20</sup>. Esistono poi una serie di fenomeni che il CPI invece non monitora, tra cui le esperienze o la percezione dei cittadini sulla corruzione, le frodi fiscali, nonché la corruzione tra privati.

Il costante monitoraggio e aggiornamento dei dati consente di comparare i livelli di corruzione percepita negli anni all'interno dello stesso Paese, oltre che tra Paesi diversi, quantomeno dal 2012 – anno in cui T.I. ha mutato la metodologia di rilevazione – ad oggi. Questo aspetto è significativo perché consente di misurare, appunto, il *trend* del Paese nel tempo.

#### **4. Le critiche agli indici basati sulla percezione della corruzione e le difficoltà degli indici oggettivi ed esperienziali**

A) Le critiche che sono state mosse agli indici soggettivi oggi esistenti, specie al CPI, si sono sviluppate su un duplice piano: da un lato, per così dire politico-sistemico, dall'altro, tecnico-metodologico.

Sotto il primo profilo, infatti, alcuni autori<sup>21</sup> evidenziano che gli indicatori soggettivi misurano la percezione di un fenomeno che potrebbe essere influenzata da diversi fattori estranei alla corruzione, quali l'influenza dei media, le concezioni culturali della corruzione finanche – paradossalmente – le campagne anticorruzione promosse dalle istituzioni. L'uso di indicatori basati sulla percezione può infatti comportare notevoli distorsioni negli esiti specie perché, se non combinata con dati reali, può

---

<sup>20</sup> Per un elenco completo delle forme di manifestazione della corruzione attenzionate da Transparency International nel CPI, si veda <https://www.transparency.org/en/cpi/2023>. T.I. specifica poi anche i fenomeni corruttivi che non sono inclusi nel monitoraggio del CPI. La metodologia utilizzata da T.I. è stata validata, concettualmente e a livello di tecniche statistiche utilizzate da un audit indipendente del Joint Research Centre della Commissione Europea sia nel 2012 che nel 2017. T.I. ha anche adeguato la sua metodologia a seguito dei suggerimenti espressi in proposito da tale centro di ricerca della Commissione Europea, si veda [https://images.transparencycdn.org/images/CPI2023\\_TechnicalMethodologyNote\\_EN.pdf](https://images.transparencycdn.org/images/CPI2023_TechnicalMethodologyNote_EN.pdf).

<sup>21</sup> Sul punto si veda, G. TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione tra realtà e rappresentazione ovvero: come si può alterare la reputazione di un Paese*, cit., p. 40.

creare un forte divario tra la corruzione reale e quella solo percepita. In altri termini, gli indici basati sulla percezione, primo tra tutti il CPI, sarebbero scarsamente affidabili poiché basati sull'impressione del fenomeno e non sulla reale portata dello stesso. Si realizzerebbe, di conseguenza, un paradosso che rischierebbe di penalizzare proprio gli ordinamenti più proattivi nel contrasto alla corruzione<sup>22</sup>.

Per questo l'analisi dei dati non può, sul piano del diritto comparato, non prendere in considerazione alcuni formanti di notevole importanza. Si pensi all'obbligatorietà dell'azione penale in Italia che è in grado di aumentare tanto le statistiche giudiziarie che la percezione massmediatica del fenomeno, creando delle possibili distorsioni se confrontata con altri Paesi dove esiste, invece, la discrezionalità dell'azione penale. Del resto, la percezione della corruzione può variare anche a seconda di precomprensioni create dalle peculiarità politiche e culturali del Paese<sup>23</sup>.

Certamente la critica nei confronti dell'opacità del dato rispetto alla realtà del fenomeno analizzato sfuma di fronte agli indici soggettivi che si basano sull'esperienza diretta<sup>24</sup>. Essi hanno il pregio, da un lato, di fornire dati altamente informativi, in grado per esempio di evidenziare le modalità di verifica del fatto utili all'elaborazione di successive strategie di contrasto; dall'altro, forniscono la possibilità di misurare il fenomeno a intervalli, rilevando cioè la stessa esperienza in momenti diversi. Allo stesso tempo, però, tali indicatori possono rendere difficile l'emersione del fenomeno perché, basandosi su esperienze dirette, l'intervistato si espone a una potenziale ammissione di comportamenti penalmente rilevanti o socialmente riprovevoli.

In ogni caso, come da più parti rilevato<sup>25</sup>, il rischio di creare un'immagine distorta

---

<sup>22</sup> Si veda R. CANTONE nella prefazione del libro di G. TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione tra realtà e rappresentazione ovvero: come si può alterare la reputazione di un Paese*, cit., che tratta del tema, p. 10. G. Tartaglia Polcini definisce tale paradosso il paradosso del Trocadero, si veda, anche, G. TARTAGLIA POLCINI, *Il paradosso del Trocadero*, cit. dove evidenzia che è necessario tenere conto delle peculiarità ordinamentali che sussistono nel nostro sistema giuridico come "sistema a tenuta forte nel contrasto alla corruzione: l'autonomia del pubblico ministero, l'indipendenza della magistratura in genere, l'obbligatorietà dell'azione penale, l'assoluta libertà di stampa in ordine alla pubblicazione anche delle notizie di reato fin dalle prime battute dell'indagine".

<sup>23</sup> Si veda S. ANDERSSON – P. M. HEYWOOD, *The politics of perception: use and abuse of Transparency International's approach to measuring corruption*, cit., p. 749. Gli Autori evidenziano, infatti, che "however, we do need to be aware that any conception of corruption implies an understanding of what we take to be the 'uncorrupt' state of affairs in whatever area we are discussing", p. 750.

<sup>24</sup> Sul punto si veda il Manuale UNODC, cit., p. 23, [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Crime-statistics/CorruptionManual\\_2018\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Crime-statistics/CorruptionManual_2018_web.pdf).

<sup>25</sup> Per tutti si veda S. ANDERSSON – P. M. HEYWOOD, *The politics of perception: use and abuse of Transparency International's approach to measuring corruption*, cit., p. 746, nonché G. TARTAGLIA

ha notevoli conseguenze reputazionali sul piano internazionale. La diffusione degli indicatori percettivi ha infatti comportato effetti diversi e ulteriori rispetto alla mera analisi statistica della corruzione, perché i risultati di tale analisi sono stati assunti come parametro di affidabilità di un Paese. È noto, infatti, che il fenomeno corruttivo determina un abbassamento del livello degli investimenti nazionali e internazionali<sup>26</sup> poiché produce un aumento dei costi di produzione – il pagamento della tangente si aggiunge al costo normale dell’impresa, diminuendo peraltro il livello di qualità della prestazione per la collettività. Non solo. Un Paese che risulta molto permeabile alla corruzione sarà anche soggetto, per assurdo, a maggiori investimenti delle organizzazioni criminali. Da più parti è stato, pertanto, ipotizzato<sup>27</sup> che il CPI sia stato usato per fini che non gli appartengono, rischiando di non valorizzare gli sforzi di contrasto alla corruzione.

Tali argomentazioni suscitano molte riflessioni e un ripensamento della centralità degli indici soggettivi, specie basati sulla percezione della corruzione<sup>28</sup>. C’è da dire che, se guardiamo al CPI, *Transparency International* sottolinea più volte, nella metodologia di indagine, che il suo indicatore si basa, in primo luogo – appunto – sulla percezione, in secondo luogo sulla percezione non di tutta la corruzione, ma solo di quella pubblica. In altri termini, il suo scopo è limitato: misurare la percezione della corruzione nel settore pubblico dal punto di vista di imprenditori e esperti. In questo senso, *Transparency International*, misurando la percezione, coglie nel segno quando ha come obiettivo quello di valutare la fiducia nelle istituzioni.

Per quanto concerne, invece, le critiche tecnico-metodologiche, rivolte in particolare all’indice di *Transparency International*, esse sono significative. Come abbiamo detto, il CPI è un indicatore composito, costituito cioè da un insieme di indicatori elementari che vengono aggregati. In questi casi, le tecniche statistiche impongono una “standardizzazione” del dato. Si tratta, in altre parole, di un processo

---

POLCINI, *La corruzione tra realtà e rappresentazione ovvero: come si può alterare la reputazione di un Paese*, cit., p. 10.

<sup>26</sup> G. TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione tra realtà e rappresentazione ovvero: come si può alterare la reputazione di un Paese*, cit., p. 15.

<sup>27</sup> S. ANDERSSON – P. M. HEYWOOD, *The politics of perception: use and abuse of Transparency International’s approach to measuring corruption*, cit., p. 747.

<sup>28</sup> A titolo di esempio è interessante uno studio svolto da G. O. ERLINGSSON – G. H. KRISTINSSON, *Measuring corruption: whose perceptions should we rely on? Evidence from Iceland*, cit., sull’Islanda. Tra il 2004 e il 2005 tale Paese si trovava tra i meno corrotti del mondo secondo il CPI. Il caso è interessante perché, come è noto, l’Islanda ha subito il crollo finanziario nel 2008. Gli Autori pertanto si interrogano sul fatto che le percezioni che vengono valutate da tali indici fanno spesso riferimento a esperti stranieri, estranei quindi al Paese analizzato. Il punto è che la scelta della tipologia di esperti e quali domande vengono loro presentate è cruciale, si veda p. 216.

necessario quando si combinano degli indicatori che sono diversi tra loro<sup>29</sup> per garantire la correttezza della loro comparazione. Senza poter entrare nel dettaglio del dibattito sul punto, che certamente fuoriesce dallo scopo del presente lavoro, è interessante osservare che il CPI, sulla scorta di indicazioni del *Joint Research Centre* della Commissione Europea, è stato aggiornato e adeguato cercando di correggere, nel 2012, alcune storture che poteva produrre la precedente metodologia di rilevazione<sup>30</sup>. Nonostante questo aggiornamento sul piano metodologico, alcuni aspetti problematici restano attuali. Tuttora, per esempio, l'indice poggia sull'utilizzo di una scala che va da 0 a 100. Come è stato rilevato<sup>31</sup> tale scala rischia di non differenziare sufficientemente le posizioni nella classifica non consentendo di apprezzare le differenze che possono sussistere a parità di punteggio. La problematicità di una scala che va da 0 a 100, si badi, vale sia per il Paese che perde anche solo un punto, così come per il Paese che acquista anche solo un punto, guadagnando così molte posizioni e premiando dunque variazioni minime di punteggio.

B) Le critiche agli indicatori oggettivi riguardano, da un lato, la loro strutturale incapacità di intercettare il fenomeno sommerso basandosi, ad esempio, su denunce o indicatori economici, dall'altro, la limitatezza delle informazioni disponibili presso le autorità di supervisione. Tali indicatori oggettivi, pertanto, fotografano un punto del panorama che comunque non riescono a mettere a fuoco nel suo insieme<sup>32</sup>.

Gli indicatori oggettivi, inoltre, faticano a prestarsi a confronti su scala globale proprio perché per farlo è necessario che siano ben chiariti i formanti che caratterizzano un sistema, i quali difficilmente possono essere tradotti in una formula matematica: si pensi alla possibilità di comparare reati previsti nei singoli ordinamenti, agli elementi che caratterizzano l'esercizio dell'azione penale, o all'impatto dei media.

---

<sup>29</sup> Sulla metodologia di T.I. si veda [https://images.transparencycdn.org/images/CPI2023\\_TechnicalMethodologyNote\\_EN.pdf](https://images.transparencycdn.org/images/CPI2023_TechnicalMethodologyNote_EN.pdf). Ancora, sul punto, S. ANDERSSON – P.M. HEYWOOD, *The politics of perception: use and abuse of Transparency International's approach to measuring corruption*, cit. È però importante rilevare che si tratta di uno studio del 2009, precedente all'aggiornamento della standardizzazione e della metodologia effettuato da T.I.

<sup>30</sup> Sul punto si veda anche l'intervento di M.C. FERRARIO, Vice Presidente di Transparency International Italia al webinar citato e promosso da EURISPES, <https://eurispes.eu/news/atti-del-webinar-dialogo-sulla-misurazione-della-corruzione/>.

<sup>31</sup> S. ANDERSSON – P.M. HEYWOOD, *The politics of perception: use and abuse of Transparency International's approach to measuring corruption*, cit., p. 754.

<sup>32</sup> <https://www.anticorruzione.it/-/come-misurare-la-corruzione-il-nuovo-portale-anac>.

## 5. Il caso dell'Italia e il nuovo indice di misurazione della corruzione elaborato da ANAC

Dal 2020, ANAC coordina il progetto “Misurare il rischio di corruzione a livello territoriale e promuovere la trasparenza” nell’ambito del quale si propone di progettare metodologie per il calcolo degli indicatori, coinvolgendo attori istituzionali, ricercatori e ONG.

Il lavoro di ANAC<sup>33</sup> si colloca, pertanto, nel dibattito internazionale sui criteri di misurazione della corruzione prendendo una posizione specifica all’interno dello stesso. Da un lato, infatti, critica il diffuso indice soggettivo basato sulla percezione della corruzione, accogliendo invece un indice di rischio corruttivo<sup>34</sup> periodicamente rilevato; dall’altro, critica la scelta di misurare il fenomeno attraverso un unico indicatore complessivo<sup>35</sup>.

ANAC elabora dunque tre diversi prodotti: il primo che comprende degli indicatori di contesto, il secondo che riguarda gli indicatori di rischio negli appalti e il terzo che riguarda gli indicatori di rischio a livello comunale.

Gli indicatori di contesto misurano il rischio corruttivo sulla base di quattro domini: la criminalità, l’istruzione, il capitale sociale e l’economia del territorio<sup>36</sup> che, assieme ad altri indicatori elementari, vanno a comporre un indicatore composito di contesto complessivo. Lo scopo è quello di analizzare la distribuzione del rischio corruttivo sul territorio in relazione a specificità ambientali, considerando l’economia locale, la presenza di criminalità, e in generale il tessuto sociale al fine di individuare dinamiche che possono attivare una propensione corruttiva. Questa metodologia fornisce, dunque, una misura altamente informativa sulle caratteristiche del fenomeno<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Interessanti sul punto, G. ABBATINO – F. SBICCA, *Il percorso dell’ANAC per la misurazione della corruzione: gli indicatori di rischio*, cit.; ANAC, *Misurazione del rischio di corruzione a livello territoriale e promozione della trasparenza*, in <https://www.anticorruzione.it/il-progetto>.

<sup>34</sup> Cfr. <https://www.anticorruzione.it/-/come-misurare-la-corruzione-il-nuovo-portale-anac>.

<sup>35</sup> Cfr. sul punto G. ABBATINO – F. SBICCA, *Il percorso dell’ANAC per la misurazione della corruzione: gli indicatori di rischio*, cit.

<sup>36</sup> Ciascuno di questi domini integra un singolo indicatore composito. Per approfondimenti si veda [https://www.anticorruzione.it/documents/91439/39343313/Scheda\\_INDICATORI\\_CONTESTO.pdf/b137ac84-46b7-d3a8-21b2-c1fbc8afe0e0?t=1658141762460](https://www.anticorruzione.it/documents/91439/39343313/Scheda_INDICATORI_CONTESTO.pdf/b137ac84-46b7-d3a8-21b2-c1fbc8afe0e0?t=1658141762460).

<sup>37</sup> Cfr. la scheda degli Indicatori di contesto di ANAC, p. 2, reperibile in <https://www.anticorruzione.it/documents/91439/39343313/Scheda+INDICATORI+CONTESTO+-+Aggiornamento+giugno+2024.pdf/5dcb9f15-6466-5a0e-8ebe-82410530aec5?t=1719570906440>.

A questi indicatori di contesto si aggiungono 17 indicatori di rischio negli appalti e 5 indicatori che misurano il rischio di corruzione a livello comunale.

Gli indicatori di rischio corruttivo negli appalti prendono in considerazione gli acquisti di tutte le amministrazioni localizzate su base provinciale e sono distinti per oggetto contrattuale, settore e anno di pubblicazione degli acquisti stessi<sup>38</sup>. Essi sono centrali per la funzione di vigilanza di ANAC che si avvale delle informazioni presenti nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici.

Gli indicatori di rischio a livello comunale, infine, raggruppano possibili variabili significativamente associate al verificarsi di episodi di corruzione in una singola amministrazione<sup>39</sup>. ANAC, infatti, evidenziando l'opportunità di disaggregare i dati a livello locale utilizza, come unità di analisi, il singolo comune e l'indagine viene condotta sull'intera popolazione statistica di comuni con popolazione pari o superiore ai 15 mila abitanti a fine 2019<sup>40</sup>.

Il numero di indicatori presi pertanto in considerazione da ANAC (siano essi elementari o compositi) è piuttosto elevato poiché si tratta di 70 *red flags* che costituiscono un campanello d'allarme in contesti territoriali esposti a fenomeni corruttivi. Questi indicatori sono resi disponibili sul Portale di ANAC che condivide delle *dashboard* navigabili.

Il lavoro di ANAC è significativo. Non solo prende in considerazione un numero elevato di indicatori, ma offre dei dati disaggregabili. Fornendo, inoltre, un indice sintetico rende il risultato della ricerca facilmente intellegibile all'esterno ma esso, allo stesso tempo, si presta a una comprensione profonda dei singoli elementi che lo costituiscono. Gli studi di ANAC, inoltre, raggiungono un livello di disaggregazione territoriale importante, avendo peraltro il pregio di muoversi in un contesto giuridico-istituzionale uniforme. È opportuno precisare, comunque, che si tratta di indicatori di rischio che, quindi, per loro natura non individuano effettivi e specifici fenomeni corruttivi. Del resto, tali indicatori sono funzionali per l'attività di ANAC al fine di implementare politiche e azioni anticorruzione.

---

<sup>38</sup> Cfr. la scheda sugli Indicatori rischio corruttivo negli appalti, p. 1 reperibile in [https://www.anticorruzione.it/documents/91439/39343313/Scheda\\_INDICATORI\\_RISCHIO\\_CORRUTTIVO\\_APPALTI.pdf/ea4ddb99-bbb1-7000-29cf-280a853bbb0c?t=1658141962383](https://www.anticorruzione.it/documents/91439/39343313/Scheda_INDICATORI_RISCHIO_CORRUTTIVO_APPALTI.pdf/ea4ddb99-bbb1-7000-29cf-280a853bbb0c?t=1658141962383).

<sup>39</sup> Cfr. la scheda Indicatori di rischio a livello comunale, p. 1 reperibile in <https://www.anticorruzione.it/rischio-a-livello-comunale>.

<sup>40</sup> Le informazioni sono state reperite attraverso la raccolta di schede delle relazioni dei Responsabili della Prevenzione della Corruzione e Trasparenza.

## 6. L'impegno dello *United Nations Office on Drugs and Crime* e dell'*Anti-Corruption Working Group* istituito presso il G20. L'importanza dei c.d. fori multilaterali globali per la comprensione e il contrasto del fenomeno corruttivo

Un'immagine<sup>41</sup> invalsa della corruzione è quella dell'iceberg: il ghiaccio emerso e galleggiante è solo una minima parte di quello sommerso, che costituisce la quasi totalità del volume dell'iceberg. Come l'iceberg, la corruzione è un fenomeno la cui cifra oscura, non emersa, la rende difficilmente osservabile.

Come abbiamo precisato, alle difficoltà di emersione del fenomeno si aggiungono quelle in merito alla scelta della metodologia e degli indicatori da utilizzare ai fini della misurazione. Gli indici soggettivi e oggettivi possono, infatti, presentare *bias* in grado di influenzare l'informazione che da essi deriva, con ripercussioni importanti sul piano reputazionale per il singolo Paese analizzato.

L'elaborazione di standard condivisi e di metodologie comuni che abbiano come obiettivo, non tanto l'assegnazione di un punteggio all'interno di una classifica, ma la creazione di strumenti di prevenzione e di contrasto al fenomeno corruttivo è particolarmente significativa perché consente, l'elaborazione di indicatori che rendano i dati dei singoli Stati comparabili e che, allo stesso tempo, possano indirizzare, a livello metodologico, le rilevazioni da essi condotte.

È, pertanto, interessante richiamare che l'UNODC, nel 2023, ha adottato una serie di principi, i *Vienna Principles towards a Global Framework for the Measurement of Corruption* (c.d. Principi di Vienna) che hanno come obiettivo quello di fornire, considerata la complessità del fenomeno corruttivo, una guida per lo sviluppo e l'uso di indicatori e metodologie affidabili nella misurazione della corruzione. La ricerca di standard condivisi si pone in linea con quanto richiesto, del resto, dalla stessa UNCAC all'art. 61<sup>42</sup> che richiama la necessità di raccogliere e diffondere dati sulla corruzione.

I c.d. Principi di Vienna costituiscono un documento di notevole importanza

---

<sup>41</sup> Per tutti, sulla visualità del diritto penale, M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017.

<sup>42</sup> Si veda appunto l'art. 61 "Raccolta, scambio ed analisi delle informazioni sulla corruzione": "1. Ciascuno Stato Parte considererà la possibilità di analizzare, in consultazione con esperti, le tendenze della corruzione nel proprio territorio, nonché le circostanze in cui sono commessi i reati di corruzione. 2. Gli Stati Parte considereranno la possibilità di sviluppare e condividere tra loro ed attraverso organizzazioni internazionali e regionali, statistiche, esperienza analitica riguardante la corruzione ed informazioni finalizzate ad elaborare, nei limiti del possibile, definizioni, norme e metodologie comuni, così come informazioni sulle pratiche migliori per prevenire e combattere la corruzione. 3. Ciascuno Stato Parte considererà la possibilità di monitorare le proprie politiche e le attuali misure per combattere la corruzione e di valutare l'efficacia e l'efficienza delle stesse".

perché sottolinea non solo la centralità della nozione di corruzione oggetto della misurazione, ma anche di una metodologia trasparente e neutrale. I dati, infatti, devono prendere in considerazione le differenze politiche, normative e istituzionali dei singoli Paesi.

L'impegno che l'UNODC ha profuso nell'elaborazione di metodologie condivise ha riguardato anche l'elaborazione, nel 2018, di un "manuale"<sup>43</sup> avente come scopo quello di presentare una ricognizione delle possibili metodologie di misurazione della corruzione e, allo stesso tempo, di pregi e difetti delle stesse.

Sotto quest'ultimo profilo, è significativo che il manuale prenda una posizione nel dibattito in tema di indici ed evidenzi la criticità degli approcci che misurano indirettamente la corruzione, cioè quelli più largamente diffusi. Ciò in ragione del fatto che difficilmente, attraverso queste metodologie, è possibile disaggregare il dato e reperire informazioni di dettaglio. Inoltre, l'utilizzo di indicatori compositi che, come abbiamo precisato, racchiudono una pluralità di dati sintetizzati in un punteggio unico finale (si pensi appunto ai punteggi del CPI) non sempre consentono di apprezzare le loro componenti.

Pensiamo agli indicatori di ANAC, essi costituiscono sì un indicatore composito, ma allo stesso tempo scomponibile e trasparente. Se misurare il livello di rischio di corruzione sul territorio nazionale è senza dubbio operazione più semplice rispetto a una rilevazione su scala globale, cionondimeno si tratta di uno sforzo metodologico necessario se si vuole fornire risultati altamente informativi per il legislatore. In altri termini, è necessario che il dato sia disaggregabile per analizzare nel dettaglio le diverse componenti del fenomeno ed elaborare strumenti di prevenzione e di contrasto.

Inoltre, la presenza di una pluralità di indicatori che restano autonomi, malgrado richieda un maggiore impegno nell'interpretazione dei risultati, restituisce un collage che evita di prestarsi a distorsioni interpretative. Un esempio potrà chiarire il punto<sup>44</sup>. Un alto livello di condanne per corruzione in un Paese può significare un alto livello di corruzione, ma anche un alto livello di risposta del sistema repressivo dello Stato rispetto al fenomeno. Orbene, solo una lettura combinata degli indicatori potrà fornire un dato metodologicamente affidabile sul livello di corruzione in un Paese e l'UNODC invita i singoli Stati a adottare questo genere di approccio.

L'UNODC, nel 2023, ha anche elaborato la versione consolidata dello *Statistical*

---

<sup>43</sup> [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Crime-statistics/CorruptionManual\\_2018\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Crime-statistics/CorruptionManual_2018_web.pdf).

<sup>44</sup> Si veda sul punto la ricerca dell'UNODC, cit., p. 8.

*Framework to measure corruption*<sup>45</sup> che ha dato luce addirittura all'elaborazione un *framework* di indicatori che comprendono misurazioni dirette e indirette, aventi lo scopo di fornire agli Stati uno strumento per orientare la rilevazione interna e, conseguentemente, supportare la legislazione sul tema.

In questo contesto, il lavoro portato avanti, dal 2010, dal G20 ACWG<sup>46</sup> è risultato centrale al fine di creare azioni condivise per la comprensione e per il contrasto alla corruzione su scala internazionale. L'Italia, che nel 2023 lo ha co-presieduto, ha potuto partecipare alle discussioni di questo importante foro internazionale, anche grazie all'intervento del Consiglio Superiore della Magistratura<sup>47</sup>, intervento questo che costituisce una novità assoluta della presente consiliatura.

L'importanza di questi fori globali non deve essere sottovalutata, specie alla luce dell'attuale critico assetto delle relazioni internazionali, perché consente ai vari Paesi di parlarsi direttamente e cooperare nell'ambito del contrasto di gravissime attività criminali. L'elaborazione, ad esempio, delle c.d. *Guide* ha una fondamentale funzione nel rendere i sistemi di contrasto chiari e comprensibili dall'esterno oltre a essere un'occasione, nella loro fase di elaborazione, di confronto e scambio – anche culturale – tra i Paesi che le redigono perché richiedono una metodologia comune e una comune sensibilità per l'analisi comparatistica.

Sotto il profilo della misurazione della corruzione, l'Italia è riuscita a porre l'attenzione sul problema della misurazione della corruzione fin dal 2017 e nel meeting

<sup>45</sup> Il *first draft* è reperibile in [https://unstats.un.org/UNSDWebsite/statcom/session\\_54/documents/BG-4d-Framework-E.pdf](https://unstats.un.org/UNSDWebsite/statcom/session_54/documents/BG-4d-Framework-E.pdf). Alla conferenza di Atlanta è stato presentato il documento reperibile in <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session10/CAC-COSP-2023-CRP.10.pdf> a seguito dell'elaborazione dei c.d. Principi di Vienna. L'UNODC ha sviluppato anche una guida per gli Stati elaborando 153 indicatori sulla corruzione. In quest'ottica, lo *Statistical Framework*, da un lato, precisa che la definizione di corruzione accolta nello studio è quella dell'UNCAC e, dall'altro, combina le misurazioni dirette e indirette. Tale interessante documento è reperibile in [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/corruption/UNODC\\_Statistical\\_Framework\\_to\\_measure\\_corruption.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/corruption/UNODC_Statistical_Framework_to_measure_corruption.pdf).

<sup>46</sup> Si veda <https://www.unodc.org/corruption/en/tools-and-services/g20-anti-corruption-resources/by-thematic-area.html>, dove si evidenzia che le aree di interesse del *Working Group* riguardano: “public and private sector integrity and transparency, bribery, international cooperation, asset recovery, beneficial ownership transparency, vulnerable sectors and capacity-building”.

<sup>47</sup> In Consiglio Superiore della Magistratura si è impegnato in ambito internazionale sotto vari punti di vista, tanto nell'ambito del G20, quanto nell'ambito dell'ONU con particolare riferimento alle attività del G7 e del programma EL PACcTO, programma di coordinamento e supporto all'attività giudiziaria a livello internazionale contro il crimine transnazionale organizzato in favore dei Paesi latinoamericani e caraibici. In particolare, l'apporto tecnico-giuridico del Consiglio Superiore al ACWG ha consentito di elaborare documenti e linee guida che orientano l'armonizzazione dei sistemi legislativi, giudiziari e amministrativi anticorruzione, come pure le attività di contrasto alla corruzione nel settore privato.

di Calcutta del 2023 è riuscita, grazie a un importante lavoro svolto sul piano della cooperazione nel ACWG, ad aggiungere nel *G20 Anti-Corruption Ministerial Meeting*, all'interno dell'“*Outcome Document and Chair's Summary*” il paragrafo 21 nel quale i Paesi presenti si impegnano a riconoscere l'importanza di una misurazione effettiva della corruzione nelle sue varie forme, grazie all'impiego di metodologie solide e fondate su evidenze empiriche<sup>48</sup>.

Nel *meeting* di Natal di ottobre del 2024, nel *G20 Anti-Corruption Working Group Action Plan 2025-2027*<sup>49</sup> è stato inserito, nella quarta delle cinque priorità del Piano, che deve essere data rilevanza centrale alle *good practices* per implementare la UNCAC, tra cui nuovi modi di misurare e identificare i rischi di corruzione del settore pubblico. Inoltre, nella “*Ministerial Declaration*”<sup>50</sup> viene richiamata la risoluzione 10/4<sup>51</sup> della Conferenza degli Stati Parte della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (UNCAC), intitolata “*Metodologie e indicatori per misurare la corruzione e l'efficacia dei quadri anticorruzione*”, incoraggiando a cooperare per proseguire il lavoro iniziato proprio con i Principi di Vienna<sup>52</sup>. L'obiettivo è infatti quello

---

<sup>48</sup> In particolare, “21. We recognize the importance of effectively measuring corruption, including in its various forms, by using evidence-based and reliable frameworks. We will continue our engagement and collaboration with the international organizations and other stakeholders in this respect”, reperibile in [https://www.unodc.org/documents/corruption/G20-Anti-Corruption-Resources/Leaders-Communiques/2023\\_G20\\_Anti-corruption\\_Ministerial\\_Meeting\\_Outcome\\_Document\\_and\\_Chairs\\_Summary.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/G20-Anti-Corruption-Resources/Leaders-Communiques/2023_G20_Anti-corruption_Ministerial_Meeting_Outcome_Document_and_Chairs_Summary.pdf).

<sup>49</sup> Reperibile in [https://track.unodc.org/uploads/documents/corruption/G20-Anti-Corruption-Resources/Action-Plans-and-Implementation-Plans/2024\\_G20\\_Brazil\\_ACWG\\_Action\\_Plan\\_2025-2027.pdf](https://track.unodc.org/uploads/documents/corruption/G20-Anti-Corruption-Resources/Action-Plans-and-Implementation-Plans/2024_G20_Brazil_ACWG_Action_Plan_2025-2027.pdf).

<sup>50</sup> Reperibile in [https://track.unodc.org/uploads/documents/corruption/G20-Anti-Corruption-Resources/Leaders-Communiques/2024\\_G20\\_Brazil\\_Anti-Corruption\\_Ministerial\\_Declaration.pdf](https://track.unodc.org/uploads/documents/corruption/G20-Anti-Corruption-Resources/Leaders-Communiques/2024_G20_Brazil_Anti-Corruption_Ministerial_Declaration.pdf). Si veda il punto 18 che così specifica: “We recall the UNCAC CoSP resolution 10/4 entitled “Methodologies and indicators for measuring corruption and the effectiveness of anti-corruption frameworks”, and encourage the ACWG to cooperate with UN bodies and relevant institutions and experts to continue the work in the area of the measurement of corruption and in the assessment of the effectiveness of anti-corruption policies and measures, and to support international initiatives in this regard. We will consider promoting, where appropriate, the application of the “Vienna Principles towards a Global Framework for the Measurement of Corruption” if countries choose to develop measurement and assessment methodologies and indicators to complement national efforts and achieve greater accuracy, reliability and usefulness, which may lead to more effective anti-corruption strategies and policies. We welcome the holding of the first global conference on the measurement of corruption entitled “Harnessing Data to Improve Corruption Measurement”, in Vienna on 31 August and 1 September 2023, and encourage the attendance to its future sessions”.

<sup>51</sup> Si veda <https://www.unodc.org/corruption/en/cosp/conference/session10-resolutions.html#Res.10-4>.

<sup>52</sup> Reperibile in [https://grace.unodc.org/grace/uploads/documents/news/2023-08-Global\\_Conference\\_Measurement\\_of\\_Corruption/Global\\_Conference\\_Corruption\\_Measurement\\_-\\_Vienna\\_Principles\\_Conference\\_Report.pdf](https://grace.unodc.org/grace/uploads/documents/news/2023-08-Global_Conference_Measurement_of_Corruption/Global_Conference_Corruption_Measurement_-_Vienna_Principles_Conference_Report.pdf).

di raggiungere una maggiore accuratezza, affidabilità e utilità dei dati che possano condurre a strategie e politiche anticorruzione più efficaci.

Sul punto è interessante evidenziare che a dicembre 2025 è attesa una seconda conferenza globale per continuare a contribuire all'applicazione pratica di questi principi, nonché al lancio di una *dashboard* globale sull'anticorruzione<sup>53</sup>. Come è noto, le *dashboard* sono delle interfacce che consentono di visualizzare dati su un determinato tema, permettendo all'utente di personalizzare l'interrogazione della banca dati sulla base delle sue esigenze conoscitive. Il lancio della *Global Anti-Corruption Digital Dashboard* sarà certamente un passaggio pratico importante destinato a fissare i termini del dibattito intorno al tema della misurazione della corruzione.

## 7. Brevi spunti conclusivi

Il panorama sin qui delineato fa emergere tutta la difficoltà di cui parlavamo all'inizio. Sebbene il tema della corruzione sia una costante negli studi penalistici, la necessità di confrontarsi con altre materie, in un'ottica interdisciplinare, non deve essere sottovalutata. Raramente, infatti, chi si occupa di diritto penale si confronta in modo approfondito con le scienze economiche, politiche, sociali o statistiche. L'importanza della creazione di un terreno di confronto con altre discipline è centrale al fine di trovare un linguaggio condiviso e utile nell'elaborazione di efficaci strategie di prevenzione e di contrasto. Del resto, l'approccio integrato è utilizzato non solo da giuristi di altri Paesi, ma è un aspetto saliente dell'attività che si realizza nei fori multilaterali globali.

Orbene, le scienze statistiche offrono molteplici metodologie volte a misurare la corruzione, utilizzando indici soggettivi e indicatori di tipo oggettivo. Tali strumenti possono essere molto utili per il giurista per avere contezza del fenomeno sul piano empirico nelle sue variegata sfaccettature che non includano esclusivamente il dato giudiziario, ma ricomprendano tutte quelle informazioni che possono essere utili all'attività di prevenzione e repressione del fenomeno corruttivo. Dal canto suo, il giurista è chiamato a delineare una definizione giuridica valida e condivisa a livello sovranazionale, che tenga conto delle peculiarità normative dei singoli Stati. Le rilevazioni statistiche sviluppate allora intorno a tale concetto potranno essere solide non solo sul piano metodologico-quantitativo, ma su quello giuridico-concettuale per essere utili, in ultima analisi, all'attività del legislatore.

---

<sup>53</sup> Si veda <https://indico.un.org/event/1019059/>.

## ABSTRACT

*La corruzione è un fenomeno sommerso, caratterizzato da un'ampia cifra oscura. Il dibattito in tema di misurazione della corruzione, pertanto, è tanto centrale quanto complesso, risultando dirimenti da un lato, la definizione del concetto di "corruzione", dall'altro, la scelta dell'indicatore. Nel più recente dibattito in tema, l'UNODC e l'ACWG del G20 hanno cercato di elaborare standard e metodologie di rilevazione condivise, al fine di evitare le aporie di alcuni indici – non ultimo quello percettivo di Transparency International – che possono prestarsi a bias con notevoli ripercussioni sul piano politico, economico e sociale del Paese monitorato. In questo quadro si analizzerà anche il lavoro di ANAC che ha recentemente elaborato degli indicatori di rischio corruttivo. Il tema della misurazione della corruzione non può essere sottovalutato dal penalista poiché resta centrale per elaborare strategie di prevenzione e contrasto al fenomeno.*

## PAROLE CHIAVE

Corruzione – Cifra oscura – Misurazione della corruzione – Indicatori di percezione – Indicatori oggettivi – CPI *Transparency International* – ANAC – *Vienna Principles*

\* \* \*

A NEW CHALLENGE FOR CRIMINAL LAW SCHOLARS.  
INSIGHTS INTO THE MEASUREMENT OF CORRUPTION

## ABSTRACT

*Corruption is a hidden phenomenon, characterized by a large "dark figure" of unreported cases. The debate on how to measure corruption is therefore as central as it is complex, hinging, on the one hand, on the definition of "corruption" and, on the other, on the choice of indicator. In the most recent discussion on the topic, UNODC and the G20's Anti-Corruption Working Group (ACWG) have sought to develop shared standards and survey methodologies, so as to avoid the shortcomings of certain indices—most notably Transparency International's perception index—which can be subject to bias with significant political, economic, and social repercussions for the country being monitored. Within this framework, the work of ANAC, which has recently developed indicators of corruption risk, will also be analyzed. The measurement of corruption cannot be underestimated by criminal law scholars, as it remains pivotal to devising strategies to prevent and combat the phenomenon.*

## KEYWORDS

Corruption – Dark figure – Measurement of corruption – Perception indicators – Objective indicators – CPI *Transparency Internationale* – ANAC – *Vienna Principles*



# IL PROCESSO PENALE LIBERALE NELLA POSTMODERNITÀ. ANACRONISMO O COSTANTE ATTUALITÀ DI UN IDEALE? \*

DANIELE NEGRI \*\*

SOMMARIO 1. Una definizione di “processo penale liberale”. – 2. Il canone basilare della presunzione di innocenza. – 3. Il vincolo strutturale alla legalità processuale. – 4. Tre momenti fatali. – 5. Sacerdoti e mercanti della postmodernità.

## 1. Una definizione di “processo penale liberale”

Credo di dovere il privilegio di coordinatore del dibattito all’amicizia di Francesco Iacopino, agli anni di impegno nel Centro studi dell’Unione delle Camere Penali, e, infine, al fatto – non è un segreto – d’averne distillato e contribuito personalmente a scrivere i «principi di un processo penale liberale» che figurano in catalogo nella seconda metà del «Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo», all’origine della nostra discussione. Un documento prezioso, quest’ultimo, poiché raccoglie e organizza il pensiero di chi, come me e l’amico Luca Marafioti, anche tra gli accademici si ostina a richiamarsi, per l’appunto, agli ideali e alla cultura giuridica del penale liberale.

La formulazione genuina è rimasta in apertura della seconda sezione del «Manifesto», dove l’immagine del processo penale «liberale» campeggia per la prima volta – se non m’inganno – in un programma stilato da giuristi. L’espressione potrà arrivare insolita, essendo ormai abituati a orientarci in base alla categoria consacrata del «giusto processo», difatti riproposta in omaggio alla Costituzione nel titolo generale del «Manifesto». Ma il significato della prima qualificazione non si esaurisce in quello dell’altra; anzi – notiamo anzitutto – essa aggiunge non poco al valore della seconda. Vi apporta, precisamente, l’indispensabile coefficiente politico che là è deperito, stemperato, svaporato col tempo – vedremo – a forza di mischiare, modulare, adulterare gli ingredienti.

In primo luogo dobbiamo allora chiarire meglio che cosa intendiamo esattamente riferendoci al processo penale liberale. E accennare almeno – se riuscisse istruttivo – a dove, quando e per quanto tempo tale costruzione giuspolitica abbia potuto

---

\* È il testo – rivisto nella forma e corredato delle note essenziali – dell’intervento introduttivo alla prima tavola rotonda (sessione del 18 novembre 2023) del convegno «Il paradigma liberale nel diritto penale post moderno: un *requiem* evitabile?» (Camera penale di Catanzaro “Alfredo Cantàfora”). Lo scritto è destinato alla pubblicazione nel volume che raccoglie gli atti del convegno.

\*\* Professore ordinario di diritto processuale penale nell’Università di Ferrara.

attecchire. Siamo infatti chiamati alla diagnosi capitale sulle aspettative di sopravvivenza del nostro «paradigma» nell'attuale fase storica, insistentemente accreditata del salto epocale al «diritto postmoderno»<sup>1</sup>: abusato *cliché* di tanta letteratura in voga e – quel che più conta – autentico alibi di tutte le innumerevoli forme di rigetto dei principi garantistici elaborati a partire dal Settecento riformatore, le quali hanno profittato del congedo dalle conquiste illuministiche per dilagare quasi indisturbate da trent'anni almeno, sino a stabilizzarsi nel linguaggio pubblico e a ricevere diffusa approvazione. È questo potente motivo conduttore – quasi una profezia che si autoavvera – a sollecitare la risposta all'interrogativo bruciante qui sollevato: se, cioè, l'*èthos* liberale del processo sia destinato fatalmente a estinguersi oppure rimanga qualche margine di combattiva speranza in un futuro meno oscuro.

Ebbene, in rapida sintesi il processo liberale, con la scienza giuridica che ne è custode, mira a innalzare e a salvaguardare un insieme di limiti stringenti contro il perenne tentativo – palese o subdolo – di piegare a favore dell'autorità l'irriducibile antagonismo tra i due distinti interessi in conflitto, nel senso che l'individuo colpito da un'accusa penale, soggetto cui spetta deontologicamente il primato, va mantenuto in condizione di difendere al massimo grado la propria libertà dall'attacco degli organi muniti del potere di perseguimento dei reati, per natura incline a scivolare nell'arbitrio.

## 2. Il canone basilare della presunzione di innocenza

Tra le componenti di questo modello, almeno due meritano uno sguardo ravvicinato poiché ne fondano e sorreggono, rispettivamente, l'architettura.

Il primo canone, basilare, è la presunzione di innocenza, postulato dal quale dipende la stessa identità del processo penale come categoria autonoma dell'esperienza sociale. Nell'ottica liberale il diritto punitivo si compone infatti di due emisferi – reato e processo – che è salutare rimangano tra loro separati. Ogni impulso antiliberale si riconosce precisamente dalla tentazione atavica di accorciare, sino a cancellare, quel tratto intermedio di strada che separa l'imperativo della norma incriminatrice dalla

---

<sup>1</sup> Tra i processualpenalisti inclini a questa posizione, in base alle note suggestioni di P. GROSSI (*Novecento giuridico: un secolo postmoderno*, in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Bari, 2012), vanno annoverati almeno R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in ID., *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 163 ss.; M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, BUP, Bologna, 2012, p. 107 e 179.

pena comminata quando se ne accerti la trasgressione, considerato di ostacolo, ingombro verso la meta immancabile: la condanna accompagnata dalla sanzione. La versione estrema di questo pensiero coincide, all'atto pratico, con la violenza portata direttamente al corpo del nemico, spoglia di ogni involucro formale. È un modo di ragionare meno brutale ma non troppo diverso quello di ritenere il passaggio dal reato alla pena quale funzione di una sequenza causale, in cui al processo spetta il compito di produrre accertamenti di responsabilità; sicché esso gira a vuoto, fallisce il proprio scopo se non perviene al risultato condannatorio. Sarebbe assai formativo, per i molti seguaci dell'efficienza della giustizia penale, rileggere in questa chiave le strategie politiche all'opera nei regimi autoritari o totalitari: avrebbero dell'approccio funzionalista una considerazione più cauta. Ma quand'anche ci si fermi alle manovre dispiegate nell'ambito delle democrazie mature, non tarderemmo a rintracciare le derive di opzioni del genere – volendo restare ai luoghi emblematici – nel ripristino della cattura obbligatoria ottenuto tramite presunzioni legali di sussistenza delle esigenze cautelari e, a più vasto raggio, nella miriade di misure aventi l'attitudine a incidere gravemente sul patrimonio dell'imputato e di terzi a prescindere dalla pronuncia di una sentenza di condanna definitiva, o a infliggere consistenti *deminutio capitis* (privazione della idoneità morale a svolgere determinate attività o a ricoprire certe cariche pubbliche) sulla scorta di valutazioni anticipate, parziali e precarie di colpevolezza.

Di fronte a violazioni così patenti della presunzione di innocenza risulta quasi derisorio che il legislatore nazionale abbia inteso ridurre l'attuazione della direttiva 2016/343/UE a un problema – pur non trascurabile – di tutela della reputazione (comunicati e conferenze stampa) o a questione di galateo, di stile del fraseggio nella motivazione dei provvedimenti giudiziari<sup>2</sup>. Una concezione – diremmo – lessicale, estetica o – forse più propriamente – cosmetica del principio. Nella ruvida sostanza, invece, assistiamo alla sua concreta negazione, al plateale rovesciamento in presunzione di pericolosità dell'imputato<sup>3</sup>. Il processo penale regredisce, così, a dispositivo poliziesco<sup>4</sup>; prima ancora di perdere le forme sue essenziali scivolando negli anfratti bui delle misure di prevenzione pure e semplici, è il processo medesimo che si satura di finalità

---

<sup>2</sup> Su questi temi, v. E. MARZADURI, *Presunzione di innocenza e tutela della libertà personale dell'imputato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Dike, Roma, 2016, p. 184 ss.

<sup>3</sup> O. MAZZA, *L'imputato pericoloso*, in ID., *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 35 ss.

<sup>4</sup> Per diagnosi più approfondite intorno a questo fenomeno, sia consentito rinviare a D. NEGRI, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 44 ss.

profilattiche e assume istituzionalmente il compito di neutralizzare i rischi derivanti dallo *status libertatis* degli individui<sup>5</sup>.

### 3. Il vincolo strutturale alla legalità processuale

Il secondo canone costitutivo del paradigma liberale consiste nella «stretta» legalità processuale. Se sfugge ai giudici la necessità di rispettare quanto prevedono le disposizioni regolatrici dell'attività processuale, alludere in questo campo a vincoli di tassatività, determinatezza e precisione di dettato, o ad un divieto di retroattività sfavorevole delle norme processuali risuona agli odierni interpreti e applicatori addirittura come un'eresia.

Quell'insieme di corollari volge al tramonto – si osserva – persino sul versante della legalità penale sostanziale, dove l'esplosione incontrollata del pluralismo delle fonti ha messo in crisi una secolare tradizione dogmatica che tuttavia, malgrado l'urto dirompente, cerca almeno di mantenere, grazie alla solidità del suo impianto e ai nitidi referenti costituzionali, gli strumenti critici e il senso dell'orientamento nel dedalo inestricabile del diritto sfocato e multilivello<sup>6</sup>. La legalità processuale non può contare, viceversa, su un retroterra e un ancoraggio analoghi, sicché storicamente è rimasta una categoria debole, endemicamente fragile, esposta alle manipolazioni della prassi. I magistrati tendono a declassare le regole processuali a mere linee di orientamento, a trattarle da istruzioni approssimative suscettibili d'essere seguite con i margini di scostamento funzionali al risultato di volta in volta ritenuto preferibile. In altre parole, fatica ad imporsi la dimensione autenticamente precettiva delle norme processuali, nel senso che il codice di rito non viene percepito quale sistema di disposizioni cogenti e la legalità formale è lasciata sguarnita di indirizzi di metodo come se non ne esigesse affatto o – peggio – abbandonata ad uno sfrontato eclettismo ermeneutico.

Il principio liberale di «stretta legalità» si fonda invece sull'idea che la punibilità non dipenda solo dai presupposti fissati nelle disposizioni penali sostanziali, ma risulti altrettanto condizionata dalle regole procedurali. Il problema odierno principale, da

<sup>5</sup> Si veda in proposito il dibattito contenuto in *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Monduzzi, Bologna, 2007; nonché, volendo, le critiche contro questa deriva formulate in D. NEGRI, *Il processo penale come scriminante*, in *Il penale nella società dei diritti*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, BUP, Bologna, 2010, p. 191 ss.

<sup>6</sup> In tal senso, la riflessione di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili e intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012.

risolvere con la massima urgenza, risiede appunto nel comprendere fino in fondo che quest'ultima è componente costitutiva pariordinata del punire. Una complementarietà che non implica identità, ma pretende di munire la legalità processuale di uno statuto in grado di opporsi alla potenza creatrice dei giudici, poiché ogni variante incontrollata rispetto ai dettami del diritto positivo sfocia nel rischio di abuso e finisce per nuocere alla libertà dell'accusato. In questo senso va pienamente valorizzato il precetto derivante dall'art. 111 comma 1 Cost., il quale considera «giusto» il processo soltanto a patto che sia «regolato dalla legge»<sup>7</sup>.

Il processo penale liberale, in altre parole, implica una legalità strutturata a fattispecie chiuse, refrattarie all'analogia, insuscettibili di applicazione alle regiudicande in corso – come invece vorrebbe il criterio del *tempus regit actum* – se l'imputato ha maturato l'affidamento nella vigenza di una norma più vantaggiosa; esige fedeltà agli enunciati normativi, sia pure riletti in modo costituzionalmente e convenzionalmente orientato, operazione che non può tuttavia servire da alibi per valicare i limiti del testo scritto di origine parlamentare. In questo senso non è tollerata l'apertura dello schema formale dei precetti al bilanciamento con valori, principi o interessi non previamente calcolati dall'assemblea titolare della rappresentanza democratica, né sono consentite ricalibrature della proporzione tra le molteplici esigenze in gioco rispetto agli equilibri prefissati dal legislatore. La concezione liberale del processo, dunque, è per definizione anti-magistratuale, non in quanto nutra pregiudiziale ostilità verso chi esercita le funzioni giudiziarie, ma in ragione della sua intima attitudine a porsi quale freno, argine al più terribile dei poteri: quello di incidere sulle libertà dei singoli e, con ciò, di segnare irrimediabilmente il loro destino di vita. Là dove il potere giudiziario cresce sino al gigantismo, il processo penale liberale inevitabilmente muore. Né più, né meno.

#### 4. Tre momenti fatali

S'era anticipata l'esigenza di domandarci quando e dove abbia potuto prendere piede una versione storicamente prossima all'ideale, quesito dalla cui risposta dipende l'ottimismo o la sfiducia in un futuro risveglio del nostro paradigma. Ebbene, siamo tratti a isolare in proposito tre momenti fatali.

Riesce arduo considerare più bui degli attuali i tempi nei quali i capisaldi del

---

<sup>7</sup> La questione è stata affrontata più ampiamente in D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *Legge e potere nel processo penale*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2017, p. 43 ss.

processo penale liberale venivano per la prima volta rivendicati con scoperte intenzioni politiche e sociali, vale a dire l'epoca illuminista – tra le voci di spicco – di Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Filangieri e Pagano. Stanno lì gli albori della legalità modellatrice della procedura, concepita come garanzia imprescindibile di certezza del diritto e, insieme, di salvaguardia della persona accusata: il rispetto delle forme va di pari passo con la tutela della libertà; a misura che quelle aumentano, ne esce arginato il corso della «mal diretta potenza» e ridotto lo spazio all'arbitrio del magistrato<sup>8</sup>. La polemica sfidava – nientemeno – le strutture massicce, sia pure indebolite, dell'*ancien régime* e, difatti, servì la Rivoluzione francese per abatterle e portare in auge a livello legislativo i principi illuministi. L'assetto del processo penale che ne seguì, improntato al modello accusatorio (1791)<sup>9</sup>, fu tuttavia presto mitigato e nel giro di pochi anni la furia paranoica del Terrore, levatrice del moderno populismo penale, ebbe il sopravvento piegando i tribunali alla funzione di infimo schermo alla pronta esecuzione dei sospettati<sup>10</sup>.

La differenza rispetto ad allora consiste nel fatto che oggi – ci è stato spiegato – la rivoluzione è divenuta impossibile a causa delle inedite condizioni sociali<sup>11</sup>, non essendo più visibile la dislocazione del potere da contrastare o avendo quest'ultimo adottato tecniche e strategie seduttive. Nel settore della giustizia penale, la critica di intonazione liberale rivolta alle soluzioni legislative, agli atteggiamenti degli interpreti e alle prassi non sembra in grado di aprire una breccia in quanto la magistratura è percepita come tutrice della «sicurezza» collettiva<sup>12</sup>, sicché degli istituti processuali destinati a comprimere i diritti della difesa e le libertà dell'imputato viene esaltata la vocazione a proteggere la moltitudine di vittime potenziali di reati o a ristorare quella «in carne ed ossa» della singola condotta illecita; la «lotta» contro i fenomeni più gravi

<sup>8</sup> CH. DE S. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), vol. II, Rizzoli, Milano, 1968, p. 223-224 (Libro VI, cap. II); C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. curata da Venturi, Einaudi, Torino, 1994, p. 92.

<sup>9</sup> Cfr., per tutti, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 145 ss.; P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano, 1981.

<sup>10</sup> Sull'argomento restano insuperate la lezione di S. SATTA, *Il mistero del processo* (1949), Adelphi, Milano, 1994, p. 18 ss., e, in tempi a noi più vicini, quella di M. NOBILI, *Il processo a Luigi XVI e il valore della legalità: crisi eccezionale o costante utopia?* (1999), in ID., *Scritti inediti*, a cura di A. Camon, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2021, p. 131 ss.

<sup>11</sup> Sulle quali condizioni si veda per l'appunto la convincente analisi del sociologo BYUNG-CHUL HAN, *Perché oggi non è possibile una rivoluzione*, Nottetempo, Milano, 2022, p. 9 ss.

<sup>12</sup> Sulla torsione di significato che è stata impressa, in particolare, dalla Corte di Giustizia UE al termine «sicurezza», contenuto nell'art. 6 della Carta di Nizza, v. D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, p. 32 ss.

e odiosi di criminalità, degna del più alto plauso morale da parte dei consociati, lascia così in ombra i sacrifici imposti alla sfera giuridica individuale che vi si accompagnano.

Il secondo vertice, ineguagliato, della traiettoria percorsa dal liberalismo giuridico si colloca nella fase del tardo Ottocento che siamo abituati a identificare con l'insegnamento – virtuoso esempio di alleanza tra cattedra e foro – di Francesco Carrara e le battaglie combattute dalla *Rivista penale* di Luigi Lucchini<sup>13</sup>. La lezione dei classici sviluppa e porta a piena maturazione i «principii di astratta ragione» derivati dall'Illuminismo penale<sup>14</sup>, congiungendo in modo perfetto presunzione di innocenza e stretta legalità. Il primo postulato rovescia la consolidata prospettiva di partenza nella concezione del rito penale, il cui «scopo» non è più identificato nella repressione dei reati, ma con la protezione dell'individuo; su tali basi, alle «forme sacramentali» dettate dalla legge processuale è quindi affidato il compito di frenare l'arbitrio, di fungere da «scudo» contro lo «zelo fanatico» e gli «errori fatali», incatenando l'azione degli organi investiti del potere<sup>15</sup>. Tra i corollari di questa costruzione figurano, da un lato, l'eccezionalità della carcerazione preventiva, «tortura mascherata» inflitta a chi non si conosce ancora se sia colpevole o innocente<sup>16</sup>; dall'altro, la necessità per i giudicanti di uniformarsi «scrupolosamente» al rito, che il legislatore a sua volta deve disciplinare «minuziosamente» – con ciò sono posti i criteri di precisione e determinatezza della norma processuale – presidiandone l'osservanza mediante le opportune sanzioni per contenere «la violenza dei magistrati»<sup>17</sup>.

Positivismo criminologico, tecnicismo giuridico e legislazione fascista furono le tre forze negative che inabissarono nuovamente quella nobile tradizione di pensiero. Il primo negò l'antitesi tra individuo e autorità in nome dell'interesse superiore della collettività a prevenire e reprimere la devianza criminale; da quel momento l'idolo della difesa sociale non è mai più tramontato, anche se oggi si preferisce chiamarlo col termine di «sicurezza»; sulla base di esso il codice del 1930 edificò gli automatismi *contra libertatem* della cattura obbligatoria e ripose la ricerca della verità nelle mani del giudice, liberandolo dal peso delle invalidità processuali che ne rallentano il passo:

---

<sup>13</sup> Cfr. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita* (1990), ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, t. I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 493 ss.; ID., *Il diritto penale liberale. La "Rivista Penale" di Luigi Lucchini (1874-1900)* (1987), *ivi*, t. II, p. 903 ss.

<sup>14</sup> F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale* (1874), in ID., *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 419.

<sup>15</sup> ID., *Il diritto penale*, cit., p. 425-27. Si vedano al riguardo le magistrali sottolineature di M. NOBILI, *Introduzione*, in F. CARRARA, *Programma*, cit., p. 20 ss.

<sup>16</sup> F. CARRARA, *Contestazione dell'accusa*, in ID., *Programma*, cit., p. 163-164.

<sup>17</sup> F. CARRARA, *Origine filosofica del giudizio penale*, in ID., *Programma*, cit., p. 74-75.

il processo tornava così al servizio delle istanze punitive. Il carattere autoritario dell'impostazione finì però occultato grazie ai servigi del tecnicismo giuridico, con la sua pretesa purificazione del metodo dalla dimensione politica e la scivolosa concezione del processo quale strumento preordinato all'attuazione della norma incriminatrice<sup>18</sup>. Il nazionalsocialismo tedesco giunse nello stesso periodo storico all'aberrazione di annichilire l'individuo. Secondo i giuristi all'opera nella Germania degli anni trenta del secolo scorso, per ciascun soggetto sottoposto a processo penale non avrebbero deciso le forme e la lettera della legge, ma lo spirito del popolo<sup>19</sup>. Parola d'ordine del modello allora propagandato era difatti la «*Auflockerung*», vale a dire l'allentamento, l'ammorbidente, la necessità di flessibilizzare e ridurre al minimo le forme processuali in quanto esse costituiscono il freno all'attività del giudice protesa al raggiungimento della verità e della giustizia materiale<sup>20</sup>. Veniva così respinta in radice la tradizione illuministico-liberale, che proprio nella densità dei vincoli legali – abbiamo visto – aveva fissato il cardine insostituibile del processo.

L'uscita dalla catastrofe del secondo conflitto mondiale, con il varo delle Carte internazionali dei diritti e delle Costituzioni rigide, negli Stati caduti sotto i regimi totalitari portò al rovesciamento della visione che questi ultimi avevano conferito agli scopi e all'organizzazione del processo penale, punta di lancia della loro strategia politica. Siamo così al terzo momento di riscoperta dei valori liberali, che si ritrovarono finalmente scolpiti nella Costituzione e attendevano di rispecchiarsi nella disciplina del processo penale. Quest'ultima assume il compito precipuo di garantire la dignità dell'imputato quale soggetto anch'esso titolare d'una sfera di diritti intoccabile dal pubblico potere. La qualificazione di «diritto costituzionale applicato» ha perciò una genuina matrice antitotalitaria<sup>21</sup>; riflette l'idea fondativa delle democrazie appena riconquistate, secondo cui i diritti di libertà riconosciuti come originari si ergono a difesa dell'individuo dallo Stato per restare al riparo dai contraccolpi della politica e frenare così l'eterna tentazione di piegare il processo agli scopi del potere repressivo lasciando l'imputato in balia dell'autorità statale<sup>22</sup>. La stessa Convenzione europea dei

<sup>18</sup> M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo* (1999), ora in ID., *Storia del diritto penale*, cit., t. II, p. 903 ss.

<sup>19</sup> Riassume il portato delle «nuove correnti» venute dalla Germania nazional-socialista, A. DEMAR-SICO, *Dogmatica e politica nella scienza del processo penale*, Utet, Torino, 1941, p. 39.

<sup>20</sup> EB. SCHMIDT, *Von Sinn und Notwendigkeit wissenschaftlicher Behandlung des Strafprozeßrechts* (1953), in ID., *Strafprozeß und Rechtsstaat*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970, p. 43.

<sup>21</sup> W. SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in *Die Grundrechte*, a cura di K.A. Bettermann-H. C. Nipperdey-U. Scheuner, vol. III-2, Duncker&Humblot, Berlin, 1959, p. 966-967.

<sup>22</sup> P. COSTA, voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir., Annali* II, t. II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 398.

diritti dell'uomo trova la propria genesi nella reazione alle drammatiche esperienze dei regimi dittatoriali; essa poneva di nuovo al centro il soggetto titolare di diritti, cristallizzando le garanzie di difesa dell'accusato e delle persone destinate a subire l'ingerenza degli organi dello Stato contro l'abuso, *in primis*, degli strumenti funzionali all'esercizio del potere punitivo<sup>23</sup>.

La codificazione del 1987-'89 s'era proprio collocata in questa esatta prospettiva, a cominciare dalla legge-delega che imponeva di attuare i principi sia costituzionali, sia provenienti dalle Carte internazionali dei diritti. Della legalità processuale la riforma è stata quindi la massima espressione, capace di dimostrare – gli antagonisti di allora e di oggi ribatterebbero compiaciuti: ponendosi contro la corrente della storia in una sfida titanica dall'esito perciò fatale – che l'opera maestosa appunto rappresentata dal varo di un codice, vessillo stesso della modernità giuridica<sup>24</sup>, è ancora ambizione alla portata del nostro tempo. Linee sistematiche coerenti con scelte politiche a loro volta orientate a favorire le ragioni dell'individuo rispetto alle esigenze dell'autorità; sospinte da istituti e figure giuridiche atte a calare dentro lo stampo formale della legge positiva il prodotto di meditate quanto coraggiose elaborazioni scientifiche<sup>25</sup>.

Sappiamo quanto rapidamente l'illusione sia tramontata. L'impianto della riforma processuale varata nel 1988 cadde fragorosamente nel 1992 determinando il precoce naufragio d'un progetto politico ambizioso. Non s'era mai assistito ad una così radicale, plateale e ripetuta sconfessione delle scelte parlamentari circa le forme processuali che rendono legittima la pena. La revisione della Carta fondamentale all'insegna del «giusto processo» (1999) tentò di vivificare l'assetto originario, ma l'ostilità verso il paradigma liberale non è tramontata. Nei primi decenni del nuovo secolo ha preso la via di erosioni silenziose, sottotraccia, senza il clamore delle insurrezioni d'un tempo. I tradimenti del testo legislativo ad opera della giurisprudenza, spesso privi di remore metodologiche, non si curano dei limiti ricavabili dal dato positivo<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> E. AMODIO, *L'impatto della normativa europea sul processo penale italiano* (1981), ora in ID., *Processo penale, diritto europeo e common law*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 75 ss.

<sup>24</sup> Sulla questione non si può che rinviare all'opera di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1976, p. 44 ss.

<sup>25</sup> Cfr. in proposito E. AMODIO, *Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 899 ss.; nonché la ricostruzione storica di R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri e M. Pifferi, Giuffrè, Milano, 2011, p. 64 ss.

<sup>26</sup> Sulla parabola del codice, fino alla sua condizione attuale, sia consentito rinviare riassuntivamente a D. NEGRI, *Modelli e concezioni*, in A. CAMON-C. CESARI-M. DANIELE-M.L. DI BITONTO, D. NEGRI-P.P.

D'altra parte col passare del tempo la Corte di Strasburgo, a sua volta, ha abbandonato l'ispirazione primigenia dei principi convenzionali adottando un approccio fluido – olistico, s'usa dire – che sottopone il processo a bilanciamenti variabili tra le molteplici fasi che lo compongono o la miriade di aspetti qualificanti della sua disciplina: le carenze di garanzia per la posizione dell'accusato riscontrate negli uni possono essere compensate dal supplemento di tutela accordato in altri; il tutto imbastito sopra un'intelaiatura tenuta sempre aperta a soluzioni diversificate<sup>27</sup>. Questo significa anche concepire gli interessi in conflitto, di cui sono titolari i vari soggetti sulla scena processuale (organi dello Stato, persona accusata, testimoni, vittime del reato) come entità volta a volta graduabili ai fini della reciproca composizione<sup>28</sup>. Variabili (i risultati dei bilanciamenti) e graduabili (i livelli di tutela dei molteplici interessi in gioco) nel senso che viene a mancare un ordine fisso, prestabilito di rapporti; una gerarchia di valori cristallizzata in regole determinate e vincolanti sulle quali la persona sottoposta al processo possa confidare in anticipo.

Non è più l'accusato, o non è soltanto costui, del resto, il polo d'attrazione della disciplina processuale, la figura centrale al cui favore essa si volge prioritariamente. Quando perciò si elegge a paradigma delle scelte sul processo una clausola generale come quella del *fair trial* o del *procès équitable*, occorre essere consapevoli del fatto che, insieme ai vecchi stilemi ritenuti ormai obsoleti, si rischia di abbandonare l'intera costellazione assiologica edificata dal pensiero liberale, che contrappone l'individuo all'autorità dello Stato. I concetti di *fairness* e di *équité*, almeno per come trattati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si presentano nelle spoglie di un amalgama di forze agglutinate, svilupabili in infinite, estenuanti modulazioni.

## 5. Sacerdoti e mercanti della postmodernità

Ripercorse le tre principali tappe storiche di ascesa e caduta del processo penale liberale, tentiamo di risolvere la questione più difficile: che cosa impedisce oggi di trovare la via per ribadire la necessità, impresa che riuscì in tempi assai più foschi dei nostri? Le cause sono molteplici e ciascuna di esse – a guardar bene – si presenta come riedizione ammodernata delle tare che abbiamo visto all'opera nel passato; soltanto,

---

PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, 4<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2023, p. 49 ss.

<sup>27</sup> Emblematica, Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito.

<sup>28</sup> Corte EDU, 26 marzo 1996, Doorson c. Paesi Bassi.

esse hanno preso fisionomie accattivanti che conquistano ampi consensi precipitandoci in una trappola.

L'eredità della scuola positiva oggi imperversa, tra neuroscienze e intelligenza artificiale al servizio della sorveglianza algoritmica o della profilassi criminale. La postura tipica del tecnicismo giuridico, ormai dissoltosi l'ancoraggio al diritto positivo, si è convertita nella mania efficientista della giustizia manageriale, anch'essa rivestita di fittizia valutatività, permeata dalla logica economica del rendimento, del risultato, dei flussi degli affari penali sotto la pressione del numero, delle prestazioni organizzative, delle statistiche (il *disposition-time*)<sup>29</sup>. Un fenomeno che rischia di riportare la vittoria definitiva sul liberalismo penale, calato com'è in un clima culturale sinistramente vicino alla «*Auflockerung*» là dove inneggia al diritto mite, soffice, elastico, *flo*, gestito a piacimento dalla giurisprudenza-fonte: l'esatto contrario dell'idea della legge processuale come freno, argine, limite al potere.

In tutto ciò, quanto rimane del diritto (poco, per verità) non ha più un metodo. Ciascuno sceglie o inventa criteri di interpretazione delle norme processuali secondo le proprie vedute. Non ci si chiede neppure, ormai, se serva un metodo e quale possa mai essere. Gli storici e i filosofi campioni del diritto postmoderno autorizzano così l'anarchia interpretativa, ammantandola di apertura al sistema multilivello delle fonti e di fertile ibridazione con gli ordinamenti di *common law*. Sennonché, riesce difficile capire dove portino indirizzi del genere, quale ne sia l'approdo costruttivo. In tanti anni di compiaciuta insistenza sull'ineluttabile congedo dalle astrattezze generalizzanti delle regole legali, a favore della virtuosa vicinanza del giudice alle singolari caratteristiche dei casi concreti<sup>30</sup>, non diremmo che il processo penale praticato e subito nella quotidianità delle aule di giustizia ne abbia tratto giovamento. Esce chiaro – questo sì – che i giudici si sono finalmente sbarazzati della legge processuale, da sempre vissuta quale ostacolo, senza tuttavia sostituirla con altro che non sia la volontà di punire. Taluni hanno preso a chiamare «nuova legalità» – l'antica parola mantiene pur

---

<sup>29</sup> Cfr. al riguardo, per tutti, l'analisi critica di A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, il Mulino, Bologna, 2021. In sintonia con lo spirito del tempo presente, invece, l'opera di M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Giappichelli, Torino, 2022, in molte sue parti favorevole alle tendenze che emergono dalla legge 27 settembre 2021, n. 134 e dalle altre manovre legislative collegate al PNRR.

<sup>30</sup> Di recente, nell'ambito di un filone copioso, si vedano le considerazioni sempre intelligenti, quantunque dalla nostra prospettiva poco condivisibili, di A. DI MARTINO, *Dalla regola per il caso al caso della regola*, in *L'era dell'interlegalità*, a cura di E. Chiti-A. di Martino-G. Paolombella, il Mulino, Bologna, 2021, p. 65 ss.

sempre forza simbolica – il surrogato consistente nella prevedibilità tratta dai precedenti giurisprudenziali<sup>31</sup>. Tolto di mezzo il principio di legalità di stampo liberale, elusa la questione del metodo, resta al centro della scena la figura “dispotica” del giudice che – secondo l’immagine di Montesquieu – impersona «egli stesso la regola»<sup>32</sup>.

Chi prova a rilanciare il discorso sull’irrinunciabile garanzia rappresentata dalla legalità processuale, in questa temperie, viene subito accusato dai sacerdoti del diritto postmoderno di mitizzare e idealizzare una tradizione ormai «vuota» e «scopertamente ideologica»<sup>33</sup>. L’errore è evidente, giustificabile con l’inesperienza delle categorie storiche e giuspolitiche del processo penale: soltanto muovendo da questa condizione deficitaria si può pigliare per idolatria del legislatore la rivendicazione alla fonte democratica del ruolo di limite più saldo contro i possibili abusi del potere giudiziario.

L’appello al vincolo della legalità non intende affatto negare – ignorando l’evoluzione del pensiero giuridico, dell’ultimo secolo almeno – che l’attività di interpretazione e applicazione rechi margini inevitabili di discrezionalità nel determinare il significato degli enunciati o nella stessa scelta della norma da porre a premessa maggiore del ragionamento giudiziale, in virtù dell’interazione con il problema evidenziato dal caso concreto<sup>34</sup>. La questione è piuttosto di misura. La rivendicazione della priorità al dettato della legge vorrebbe impedire il superamento della «linea di rottura» col dato positivo, ossia l’evasione dai limiti contenitivi del testo<sup>35</sup>. Il fenomeno eversivo invece dilaga, incontrollato e talora assecondato; nel campo processuale – si direbbe – addirittura inavvertito. Estremizzare la posizione dei fautori della legalità, ascrivendo loro l’ingenuità di perpetuare il mito del giudice *bouche de la loi*, è dunque troppo facile astuzia con la quale gli avversari tendono pretestuosamente a screditare, insieme al grottesco meccanicismo di quell’immagine, l’intera visione delle garanzie liberali discesa dai Lumi.

I sostenitori di queste tesi dovrebbero allora aver cura di spiegare – selezionando soltanto qualche esempio – come sia ammissibile la manipolazione di regole cristalline come quella contenuta nell’art. 191, comma 2, c.p.p., secondo cui l’inutilizzabilità è

<sup>31</sup> Sul tema della c.d. “nuova” legalità penale, v. i contributi coordinati dal prof. Francesco Palazzo, pubblicati in *Sistema penale*, 5 marzo 2020.

<sup>32</sup> CH. DE S. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 225 (Libro VI, cap. III).

<sup>33</sup> In tal senso, le pagine di G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 89-92, e nota 17.

<sup>34</sup> Sulla circolarità ermeneutica tra fatto e norma, cfr. l’accurato studio di M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992. Si veda anche, tra i contributi più recenti, la lucida riflessione del civilista C. CASTRONOVO, *L’aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, f. 4, p. 986 ss.

<sup>35</sup> Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, p. 17.

rilevabile anche d'ufficio «in ogni stato e grado del procedimento». Siamo di fronte ad una clausola generica? A incompletezze di dettato bisognose di integrazioni ermeneutiche calibrate sul caso concreto? Nient'affatto. Come si arriva, dunque, a concepire l'esistenza di inutilizzabilità soltanto relative e perciò sanabili<sup>36</sup>, se non inventando di sana pianta? Prendiamo un altro campione eclatante di storture del genere: la nullità per imputazione difettosa, desumibile dall'art. 178 c.p.p., sostituita in udienza preliminare con un congegno che abilita il giudice a soccorrere il pubblico ministero, invitandolo a perfezionare l'atto d'accusa carente<sup>37</sup>. Si tratta di una soluzione creata anch'essa per via giurisprudenziale e solo in seguito codificata dal d.lgs. n. 150 del 2022, a dimostrazione del fatto che in precedenza viveva *contra legem*.

Quale conclusione possiamo trarre da tutto ciò?

La sconcertante impressione che si sia determinata una totale incomunicabilità sul modo di intendere il diritto in generale e quello processuale penale in particolare. Sembra lecito chiedersi, allora, da dove spuntano i *maître à penser* da decenni alla ribalta. Dove hanno studiato? Egualmente, non è dato comprendere quale sia il percorso di formazione dei molti magistrati ignari non tanto delle costruzioni raffinate del diritto penale liberale, ma delle sue regole più elementari sin qui richiamate.

Ed è quest'ultima constatazione a destare la maggiore inquietudine per il futuro che ci attende.

---

<sup>36</sup> Tra le tante, Cass., 14 giugno 2013, Attanasio ed a., in *C.e.d.* 256699.

<sup>37</sup> Il riferimento è alla soluzione escogitata da Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2310. Particolarmente critico, sin da subito, O. MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1372 ss., il quale ne stigmatizzava la ricostruzione «eversiva della *littera legis*», denunciandone l'«*horror regressionis*».

ABSTRACT

*Lo scritto definisce e analizza la categoria del processo penale liberale, interrogandosi sulla sua attualità e sulla possibilità di preservarne i principi fondamentali (presunzione di innocenza e stretta legalità) nell'epoca contemporanea, caratterizzata da tendenze efficientiste e dall'anarchia delle interpretazioni giurisprudenziali. Attraverso un'analisi storica, si individuano tre momenti chiave di ascesa e declino del processo penale liberale. L'autore sottolinea, infine, l'urgenza di riaffermare il paradigma liberale come baluardo contro l'arbitrio dell'autorità e a tutela della libertà individuale.*

PAROLE CHIAVE

Processo penale – Postmodernità – Presunzione di innocenza – Legalità processuale

\* \* \*

THE LIBERAL CRIMINAL PROCESS IN POSTMODERNITY:  
ANACHRONISM OR ENDURING RELEVANCE OF AN IDEAL?

ABSTRACT

*This paper defines and analyses the category of "liberal criminal process", questioning its relevance today and exploring the possibility of preserving its fundamental principles (presumption of innocence and strict legality) in the contemporary era, characterised by efficiency-driven trends and the anarchy of jurisprudential interpretations. Through historical analysis, three pivotal moments in the rise and decline of liberal criminal proceedings are identified. Finally, the author emphasises the urgent need to reaffirm the liberal paradigm as a bulwark against the arbitrariness of authority and a safeguard of individual liberty.*

KEYWORDS

Criminal process – Postmodernity – Presumption of innocence – Procedural legality

**CONDOTTE MANIPOLATIVE, *HIGH FREQUENCY TRADING*  
E INTELLIGENZA ARTIFICIALE: POSSIBILI RIMEDI ALL'OSSIMORO  
DELLA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE "ATTENUANTE"**

MARINA POGGI D'ANGELO \*

SOMMARIO 1. Premessa. – 2. La disciplina europea e interna dell'*High Frequency Trading*. – 3. Condotte manipolative e utilizzo di HFT. – 4. Le possibili soluzioni per evitare la previsione di una circostanza aggravante "attenuante" nel delitto di manipolazione del mercato.

### 1. Premessa

Nel mondo dell'economia e della finanza si è assistito ad un sempre maggiore utilizzo della tecnologia e dell'intelligenza artificiale, con conseguenti ricadute anche in ambito penalistico.

Quello dei mercati finanziari è sicuramente il settore che più di ogni altro consente di confrontarsi con l'impatto dei cambiamenti dovuti alla digitalizzazione, alla virtualizzazione, nonché da ultimo all'avvento dell'intelligenza artificiale (IA)<sup>1</sup>. Questi mutamenti fanno parte di una più ampia trasformazione che sta avvenendo nei mercati finanziari dovuta all'uso della tecnologia e alla crescita della *Financial Technology* (*FinTech*), concernente l'uso della tecnologia nei mercati finanziari e bancari e della *Regulatory Technology* (*RegTech*), riguardante l'uso della tecnologia per obiettivi di supervisione, regolamentazione e "*compliance*"<sup>2</sup>.

In tale breve contributo si vuole riflettere sullo specifico utilizzo della tecnologia e dell'IA nell'ambito dei *market abuse*, con particolare riferimento alla manipolazione del mercato, e sulle nuove modalità con cui è possibile realizzare le condotte tipiche. Ci si riferisce alle operazioni borsistiche effettuate attraverso – e grazie a – programmi

---

\* Ricercatrice RTT di diritto penale presso l'Università telematica "e-Campus".

<sup>1</sup> Sull'applicazione dell'intelligenza artificiale agli abusi di mercato, cfr. F. CONSULICH, *Intelligenza artificiale e reati finanziari*, in F. CONSULICH (a cura di), *Reati in materia bancaria e finanziaria*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO-M. PELISSERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2024, p. 237 ss.; AA.VV., *AI e abusi di mercato: le leggi della robotica si applicano alle operazioni finanziarie?*, in *Quad. giur.*, Consob, 29/2023, p. 1 ss.

<sup>2</sup> G. WALKER, *Financial Technology (FinTech) Law—A New Beginning a New Future*, in *The International Lawyer*, 2017.

informatici basati su algoritmi, e sempre più frequentemente costruiti su intelligenza artificiale, capaci di porre in pericolo il corretto funzionamento del mercato finanziario.

In tale contesto, appare necessario stabilire le ricadute di tali nuove tecnologie sull'apparato penalistico degli abusi di mercato, chiedendosi se le negoziazioni algoritmiche e gli algoritmi ad alta frequenza (*high frequency trading*) siano soltanto dei meri strumenti alla commissione della manipolazione del mercato o se possano assurgere addirittura ad autore del reato o, ancora, se invece debba rispondere l'operatore/utilizzatore dell'algoritmo e a che titolo.

Si vuole, inoltre, analizzare la nuovissima circostanza aggravante inserita dalla legge sull'intelligenza artificiale (l. 23 settembre 2025, n. 132) nel delitto di manipolazione del mercato *ex art. 185 T.u.f.*, la quale può avere ripercussioni sull'uso degli algoritmi ad alta frequenza in tale ambito. Si prevede un aumento di pena se il fatto manipolativo è commesso con l'uso dell'intelligenza artificiale, sebbene la pena da essa prevista risulta più tenue rispetto alla pena-base del reato di manipolazione del mercato. Per evitare possibili effetti distorsivi, si è tentato di proporre alcuni rimedi volti a riportare a ragionevolezza la pena prevista per il delitto di manipolazione del mercato comune e quella prevista per il reato *de quo* aggravato dall'uso dell'IA.

## 2. La disciplina europea e interna dell'*High Frequency Trading*

I rischi per il corretto funzionamento dei mercati finanziari derivanti dall'utilizzo di algoritmi e di sistemi di intelligenza artificiale sono avvertiti in misura maggiore nella manipolazione del mercato piuttosto che nella diffusione o utilizzo di informazioni privilegiate.

L'uso della tecnologia e dell'IA nei comportamenti manipolativi può riguardare sia la *trade-based manipulation* sia la *information-based manipulation*: quanto alla prima, le transazioni di borsa utilizzano ora sistemi automatizzati capaci di eseguire una grande quantità di calcoli in poco tempo e di metabolizzare all'istante le informazioni fornite dal mercato; in relazione alla seconda, alcune informazioni – sulle quali vengono prese decisioni di investimento – vengono divulgate su internet anche grazie all'influenza dei *social network*.

Per quanto qui interessa, ci occuperemo della tecnologia riguardante la *trade-based manipulation*: l'utilizzo degli *High Frequency Trading* (HFT) nella manipolazione del mercato, ossia programmi informatici basati su autonomi e complessi

strumenti algoritmici capaci di compiere veloci operazioni di acquisto o vendita di strumenti finanziari sui mercati<sup>3</sup>.

Si tratta di strumenti che trovano la loro disciplina in una moltitudine di atti legislativi, soprattutto di natura eurounitaria: dalla MiFID II, al MAR, al MiFIR (Regolamento UE n. 600/2014) fino al Regolamento Delegato (UE) 2017/565 che integra la MiFID II e al Regolamento UE “*Artificial Intelligence Act*” (*AI Act*); ma anche di fonte interna: dalle guide operative della Consob alla recentissima legge sull’intelligenza artificiale (l. 23 settembre 2025, n. 132).

Per quanto riguarda il versante eurounitario, la definizione di “*negoziazione algoritmica*” e di “*tecnica di negoziazione algoritmica ad alta frequenza*” (HFT) è rinvenibile nella Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari che modifica la Direttiva 2002/92/CE e la Direttiva 2011/61/UE (c.d. MiFID II).

All’art. 4, §1, numeri 39 e 40 MiFID II (e ripreso all’art. 1, commi 6-*quinquies* e 6-*septies* T.u.f.), i sistemi di negoziazione algoritmica sono definiti quali algoritmi informatizzati che determinano automaticamente i parametri degli ordini (come ad esempio se avviare l’ordine, i tempi, il prezzo o la quantità dell’ordine o come gestirlo dopo la sua presentazione), con intervento umano minimo o nullo. Si tratta, dunque, di programmi informatici in grado di effettuare autonomamente ordini di acquisto sulle piattaforme di *trading*: l’algoritmo decide la tempistica, il prezzo e la quantità dell’ordine, avviando l’ordine in assenza di un intervento della persona umana.

Una categoria specifica di *automated trading* sono gli *high frequency trading* (HFT), i quali, in sintesi, sono algoritmi che consentono di effettuare negoziazioni ad altissima velocità, rendendo possibile perfezionare diverse migliaia di ordini al secondo. L’esecuzione di un elevatissimo numero di transazioni, in un breve intervallo di tempo, ha lo scopo precipuo di sfruttare le minime oscillazioni di prezzo dei titoli, impercettibili per un investitore tradizionale, i cui margini di profitto possono tuttavia assumere un carico considerevole se rapportati alla mole complessiva delle operazioni<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sulle operazioni di acquisto o vendita di strumenti finanziari mediante algoritmi ad alta frequenza, cfr. F. CONSULICH, *Il nastro di Möbius. Intelligenza artificiale e imputazione penale nelle nuove forme di abuso del mercato*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 2018, p. 195 ss.; M. POGGI D’ANGELO, *Modelli relazionali di pericolo nei reati economici*, Giappichelli, 2025, p. 341 ss.; M. PALMISANO, *L’abuso di mercato nell’era delle nuove tecnologie. Trading algoritmico e principio di personalità dell’illecito penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, p. 129 ss.; J. CHAN, *Automation of Trading Machine for Traders*, Palgrave Macmillian, 2019, p. 45 ss.

<sup>4</sup> Così, B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale. Principi e categorie alla prova di una tecnologia “imprevedibile”*, Giappichelli, 2025, p. 116.

Anche il MAR ha regolamentato l'uso di tecniche di *trading* automatizzate, negoziazione algoritmica e negoziazione algoritmica ad alta frequenza (*Algorithmic Trading* e *High frequency trading*), includendole esplicitamente tra le possibili modalità di manipolazione del mercato.

In particolare, il Regolamento prevede una lista esemplificativa di condotte che sono considerate manipolative del mercato finanziario (art. 12, par. 2, del MAR), nonché una lista non esaustiva di prassi connesse a ciascuna delle condotte vietate (Allegato II del Regolamento delegato (UE) 2016/522 a completamento del Regolamento (UE) n. 596/2014). Quest'ultimo Allegato, nella prima sezione, precisa quali sono le attività consistenti nel fornire indicazioni false o fuorvianti e nel fissare i prezzi, ai sensi dell'art. 12, par. 1, lett. a) del MAR. Tra queste vi rientrano, ad esempio, le pratiche di c.d. *quote stuffing*, ossia l'immissione e la contestuale cancellazione di un numero di ordini nel mercato tanto elevato da congestionare i sistemi operativi di *trading* e tali da compromettere l'accesso alla negoziazione agli operatori comuni, consentendo agli HFT di eseguire con profitto operazioni sul mercato.

Anche il nuovo Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, il quale stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, sembra avere delle ricadute sull'uso dell'intelligenza artificiale nei mercati finanziari<sup>5</sup>. Se un algoritmo HFT incorpora componenti di intelligenza artificiale che rientrano nella definizione di "*sistema AI*" ai sensi dell'art. 3, n. 1 del Regolamento<sup>6</sup> e la loro applicazione è qualificabile come ad "alto rischio", verranno invero potenzialmente applicati gli obblighi dell'*AI Act*, oltre ai requisiti finanziari *ex* MiFID II/MAR.

Ai sensi del Regolamento (UE) 2024/1689 ("*AI Act*"), i sistemi che utilizzano *software* di intelligenza artificiale sono classificati in base al rischio di impatto negativo sui diritti fondamentali del cittadino e sui valori che reggono gli Stati democratici contemporanei quali: la dignità umana, la libertà, l'uguaglianza, la democrazia, il diritto alla non discriminazione, la protezione dei dati e, in particolare, la salute e la sicurezza. Più è elevata la rischiosità del sistema di IA, maggiormente stringenti

---

<sup>5</sup> Sul tema, cfr. D. FEDERICI, *Artificial Intelligence Act e Autorità di vigilanza e di notifica: una nuova sfida per il diritto penale nella tutela di funzioni*, in M. GAMBARDELLA (a cura di), *Transizioni e tutela penale. Le sfide della modernità in materia di immigrazione, ambiente e intelligenza artificiale*, Giapichelli, 2025, p. 33 ss.

<sup>6</sup> Sistema di IA: «*un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali*».

diventano i presidi da rispettare e più severe diventano le misure adottate per eliminare o mitigare l'impatto negativo: dai rischi inaccettabili, ai sistemi ad alto rischio fino a quelli a rischio limitato.

In particolare, l'art. 6 del Regolamento AI individua i sistemi ad alto rischio, assoggettandoli ad obblighi vincolanti e stringenti previsti agli artt. 9–15 (gestione del rischio, *governance* dei dati, documentazione tecnica, registrazione e tracciabilità, trasparenza e supervisione umana, robustezza, accuratezza e cybersicurezza), nonché ad obblighi di conformità *ex art.* 16 ss.

Gli algoritmi di *trading* ad alta frequenza, come visto, incidono direttamente sull'assunzione delle decisioni di negoziazione e sull'immissione degli ordini nei mercati regolamentati, con potenziali effetti sistemici sulla stabilità e sull'integrità del mercato, come il fenomeno del *flash crash*. Per tale motivo, se essi contengono componenti di intelligenza artificiale è molto probabile che, ai sensi del nuovo *AI Act*, vengano classificati come sistemi ad "alto rischio", con conseguente applicazione degli obblighi per fornitori e utilizzatori e rispetto dei requisiti specifici.

Sul versante interno, oltre alla recentissima legge sull'intelligenza artificiale che si affronterà a breve, la Consob ha pubblicato una documentazione tecnica e delle guide operative che prevedono una mappatura di obblighi per le imprese di investimento che svolgono attività di negoziazione algoritmica (*algo-trading*) o implementano tecniche di negoziazione algoritmica ad alta frequenza (HFT) come descritte dalla MiFID II e recepite dal T.u.f.<sup>7</sup>. Tra gli obblighi indicati vi è, ad esempio, quello rivolto alle imprese di investimento che devono notificare alla Consob quando, in qualità di membri o partecipanti, effettuano negoziazioni algoritmiche in una sede di negoziazione italiana (art. 17 (2) MiFID II, recepito nell'articolo 67-*ter*, comma 2, T.u.f.).

### 3. Condotte manipolative e utilizzo di HFT

Lo scopo preventivo e repressivo proprio delle fattispecie penalistiche in materia di mercati finanziari deve adeguarsi oggi al mutato scenario che vede le negoziazioni algoritmiche ad alta frequenza (HFT) come uno dei più significativi sviluppi nell'ambito della borsa negli ultimi anni. L'utilizzo di algoritmi, da un lato, ha agevolato

---

<sup>7</sup> Cfr. Guida Operativa Consob 2023, *Algo-trading e hft: mappatura del quadro regolamentare e degli obblighi di comunicazione alla Consob*. Consultabile online al seguente link: [https://www.consob.it/web/area-pubblica/dettaglio-news/-/asset\\_publisher/qjVSo44Lk1fl/content/guida-operativa-mercato-finanziari-23-giugno-2023/10194](https://www.consob.it/web/area-pubblica/dettaglio-news/-/asset_publisher/qjVSo44Lk1fl/content/guida-operativa-mercato-finanziari-23-giugno-2023/10194).

l'esecuzione di tecniche manipolative comuni in quanto strumento capace di “velocizzare” le operazioni finanziarie che potrebbe eseguire una persona in carne ed ossa; dall'altro, ha consentito l'ideazione di nuove forme manipolative che richiedono necessariamente l'impiego di HFT.

È bene evidenziare, invero, che non si tratta solo di un mezzo con il quale la persona fisica compie comportamenti manipolativi, ma anche di uno strumento nuovo in cui l'uomo dà delle direttive generiche e la macchina di intelligenza artificiale, attraverso il sistema di autoapprendimento, “inventa” nuove tecniche turbative degli scambi. Sfruttando tecniche di *machine learning* capaci di apprendere dall'ambiente in cui operano e modificare le proprie strategie operative, l'HFT risulta in grado di effettuare una scelta di investimento che non era prevedibile dal programmatore al momento del suo utilizzo<sup>8</sup>.

Queste tecniche di *trading* automatizzato pongono alcuni problemi di trasparenza ed efficienza del mercato, sia poiché un *trader* “umano” non è in grado di operare strategie di investimento alla stessa velocità delle macchine<sup>9</sup> sia perché gli algoritmi di *trading* possono realizzare anche comportamenti distorsivi del mercato.

La velocità operativa degli *high frequency trading* ha determinato l'emergere di nuovi schemi di manipolazione, quali, ad esempio, il *momentum ignition*, il *quote stuffing*, lo *smoking*, lo *spoofing*, il *layering*, il *pinging*, il *front running*, costituiti per lo più dall'immissione e dalla contestuale cancellazione di migliaia di ordini, al fine di far apparire le condizioni di mercato diverse da quelle effettive<sup>10</sup>.

La peculiare capacità turbativa degli HFT è rinvenibile, in particolar modo, nel fenomeno del c.d. *flash crash*, vale a dire nell'improvviso crollo dei prezzi seguito da un rapido ritorno alla precedente situazione di equilibrio, senza che tale oscillazione trovi una giustificazione nel mutamento del valore del titolo. Si pensi alla recentissima caduta, innescata dall'escalation sui dazi USA-Cina, dell'indice S&P 500 che tra il 2 e l'8 aprile 2025 ha perso il 10,8 % in poche sedute, alimentato ed accelerato dagli scambi ad altra frequenza o ancora al c.d. *flash crash* del 6 maggio 2010, in cui il Dow Jones perse circa l'9% in pochi minuti per poi recuperare rapidamente nei minuti

<sup>8</sup> B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale*, cit., p. 116.

<sup>9</sup> M. PALMISANO, *L'abuso di mercato nell'era delle nuove tecnologie*, cit., p. 129.

<sup>10</sup> Per un'esauritiva elencazione delle nuove tecniche manipolative rese possibili dalla tecnologia HFT, cfr. F. CONSULICH, *Il nastro di Möbius*, cit., p. 210; G. RUTA, *I.A. nei reati economici e finanziari*, in AA.VV., *Intelligenza artificiale e giurisdizione penale. Atti del workshop della Fondazione Vittorio Occorsio*, 19 novembre 2021, p. 65 ss.

successivi<sup>11</sup>. Ad alimentare tali violente fluttuazioni dei titoli sono proprio le tecniche di negoziazione ad alta frequenza, che reagiscono immediatamente e in massa di fronte alle informazioni provenienti dal mercato, riuscendo altresì a beneficiare della turbativa.

È stato evidenziato che l'approccio del nostro legislatore è ancora quello di considerare l'IA come strumento, nel pieno dominio del suo creatore o utilizzatore; orientamento che potrebbe essere già obsoleto<sup>12</sup>, alla luce del fatto che la persona fisica può in realtà fornire solo direttive generiche e il sistema di IA può "andare oltre" i compiti richiesti, manipolando gli strumenti finanziari<sup>13</sup>.

In particolare, una delle questioni più dibattute è chi debba essere penalmente responsabile per i reati che coinvolgono i sistemi tecnologici e di intelligenza artificiale: se i programmatori, i produttori, gli utenti o, addirittura, lo stesso sistema di intelligenza artificiale<sup>14</sup>.

Tuttavia, si ritiene che, sebbene le condotte manipolative del mercato possano essere attualmente poste in essere soprattutto attraverso diverse forme basate anche su algoritmi ed intelligenza artificiale, ciò non sembra comportare alcuna conseguenza sulla struttura dell'illecito. Ciò che cambia è solo la modalità di realizzazione dello stesso: si tratta della novità di un mero strumento, anche se talvolta "creativo", ma i criteri penalistici di imputazione oggettiva e soggettiva delle condotte rimangono le medesime.

Da premettere che si rifiuta l'idea che il *software* di intelligenza artificiale possa

---

<sup>11</sup> Secondo il rapporto congiunto SEC-CFTC (U.S. SEC & CFTC, *Findings Regarding the Market Events of May 6, 2010 – Report of the staffs of the CFTC and SEC to the joint advisory committee on emerging regulatory issues – September 30, 2010*), disponibile su <https://www.sec.gov/files/market-events-report.pdf>, l'innescò fu un ordine di vendita massivo su futures E-Mini S&P 500, immesso tramite algoritmo di esecuzione privo di limiti di prezzo. La successiva reazione delle piattaforme di *high-frequency trading* contribuì ad amplificare la caduta dei prezzi attraverso cicli di acquisto e rivendita rapidissima, aumentando la volatilità e riducendo la liquidità disponibile. Tale episodio ha stimolato il legislatore e le autorità di vigilanza a introdurre misure di *market safeguards*, come ad esempio i "*circuit breakers*" (procedure capaci di evitare che i sistemi algoritmici, anche ad alta frequenza, possano pregiudicare il regolare svolgimento degli scambi), gli obblighi di test e il controllo preventivo sugli algoritmi (v. MiFID II, artt. 17 e ss.), al fine di mitigare i rischi sistemici derivanti dall'uso intensivo di strategie HFT.

<sup>12</sup> F. CONSULICH, *Il diritto penale al tempo dell'intelligenza artificiale prospettive punitive nazionali dopo l'AI Act*, in *Dir. Dif.*, 17 dicembre 2024, p. 16.

<sup>13</sup> Si veda, in proposito, anche il Parere del CSM sul d.d.l. approvato nella seduta del 24 settembre 2025, p. 53, secondo cui le peculiarità dei sistemi di IA, dotati di tecniche di auto-apprendimento, comportano il rischio che all'agente artificiale venga delegata la stessa scelta circa la specifica offesa da realizzare, con evidenti problematicità in punto di accertamento dell'elemento psicologico del reato.

<sup>14</sup> Con particolare riferimento alla responsabilità dei soggetti nell'attività di impresa, v. A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale*, Giappichelli, 2024, p. 194 ss.

essere assunto a “bersaglio del sistema punitivo”<sup>15</sup>, quale *autore* degli illeciti penali e dunque direttamente sanzionabile<sup>16</sup>, come si propone nel caso delle automobili *self-driving*<sup>17</sup> ovvero dei robot<sup>18</sup>.

Dal canto suo, l'operatore/utilizzatore professionale, in relazione a condotte manipolative commissive, potrà rispondere del reato di manipolazione del mercato, sicuramente qualora fornisca volontariamente all'algorithmo le istruzioni necessarie a commettere le condotte manipolative corrispondenti alle condotte tipiche di cui all'art. 185 T.u.f. Ma si ritiene integrabile il delitto di manipolazione del mercato anche qualora egli si limiti a fornire (con dolo) direttive illecite generiche per la commissione del delitto, lasciando all'algorithmo la “scelta” sul tipo e sull'identità dei titoli azionari da colpire specificamente, nonché sul «momento in cui farlo e secondo quali combinazioni con il contesto»<sup>19</sup>.

Invero, non può condividersi l'idea secondo cui non è configurabile, difettandone il dolo, il delitto di manipolazione del mercato in capo al *trader* che fornisca ai sistemi di *high frequency trading* (HFT) “generici” parametri manipolativi del mercato che vengono poi realizzati secondo non predefinibili modalità dall'IA. Tale posizione ha evidenziato che, posta l'irrelevanza del *dolus generalis* nel nostro ordinamento, non è ipotizzabile un'imputazione a titolo doloso del soggetto che non si sia effettivamente rappresentato l'evento di reato per come in concreto si è realizzato<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Così, C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da “mezzo” ad “autore” del reato?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1763.

<sup>16</sup> Fautore di tale approccio è G. HALLEVY, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Springer, 2015, *passim*; in senso critico, vd. A. CAPPELLINI, *Machina delinquere potest?*, *Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *DisCrimen*, 27 marzo 2019, p. 1 ss. Per una disamina sul dibattito dottrinale in tema di responsabilità penale nei sistemi di AI, cfr. A. GIANNINI, *Criminal Behavior and Accountability of Artificial Intelligence Systems*, Eleven, 2023, p. 45 ss.

<sup>17</sup> Anche se in relazione a diversi aspetti della responsabilità ed imputazione penale, si vedano, in generale, sul tema, L. PICOTTI, *Profili di responsabilità penale per la circolazione di veicoli a guida autonoma*, in M. CATENACCI-V.N. D'ASCOLA-R. RAMPIONI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, Roma-tre Press, 2021, p. 813 ss.; M. LANZI, *Self-driving cars e responsabilità penale. La gestione del “rischio stradale” nell'era dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, 2023, *passim*; R.M. VADALÀ, *La questione penale delle auto a guida autonoma in prospettiva comparata*, in *www.la legislazione penale.eu*, 13 novembre 2023, p. 1 ss.; L. D'AMICO, *La misura della (im)prevedibilità. Modelli d'imputazione della responsabilità al tempo dell'intelligenza artificiale*, ESI, 2025, p. 309 ss.; D.M. VINCENTE-R-S. PEREIRA-A.A. LEAL, *Legal Aspects of Autonomous Systems. A comparative Approach*, Springer, 2024.

<sup>18</sup> Sulla responsabilità penale dei robot, si veda Y. HU, *Robot Criminals*, in *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2019, p. 487 ss.

<sup>19</sup> Così, F. CONSULICH, *Il nastro di Möbius*, cit., pp. 218-219.

<sup>20</sup> Così, B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale*, cit., p. 571; F. CONSULICH, *Il nastro di Möbius*, cit., p. 219.

Tuttavia, il delitto di manipolazione del mercato è costruito come reato di mera condotta e di pericolo concreto per la cui integrazione è sufficiente che siano dolosamente posti in essere i comportamenti diretti a cagionare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari, senza che sia necessario il verificarsi di tale evento<sup>21</sup>. Nell'interpretazione della manipolazione del mercato l'opzione incentrata su un modello di illecito di pericolo (concreto) e di mera condotta esclude quindi sia il contrapposto modello di illecito di danno sia la presenza di un evento naturalistico quale elemento di fattispecie<sup>22</sup>, il quale pertanto non è richiesto che rientri nell'oggetto del dolo. Anche perché l'evento manipolativo del mercato è soggetto ed influenzato da tante e tali variabili che richiederne l'esatta rappresentazione e volizione equivarrebbe a pretendere una *probatio diabolica* nell'accertamento dell'elemento soggettivo<sup>23</sup>. Ciò che rileva è unicamente che il dolo abbia ad oggetto una delle tre condotte tipiche, concretamente idonee ad alterare sensibilmente il prezzo delle azioni.

Quanto alle condotte omissive, sembrerebbe possibile imputare ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. la condotta manipolativa omissiva per non aver impedito l'evento. Invero, a seguito dell'emanazione del Regolamento UE, le figure del fornitore (che sviluppa un sistema di IA e immette tale sistema sul mercato o mette in servizio il sistema di IA), del *deployer* (colui che utilizza un sistema di IA nel corso di un'attività personale non professionale), dell'importatore (colui che immette sul mercato un sistema di IA) e del distributore (persona, diversa dal fornitore o dall'importatore, che mette a disposizione un sistema di IA sul mercato dell'UE) sono destinatari di una serie di obblighi giuridici (per il fornitore *ex artt.* 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22; per il *deployer ex art.* 26; per l'importatore *ex art.* 23; per il distributore *ex art.* 24 del "AI Act"), che incardinano posizioni di garanzia rilevanti ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., nella gestione del rischio derivante dal diverso rapporto che essi hanno con il sistema di IA<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Si vedano Cass. pen., sez. V, 7 settembre 2021, n. 3555/22, in *Cass. pen.*, 2023, p. 2430 ss., con nota di M. DELLAGIACOMA, *La Cassazione ritorna sul principio del ne bis in idem: tra rilevabilità della violazione per la prima volta in sede di legittimità e "irriducibile evidenza della sproporzione" della sanzione complessivamente irrogata*; ID., 16 luglio 2018, n. 45928, in *CED Cass.*, n. 274179; ID., 14 settembre 2017, n. 54300, *ivi*, n. 272083; ID., 3 aprile 2014, n. 25450, *ivi*, n. 260751; ID., 27 settembre 2013, n. 4619, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3872; ID., 4 maggio 2011, n. 28932, *ivi*, 2013, p. 4613, con osservazioni di F.M. FRASCHETTI.

<sup>22</sup> Così, M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2020, p. 424.

<sup>23</sup> D'altronde, sarebbe a dir poco complicato scegliere una soluzione di tecnica legislativa diversa rispetto al modello di reato di pericolo, in quanto le variazioni del mercato finanziario derivano da fattori eterogenei che originano da una interdipendenza globale degli scambi finanziari e difficilmente prodotti da un'unica condotta.

<sup>24</sup> In tal senso, cfr. anche S. DE FLAMMINEIS, *Fattispecie penali nel contesto dell'Intelligenza artificiale. Lo spunto del d.d.l. 1146/2024*, in *Sist. Pen.*, 9/2024, p. 12.

Sicuramente, invece, non rientrante nell'area del penalmente rilevante è il caso in cui l'algoritmo interpreta in modo errato il contesto degli scambi borsistici e perfeziona di conseguenza operazioni manipolative del mercato: in tale situazione, alla persona fisica potrebbe muoversi unicamente un rimprovero a titolo di colpa, il quale risulta irrilevante per la punibilità degli illeciti penali di abuso di mercato (residuando semmai una responsabilità per l'illecito amministrativo)<sup>25</sup>.

Quanto alla responsabilità della persona giuridica, la l. n. 132 del 2025 non prevede una disciplina organica in caso di uso di intelligenza artificiale. Le società invece possono certamente avere interesse ed ottenere vantaggi economici dalla commissione di reati - e per quel che qui interessa di abusi di mercato - da parte di apicali o sottoposti, grazie all'uso di sistemi di intelligenza artificiale. In relazione a ciò, l'art. 24, comma 5 lett. c) della l. n. 132/2025 delega il Governo alla «*precisazione dei criteri di imputazione della responsabilità penale delle persone fisiche e amministrativa degli enti per gli illeciti inerenti a sistemi di intelligenza artificiale, che tenga conto del livello effettivo di controllo dei sistemi predetti da parte dell'agente*».

Tale delega sembrerebbe tra l'altro invitare il Governo ad una modifica dell'autonomia della responsabilità dell'ente di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 231 del 2001, prevedendo ad esempio la configurabilità della responsabilità "amministrativa" della persona giuridica, nei casi di utilizzo di IA, anche quando il fatto di reato commesso dalla persona fisica non risulti integrato per difetto dell'elemento soggettivo, perché il comportamento della macchina era non prevedibile<sup>26</sup>. Anche se allo stato attuale, e nella perdurante mancanza di una riforma organica<sup>27</sup>, sembra che i criteri di imputazione siano ancora quelli previsti dal d.lgs. n. 231/2001, secondo cui la persona fisica risponde del fatto di reato-presupposto e la società può rispondere solo in via "derivata", in presenza di una colpa d'organizzazione (artt. 5, 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001), anche qualora l'autore del reato o non sia stato identificato o non sia imputabile (art. 8, comma, 1 lett. a) d.lgs. cit.).

---

<sup>25</sup> F. CONSULICH, *Intelligenza artificiale e reati finanziari*, cit., p. 241.

<sup>26</sup> Così anche L. SCOLLO, *L'intelligenza artificiale entra nel Codice penale*, in *Dir. Pen. e proc.*, 6/2025, p. 702.

<sup>27</sup> Si informa dell'esistenza di un Progetto di legge a firma dell'On. Morrone depositato alla Camera il 29 settembre 2025 A.C. 2632, riguardante la parte generale del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231.

#### 4. Le possibili soluzioni per evitare la previsione di una circostanza aggravante “attenuante” nel delitto di manipolazione del mercato

La l. 23 settembre 2025, n. 132, in coordinamento con il Regolamento europeo (*AI Act*), contiene «*Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*», disciplinando il suo uso in una serie di settori strategici: in ambito sanitario e di disabilità, in materia di trattamento di dati personali, in materia di lavoro, in materia di professioni intellettuali, nella Pubblica amministrazione e nell'attività giudiziaria<sup>28</sup>.

Pur non avendo preso espressamente in considerazione gli HFT, sull'uso degli algoritmi ad alta frequenza nei mercati finanziari potrebbe sicuramente incidere la modifica inserita nella fattispecie della manipolazione del mercato. Invero, è stato aggiunto al comma 1 dell'art. 185 T.u.f. il seguente periodo: «*la pena è della reclusione da due a sette anni e della multa da euro venticinquemila a euro sei milioni se il fatto è commesso mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale*».

L'idea che l'utilizzo di un sistema di IA sia maggiormente offensivo per un fatto turbativo del mercato sembra denotare un approccio contrario alle finalità esplicitate dalla legge stessa e dal Regolamento eurounitario, in quanto la prima (art. 2, l. n. 132/2025) è volta a promuovere un utilizzo corretto, trasparente e responsabile, in una dimensione antropocentrica, dell'intelligenza artificiale, garantendo la vigilanza sui rischi economici e sociali e sull'impatto sui diritti fondamentali dell'intelligenza artificiale; la seconda (Considerando 1 “*AI Act*”) è indirizzata a «*promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla CDFUE, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, proteggere contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, nonché promuovere l'innovazione*».

Si nota, inoltre, che, a differenza del nuovo comma 11-*decies* dell'art. 61 c.p. - introdotto contestualmente e, a seguito dell'avviso di rettifica pubblicato in G.U. del 17.10.2025 n. 242, divenuto comma 11-*undecies*<sup>29</sup> - che aumenta la pena se il fatto è commesso mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, «*quando gli stessi, per*

---

<sup>28</sup> Pe un primo commento al d.d.l., cfr. L. SCOLLO, *L'intelligenza artificiale entra nel Codice penale*, cit., p. 693 ss.; nonché alla legge, B. FRAGASSO, *Profili penalistici della legge sull'intelligenza artificiale: osservazioni a prima lettura*, in *Sist. Pen.*, 16 ottobre 2025.

<sup>29</sup> Rettifica che si è resa necessaria perché il comma 11-*decies* era già stato introdotto all'art. 61 c.p. dal d.l. n. 48 del 2025, che prevede l'aggravante comune per aver «*commesso il fatto all'interno o nelle immediate adiacenze delle stazioni ferroviarie e delle metropolitane o all'interno dei convogli adibiti al trasporto di passeggeri*».

la loro natura o per le modalità di utilizzo, abbiano costituito mezzo insidioso, ovvero quando il loro impiego abbia comunque ostacolato la pubblica o la privata difesa, ovvero aggravato le conseguenze del reato», la circostanza aggravante inserita al reato di manipolazione del mercato non presenta alcuna connotazione negativa e decettiva<sup>30</sup>.

Nelle intenzioni del legislatore, l'asserito aggravamento di pena è dovuto unicamente all'utilizzo del mezzo impiegato, presumendo in via assoluta che sia più insidioso, senza considerare il fatto che la stragrande maggioranza delle operazioni borsistiche avviene ormai grazie a sistemi algoritmici integrati dall'intelligenza artificiale e che, ai sensi del Considerando (3) dell'*AI Act*, si prevede che i sistemi di IA possano essere "facilmente" impiegati in un'ampia gamma di settori dell'economia e in molte parti della società, anche a livello transfrontaliero.

Inoltre, mal si comprende perché l'inserimento di tale circostanza aggravante sia avvenuto unicamente in relazione al delitto di manipolazione del mercato e non anche in relazione all'*insider trading*, come se l'intelligenza artificiale "offensiva" non possa incidere sull'abuso di informazioni privilegiate<sup>31</sup>.

Ad ogni modo, la questione più rilevante che si pone riguarda l'esatta classificazione della circostanza aggiunta al reato di manipolazione del mercato.

Sicuramente l'intenzione del legislatore consiste nell'idea di aumentare la pena rispetto alla fattispecie-base; scelta che risulta deducibile da una serie di elementi.

In primo luogo, l'aggravio di pena (pari alla reclusione da due a sette anni) è stato previsto anche per la corrispondente figura di aggio *ex art. 2637 c.c.*, la cui pena base è della reclusione da uno a cinque anni.

In secondo luogo, la citata aggravante fa parte di un "pacchetto" composto da una circostanza aggravante comune (art. 61, comma 1, n. 11-*undecies* c.p.) e da una serie di circostanze aggravanti speciali (oltre a quella relativa al citato aggio di cui all'art. 2637 c.c., anche quella in relazione agli attentati contro i diritti politici del cittadino *ex art. 294 c.p.*).

Infine, la volontà del legislatore si desume dalla lettura del dossier del Servizio

<sup>30</sup> È stata sottolineata la opinabilità di tale soluzione, dal momento che l'ampia definizione di intelligenza artificiale adottata dalla legge include anche tecnologie che non possono presumersi, in via assoluta, come più pericolose o insidiose rispetto alle ordinarie modalità di commissione dei reati. Così, B. FRAGASSO, *Profili penalistici della legge sull'intelligenza artificiale*, cit.

<sup>31</sup> Cfr. F. CONSULICH, *Intelligenza artificiale e reati finanziari*, cit., p. 242, secondo il quale l'operatore algoritmico può impossessarsi anche di informazioni dell'istituzione finanziaria a cui appartiene e poi impiegarle a profitto della stessa in piena autonomia. Se non adeguatamente sorvegliato, nulla impedisce al programma di attingere a dati riservati, infiltrandosi nelle pieghe più recondite dell'istituzione finanziaria.

Studi del Senato<sup>32</sup>, in cui la circostanza inserita all'art. 185 T.u.f. risulta identificata come una "circostanza aggravante ad effetto speciale" (aumento fino a un terzo) per le condotte di manipolazione del mercato perpetrate mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale. Dunque, sulla base di un'una interpretazione letterale ed autonoma, la novità legislativa in parola costituisce a tutti gli effetti una circostanza aggravante.

A questa chiara *voluntas legis*, tuttavia, osta il fatto che l'art. 39, comma 1 della l. 28 dicembre 2005, n. 262 ha previsto il raddoppio delle pene per la fattispecie prevista al comma 1 dell'art. 185 T.u.f., elevando la pena della reclusione da due a dodici anni, oltre alla multa<sup>33</sup>. La nuova legge del 2025, dunque, prevedendo la pena della reclusione da due a sette anni ha l'effetto contrario e paradossale di mitigare la pena per la manipolazione del mercato attuata mediante sistemi di intelligenza artificiale.

Il legislatore non è nuovo a tali "sviste": basti pensare al trattamento sanzionatorio (reclusione da uno a quattro anni) previsto per il nuovo reato di appropriazione indebita di beni culturali di cui all'art. 518-ter c.p. (inserito con l. 9 marzo 2022, n. 22), il quale risulta più blando rispetto alla fattispecie comune di appropriazione indebita ex art. 646 c.p.<sup>34</sup> (reclusione fino a cinque anni a seguito della Corte cost. n. 46/2024)<sup>35</sup>. Anche qui, rispetto alle manifestate intenzioni repressive della riforma, tale trattamento di pena risulta del tutto dissonante e irragionevole.

---

<sup>32</sup> Dossier Servizio Studi del Senato della Repubblica n. 289/4 del 27 giugno 2025 (A.S. n. 1146-B), *Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale*, p. 131.

<sup>33</sup> Sul raddoppio previsto dall'art. 39, comma 1 l. n. 262/2005, cfr. F. GIUNTA- D. MICHELETTI (a cura di), *La disciplina penale del risparmio. Dopo la legge 28 dicembre 2005, n. 262, il d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303 e il d.lgs. 28 marzo 2007, n. 51*, Giuffrè, 2008, pp. 185 e 186, i quali rilevano come non sia una scelta legislativa ponderata l'aumento sanzionatorio indiscriminato per una serie eterogenea di illeciti, accomunati solo dalla medesima collocazione sistematica. In senso analogo, cfr., S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 563. In generale, sul trattamento sanzionatorio del reato di manipolazione del mercato, cfr., S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, vol. III, *Il diritto penale del mercato mobiliare*, Giappichelli, 2022, p. 113; E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2012, p. 256.

<sup>34</sup> Si veda, in relazione a tale questione, G.P. DEMURO, sub *Art. 518-ter*, in *Codice penale commentato. Tomo II*, diretto da E. Dolcini e G. L. Gatta, Wolters Kluwer, 2025, p. 2145.

<sup>35</sup> La Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., l'art. 646, comma 1, c.p., come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. u), l. 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), nella parte in cui prevede la pena della reclusione «da due a cinque anni» anziché «fino a cinque anni» (Corte cost., 22 marzo 2024, n. 46, in *Giur. Cost.*, 2024, p. 565, con nota di M. GAMBARATI, *Tra discrezionalità legislativa e arbitrio: la Corte costituzionale ravvisa la manifesta sproporzione del minimo editto dell'appropriazione indebita*).

Per scongiurare un simile esito paradossale, forse frutto di una disattenzione, si possono percorrere differenti vie rimediali, non tutte ugualmente convincenti.

Si può prospettare di sollevare questione di legittimità costituzionale per manifesta irragionevolezza, perché il nuovo periodo di cui al comma 1 dell'art. 185 T.u.f. introduce una circostanza aggravante, dotata di maggior disvalore nelle intenzioni del legislatore, che prevede una pena edittale minore rispetto a quella indicata nel reato di manipolazione semplice. In particolare, con sentenza n. 233 del 2018 e n. 40 del 2019<sup>36</sup>, la Corte costituzionale ha precisato che non sussistono ostacoli al suo intervento quando le scelte sanzionatorie adottate dal legislatore si siano rivelate manifestamente arbitrarie o irragionevoli e il sistema legislativo consenta l'individuazione di soluzioni, anche alternative tra loro, che siano tali da «*ricondere a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze*».

Può chiedersi un nuovo intervento del legislatore volto a modificare la pena per riportarla a logica senza alcun tipo di problema intertemporale, poiché la previsione che aggrava la pena varrebbe solo per il futuro, per le condotte poste in essere dopo l'eventuale modifica normativa<sup>37</sup>.

Ulteriore soluzione è quella che vede, come conseguenza di tale introduzione, l'abrogazione implicita dell'art. 39 della l. 262/2005 e del conseguente raddoppio delle pene da tale disposizione stabilito per il comma 1 dell'art. 185 T.u.f. (reclusione da due a dodici anni), seguendo il percorso argomentativo di una pronuncia a Sezioni unite (Sez. un. 27 aprile 2023, n. 17615)<sup>38</sup> riguardante un caso di riscrittura dell'art. 132 T.u.b., successiva alla l. 262/2005, che non aveva ribadito l'aumento di pena disposta da quella legge<sup>39</sup>. Tale opzione non appare tuttavia condivisibile, giacché la nuova

<sup>36</sup> La Corte Costituzionale, in materia di stupefacenti, ha evidenziato che la divaricazione di ben quattro anni tra il minimo edittale di pena previsto per la fattispecie ordinaria (otto anni di reclusione) ed il massimo edittale della pena comminata per quella di lieve entità (quattro anni di reclusione) prevista dall'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309/1990 costituisce un'anomalia sanzionatoria, in contrasto con i principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza, oltre che con il principio della funzione rieducativa della pena (Corte cost., 8 marzo 2019, n. 40, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 967, con nota di R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*).

<sup>37</sup> Da ultimo, sull'irretroattività della legge penale sfavorevole, cfr. M. GAMBARDELLA, *Dal "fatto" alla "legge": il contrasto delle Sezioni unite "Giordano" e "Magera" alla nozione costituzionale di abolitio criminis*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Giorgio Lattanzi*, Giuffrè, 2025, p. 353 ss.

<sup>38</sup> Cass. pen., sez. un., 23 febbraio 2023, n.17615, in *Foro it.*, 2023, II, c. 466.

<sup>39</sup> Così, F. MUCCIARELLI, *Intelligenza artificiale e condotte manipolative su strumenti finanziari: una nuova aggravante con effetto attenuante*, in *Sist. Pen.*, 17 ottobre 2025.

disposizione sanzionatoria si aggiunge, come ulteriore periodo, al primo comma della fattispecie di manipolazione del mercato, in cui è disciplinata la pena.

Nella forma dell'abrogazione tacita, occorre che sia emanata una disposizione, la quale, pur non identificando esattamente la disposizione da abrogare, detta una disciplina incompatibile rispetto a quella prevista da una disposizione precedente<sup>40</sup>. E per verificarsi tale incompatibilità tra le due norme contenute nelle disposizioni in questione (quella preesistente e quella successiva), esse devono avere lo stesso oggetto, denotare la stessa classe di fattispecie. La disposizione che qui ci occupa, invece, si aggiunge a quella relativa alla pena base: si tratta di una pena specifica per la classe di fattispecie di condotte manipolative, con l'uso dell'intelligenza artificiale.

In breve: nella abrogazione tacita di norme per incompatibilità si detta una nuova disciplina "sostituendola" alla disciplina previgente: nel nostro caso, invece, il legislatore ha "inserito" una ulteriore disciplina sanzionatoria per una "specifica ipotesi" (classe di fattispecie) in tema di intelligenza artificiale, reputandola di maggior disvalore.

Inoltre, è vero che dipende dall'interpretazione giurisprudenziale stabilire se la nuova norma sia incompatibile con quella precedente, e se quindi debba considerarsi abrogata; tuttavia, è la volontà del legislatore che rappresenta lo standard per riconoscere il fenomeno abrogativo per incompatibilità (assoluta o parziale)<sup>41</sup>. E qui non appare trasparire alcun intento legislativo volto a mitigare la pena, seppur effettivamente molto elevata, del reato semplice di manipolazione del mercato.

Infine, ultima soluzione prospettabile è quella che consenta al c.d. moltiplicatore di cui all'art. 39, l. 262/2005 un'applicazione analogica alla nuova circostanza aggravante, portando così la pena prevista per il fatto manipolativo commesso mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale dalla reclusione da due a sette anni a quella da quattro a quattordici anni. Trattandosi tuttavia di analogia *in malam partem*, violativa anche del principio di legalità delle pene<sup>42</sup>, il c.d. moltiplicatore non risulterebbe estensibile alla circostanza aggravante di nuovo conio.

Tutto ciò a meno che non si consideri l'art. 39, l. 262/2005 una norma "aperta"

---

<sup>40</sup> Si veda, sul punto, M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 270. Si veda anche R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2014, p. 313.

<sup>41</sup> Afferma che, nelle leggi di recente introduzione, l'intenzione soggettiva del legislatore è criterio interpretativo di primo piano, seppur non decisivo, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335 bis cod. pen.*, Giuffrè, 2019, p. 355.

<sup>42</sup> Si veda, da ultimo, con particolare riferimento alla riserva rigida in materia di determinazione delle sanzioni, M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2024, p. 804.

che permetta che le nuove pene inserite nel T.u.f. si adeguino di volta in volta, sottoponendole alla regola del raddoppio. Si tratta di una soluzione già intrapresa dalla giurisprudenza di legittimità che ha fatto propria la tecnica del rinvio “mobile” (o formale), il quale consente di fare riferimento non solo alla specifica norma preesistente ma anche alle sue successive vicende modificative, a differenza del rinvio “fisso” (o recettizio o materiale) per cui viene recepita per intero, senza che ne sia riprodotto il testo, solo la specifica disposizione incriminatrice all’epoca vigente<sup>43</sup>. L’art. 39 citato, invero, non sta in piedi da solo, è un frammento di norma che assume significato unicamente in relazione alle norme incriminatrici a cui rinvia.

Delineati solo alcuni dei possibili rimedi all’ossimoro rappresentato dalla nuova circostanza aggravante “attenuante”, appare comunque imprescindibile una soluzione capace di fugare ogni dubbio sulla pena applicabile tanto alla manipolazione semplice quanto a quella aggravata dall’impiego di sistemi di IA, alla luce della crescente rilevanza di tale reato per la tutela del corretto funzionamento del mercato finanziario e della fiducia degli operatori.

---

<sup>43</sup> Cass. pen., sez. 1, 28 gennaio 2005, n. 6775, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1436 ss., con nota di M. PICCARDI, *Considerazioni di diritto intertemporale sulla configurabilità dell’aggravante di cui all’art. 576 comma 1 n. 5 c.p. nell’ipotesi di omicidio commesso contestualmente al delitto di violenza sessuale di gruppo*, in cui la Corte ha affermato che la circostanza aggravante prevista dall’art. 576, comma 1, n. 5, c.p. per il reato di omicidio quando sia stato eseguito “nell’atto di commettere taluno dei delitti previsti dagli artt. 519, 520 e 521” è tuttora configurabile, nonostante l’abrogazione di queste ultime disposizioni ad opera dell’art. 1 l. 15 febbraio 1996 n. 66, con riferimento ai delitti di violenza sessuale di cui agli art. 609-*bis* c.p. ss. ed in particolare con riferimento all’autonoma fattispecie della violenza sessuale di gruppo prevista dall’art. 609-*octies* c.p.

In dottrina, sul rinvio mobile, cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2010, p. 128; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale artt. 1-9*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, 2011, p. 235.

## ABSTRACT

*L'adozione crescente di tecnologia e intelligenza artificiale (IA) nei mercati finanziari solleva nuove questioni penalistiche, in particolare riguardo al reato di manipolazione del mercato. Il contributo analizza l'uso di algoritmi e high frequency trading come strumenti di possibili commissioni del reato, discutendo se la responsabilità ricada sull'operatore umano o sull'algoritmo stesso. Si approfondisce inoltre la nuova circostanza aggravante introdotta dalla legge sull'IA (l. 23 settembre 2025, n. 132) nell'art. 185 T.U.F., che in realtà attenua la pena per le condotte manipolative poste in essere con l'uso dell'IA. A tal riguardo, si propone una serie di soluzioni volte a riportare a ragionevolezza la pena prevista per la manipolazione del mercato aggravata dall'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale.*

## PAROLE CHIAVE

Mercati finanziari – Abusi di mercato – Manipolazione del mercato –  
*High frequency trading* – Intelligenza artificiale – Circostanza aggravante

\* \* \*

MANIPULATIVE CONDUCT, HIGH-FREQUENCY TRADING, AND  
ARTIFICIAL INTELLIGENCE: ADDRESSING THE PARADOX OF THE  
“AGGRAVATING-MITIGATING” CIRCUMSTANCE

## ABSTRACT

*The growing adoption of technology and artificial intelligence (AI) in financial markets raises new criminal law issues, particularly concerning market manipulation. This paper analyzes the use of algorithms and high-frequency trading as potential tools for committing the offense, discussing whether liability should fall on the human operator or the algorithm itself. It also examines the new aggravating circumstance introduced by the AI law (Law No. 132 of September 23, 2025) in Article 185 T.U.F., which in fact mitigates the penalty for manipulative conduct carried out using AI, and proposes solutions to ensure the proportionality of the penalty for aggravated market manipulation.*

## KEYWORDS

Financial markets – Market abuse – Market manipulation – High-frequency trading  
– Artificial intelligence – Aggravating circumstance



dis  
CRIMEN  
*opinion*



## PROFILI EVOLUTIVI E QUESTIONI INTERPRETATIVE INTORNO AL DOVERE MILITARE DI OBEDIENZA \*

MAURIZIO BLOCK \*\*

Il problema del dovere di obbedienza e disobbedienza è uno dei punti centrali nello studio del diritto militare, amministrativo e penale, da anni, forse secoli.

Sfogliando, infatti, la *Rivista militare italiana*, pubblicata nell'ottobre di cento anni fa, troviamo un articolo di commento alle norme in materia di ordini militari, in cui l'autore rimarcava che l'adempimento all'ordine superiore è una virtù che «conviene strapparla mediante l'educazione e mediante le disposizioni che spronino ad obbedienza pronta e assoluta, sì!, ma serena, illuminata e coscienziosa»<sup>1</sup>.

Nello stesso anno, in *Istituzioni di diritto militare*, Bricito annotava come la miglior virtù della vita militare fosse «l'obbedienza pronta ed assoluta, intesa quale spirito d'abnegazione e di sacrificio del sé a vantaggio dell'interesse collettivo»<sup>2</sup>.

L'obbedienza è la chiave di volta che sostiene il consorzio militare. È, dunque, non solo un dato di comune esperienza, ma anche una acquisizione incontrovertibile di ogni sistema di diritto disciplinare militare, dalle fonti di diritto attico fino alle esperienze in materia più eterodosse. Emblematica, in tal senso, è la riorganizzazione dell'Armata Rossa del 1924 (durata meno di un anno), che aveva in un primo momento previsto l'abolizione della categoria degli Ufficiali (considerata un'eredità dello zarismo) e quindi, in un'estrema applicazione del principio egualitario, aveva abolito i gradi. Ebbene anche in questo contesto ci si rese conto dell'irrinunciabilità di un sistema disciplinare basato su ordini vincolanti e, quindi, furono reintrodotte delle categorie gerarchicamente ordinate e riaffermato il dovere generale di obbedienza conseguente alla subordinazione.

Direi inoltre che ciò che distingue il rapporto di impiego riguardanti i militari ed i civili sta proprio nel atteggiarsi del rapporto gerarchico: per i civili l'impartizione di una disposizione non sempre ha imperatività immediata e lascia spazio di

---

\* È il testo della relazione svolta al convegno “*Tra autorità e autonomia. Lo spazio dell'obbedienza responsabile*”, organizzato, nell'ambito del progetto Prin 2022 Pnrr “*Rule of Law and The Problem of Responsible Obedience (ABIDE)*”, presso l'Università di Roma Tre il 17 ottobre 2025.

\*\* Procuratore Generale militare presso la Corte Suprema di Cassazione.

<sup>1</sup> Così in AA.VV., *Rivista militare italiana*, III – XIX, Roma, 1847, p. 47.

<sup>2</sup> Così in Z. BRICITO, *Istituzioni di diritto militare*, Torino, 1904, p. 175.

interpretazione e un lasso di tempo ragionevole nell'esecuzione, in ambito militare ciò non avviene perché l'esecuzione per tradizione deve essere immediata ed ha il carattere di astrattezza nel senso che non comporta la valutazione di merito ma ne prescinde, un po' come in campo commerciale si dice per i titoli di credito che astraggono dal rapporto sottostante ed hanno una loro autonomia a prescindere da quest'ultimo.

Ebbene, ferma restando l'irrinunciabilità, nel contesto castrense, del dovere di obbedienza dei subordinati, la domanda che dobbiamo porci è: nei cent'anni che sono trascorsi dalle citazioni illustrate in apertura, l'endiadi gerarchia-subordinazione si è evoluta o conserva ancora rigidi tratti tradizionali?

In altre parole, il concetto di obbedienza cieca è sempre attuale o si è mitigato in favore di una obbedienza ragionata, mediata, o mi si consenta il termine, intelligente?

Il punto di partenza irrinunciabile è, certamente il secondo comma dell'art. 52 Cost., che informa l'ordinamento delle Forze armate allo spirito democratico della Repubblica.

Indubbiamente si tratta di una norma programmatica, la cui forza precettiva sarebbe subordinata all'*interpositio legislatoris*. Quest'ultimo, dunque, sarebbe il vero destinatario della norma ed il cittadino (militare) resterebbe privo di posizioni giuridiche soggettive direttamente azionabili davanti al giudice o all'Amministrazione militare.

In materia, già dalle sue prime pronunce, la Corte costituzionale ha però sempre assunto un atteggiamento di *sfavor* (o comunque d'interpretazione restrittiva) in ordine alla distinzione tra norme precettive e norme programmatiche. Pronunciandosi, già negli anni '50 (sentenza 1/1956), in merito al principio di capacità contributiva (ma con considerazioni certamente estensibili alla materia in trattazione), i giudici della Consulta hanno evidenziato che anche il c.d. "programma" del legislatore può avere una propria coercibilità. Ciò ovviamente non esime il legislatore dal dare piena attuazione alla disposizione costituzionale in commento con la conseguenza che anche la norma precettiva ha un suo valore immediato e non solo mediato.

Ne consegue che l'attuazione del principio di adeguamento del mondo militare alle norme costituzionali comporta anche la volontà di operare un taglio netto rispetto a un passato buio e acquisire uno dei principi innovativi espressi dall'esperienza dei Tribunali di Tokio e Norimberga: l'ordine superiore non è sempre legittimo e non scrimina sempre<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> L'affermazione del principio della responsabilità penale individuale risale già al secondo dopoguerra, quando esso venne fissato nello Statuto dei Tribunali di Norimberga e di Tokyo e contemplato

L'intervento del legislatore, come purtroppo sovente accade nel contesto militare, si fece attendere.

Infatti, fino agli anni '60 del secolo scorso la materia era regolata da ogni Forza Armata in modo autonomo e, solo nel 1964, venne finalmente emanato un regolamento disciplinare unico.

Tale primo esperimento "unitario", che ha il pregio di aver dato inizio al processo di "democratizzazione" delle Forze Armate (nel senso di armonizzarne l'ordinamento con i principi della Costituzione repubblicana), venne comunque duramente criticato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, soprattutto per l'approccio ottocentesco con cui era stata trattata la condizione e l'etica militare: le norme militari erano precetti che quasi nulla avevano di giuridico e che risuonavano più di catechesi etica<sup>4</sup>. Il prologo di quel regolamento lo qualificava (e cito) come «il codice morale delle Forze armate» ed enunciava «i principi e indica i metodi per creare e rafforzare una sostanziale disciplina quali formano la base e la forza dell'istituzione militare».

Emblematica di una tecnica legislativa che, assumendo toni quasi sacrali, sfuggiva ad una piena attuazione del predetto art. 52 Cost., è la disposizione sulla disciplina militare, definita come «l'unificazione di tutte le volontà individuali che compongono le Forze armate, sotto la volontà suprema di chi comanda: unità di direzione e di comando [...] Nella subordinazione e nell'obbedienza sta veramente l'essenza della disciplina militare».

---

nelle Convenzioni di Ginevra del 1949. Adesso, il principio è ben chiarito all'art. 25 dello Statuto della Corte Penale Internazionale.

Si tratta, dunque del superamento dell'ormai datato principio del *respondeat superior* – applicato in maniera pacifica dalla giurisprudenza internazionale fino alla Seconda guerra mondiale – secondo il quale il semplice fatto di aver obbedito ad un ordine impartito dal superiore gerarchico escludeva ogni responsabilità per il subordinato, qualunque fosse la consistenza (legittima o illegittima) del comando e del fatto commesso rispondeva, appunto, il superiore. merge chiaramente, in questa teoria, la prevalenza di un'impostazione statocentrica, protesa alla salvaguardia della gerarchia militare la cui azione era considerata necessaria alla corretta attuazione degli interessi dello Stato. In argomento, tra gli altri, v. E. AMATI, *L'ordine del superiore*, in E. AMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2010, 261 ss.

Per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione storica e della struttura dei rapporti intercorrenti tra superiore e subordinato in relazione alla responsabilità da comando, si faccia riferimento alle opere di A.M. MAUGERI, *La responsabilità da comando nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2007, 21 ss. e C. MELONI, *Command responsibility in international criminal law*, L'Aia, 2010.

<sup>4</sup> È stato, comunque, osservato in dottrina che la nozione di disciplina militare non è estranea un aspetto etico psicologico. Essa, infatti, non si riferisce soltanto a una regola tecnica, bensì include, per certi aspetti, il riferimento a una regola morale, a una regola di condotta, che investe profili squisitamente etici del comportamento del militare. Cfr. sul punto R. VENDITTI, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, V ed., Milano, 1995, p. 198.

La prima, vera, riforma organica dell'ordinamento militare, finalmente attuativa in parte del dettato costituzionale, intervenne con la legge 382 del 1978, che, per quanto di nostro interesse ora, nel prevedere il dovere di obbedienza in conformità al giuramento prestato, all'art. 4<sup>5</sup>, fu per la prima volta imposto il limite oggettivo della funzionalizzazione dell'ordine al servizio e alla disciplina, che approfondiremo più avanti.

Nel 1986, intervenne una seconda riforma, la quale, però (nella materia di nostro interesse), si limitò a riportare la disciplina previgente.

L'evoluzione geopolitica successiva e i primi impegni esteri di contingenti di una certa consistenza (dalla missione in Libano, a quella in Albania, dalle operazioni in Iraq, al Kosovo, dalla Bosnia all'Afghanistan) resero necessaria una nuova azione del legislatore.

Su questo assetto, dunque, intervenne, riordinando e aggiornando un materiale normativo magmatico e datato, il Codice dell'ordinamento militare (d.lgs. 66/2010) e relativo regolamento di attuazione (oggi vigenti), i quali, ovviamente, perimetrano in modo puntuale e preciso il rapporto giuridico di diritto pubblico di supremazia-subordinazione e, per l'effetto, il dovere di obbedienza

Ai sensi dell'art. 1346 del Codice, la «disciplina del militare è l'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare in relazione ai compiti istituzionali delle Forze armate e alle esigenze che ne derivano. Essa è regola fondamentale per i cittadini alle armi in quanto costituisce il principale fattore di coesione e di efficienza». Rispetto ai previgenti regolamenti militari, quindi, il nucleo centrale di osservanza della disciplina militare si è spostato dalla assoluta fedeltà alla persona del superiore alla consapevole osservanza delle disposizioni di servizio finalizzate al raggiungimento degli scopi istituzionali delle Forze Armate, definiti all'art. 89 del medesimo Codice.

Lo strumento che attiva il predetto rapporto è l'ordine.

Per concorde opinione dottrinale e giurisprudenziale si tratta di un atto amministrativo, unilaterale recettizio, in generale libero nella forma (essendo sufficiente la senso-percezione da parte del destinatario a dare a questo forza cogente) nel quale la motivazione come detto è assente e la sua validità ed efficacia ha in linea generale un valore assoluto.

Incidentalmente, va sottolineato che spetta certamente al giudice penale (militare, normalmente e ordinario, nei casi di connessione) un sindacato disapplicativo in *bonam partem* sull'ordine illegittimo.

---

<sup>5</sup> La norma risulta abrogata, ed il contenuto precettivo dell'art. 4 è ora approfondito dagli artt. 626 del d.lgs. 66/2010, 717, 715 e 729 del D.P.R. 90/2010

Conseguenza di tale carattere dell'ordine è che diversamente da altri settori del pubblico impiego, al militare non è consentito in linea di principio alcun sindacato sull'ordine.

Ma vi sono delle deroghe a questo principio che io sintetizzo nei seguenti punti.

Primo: se il militare non può eseguire, per contingente situazione, gli ordini ricevuti o se sono chiaramente mutate le circostanze che ne avevano determinato l'emanazione egli, ai sensi dell'art. 717 del regolamento ha il dovere (si badi, non l'opportunità) di agire di iniziativa, razionalmente e con senso di responsabilità per conseguire lo scopo particolare al quale mirava l'ordine originario.

Secondo: il militare al quale è impartito un ordine che non ritiene conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni (c.d. rimostranza<sup>6</sup>), ed è tenuto a eseguirlo se l'ordine è confermato.

Terza: il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori.

Appare chiaro che le prime due ipotesi testualmente previste dalla legge configurino un avanzamento nella concezione tradizionale dell'ordine: l'obbedienza, infatti, non è più cieca ma diventa intelligente ed è la stessa legge che lo impone configurando un obbligo di interlocuzione tra il superiore e l'inferiore che valorizza il rapporto gerarchico dandogli un nuovo connotato fondato sulla comunicazione e sulla cooperazione finalizzata alla realizzazione dell'interesse pubblico.

Ed è significativo che tale disposizione non sia limitata al solo tempo di pace ma abbia una valenza generale anche se la situazione in cui si verifica (tempo di pace o conflitto armato) non può non avere un'influenza ai fini della maggiore imperatività e necessità di immediata esecuzione

La terza ipotesi configura invece un vero e proprio dovere di disobbedienza e presenta l'ovvia problematica afferente al requisito di manifesta natura criminosa dell'ordine.

Già l'art 40 c.p.m.p. nella sua originaria formulazione stabiliva che se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde sempre chi

---

<sup>6</sup> In materia, in dottrina, si è sottolineato che la disobbedienza non può sussistere in tutti i suoi elementi quando l'inferiore ha giustificate ragioni per non eseguire l'ordine e fa immediatamente presenti al suo superiore tali ragioni, sostituendo alla pronta obbedienza la pronta rappresentazione delle ragioni stesse (cfr. R. VENDITTI, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, cit., p. 216 e 217).

ha dato l'ordine ma risponde «del fatto anche il militare che ha eseguito l'ordine quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato».

Con la legge 382/78 tale articolo è stato abrogato con la conseguenza che oggi si applica l'art. 51 del codice penale secondo cui «Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine».

L'art. 51 c.p. va posto in correlazione con l'art. 4 della legge 382/78 (riprodotto testualmente nell'art. 1349 del d.lgs. 66/2010) secondo cui «Il militare al quale viene impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori».

Come si coordinano i due articoli citati?

L'art. 51 c.p. configura una scriminante per l'ipotesi in cui il militare o civile commetta un reato quando abbia per errore scusabile ritenuto di adempiere ad un ordine legittimo ovvero quando non gli sia consentito alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine; a precisazione di ciò l'art. 4 legge 382/78 spiega che è sempre sindacabile l'ordine manifestamente criminoso o rivolto contro le istituzioni dello Stato<sup>7</sup>.

Conseguentemente il militare che commetta un reato eseguendo un ordine manifestamente criminoso o rivolto contro le istituzioni dello Stato ha l'obbligo di non adempierlo perché altrimenti risponde del reato stesso<sup>8</sup>.

Il che sposta la questione interpretativa sul quesito: cosa vuol dire “ordine manifestamente criminoso”?

Manifestamente criminoso significa oggettivamente criminoso? O va ravvisato anche un profilo soggettivo?

Un ordine che oggettivamente sia criminoso non vi è dubbio che vada disatteso.

Tale giudizio di manifesta criminalità va effettuato dal giudice con un giudizio *ex ante* valutando cioè tutte le circostanze di luogo di tempo e di persona che esistevano in quel momento e che si palesavano all'autore del reato. Il giudice può ravvisare

<sup>7</sup> Cfr. V. GARINO, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere nel diritto penale militare*, in *Dig. Disc. Pen.*, V, Torino, 1990, p. 331.

<sup>8</sup> D. PULITANÒ, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, p. 329.

la manifesta e oggettiva criminalità e condannare il militare che ciò nonostante abbia eseguito l'ordine<sup>9</sup>.

Come corollario evidentemente ne deriva che non sarà ipotizzabile la disobbedienza in caso di inesecuzione di ordine manifestamente criminoso, sia perché l'ordine non era attinente al servizio o alla disciplina sia perché sarebbe comunque configurabile la scriminante della difesa legittima o dello stato di necessità

Ma *quid iuris* in questi casi.

- il militare non percepisce la manifesta criminalità dell'ordine e lo esegue;
- l'ordine non è manifestamente criminoso ma il militare né percepito la criminalità e quindi non lo adempie;
- infine, l'ordine non è manifestamente criminoso ma il militare né percepito la criminalità e vi adempie ciò nonostante.

Ebbene, una moderna concezione del diritto penale (che in linea con la giurisprudenza di legittimità valorizza il profilo volontaristico del dolo [anche eventuale]) deve far propendere per la concezione soggettiva: eccezion fatta, come si dirà, per le ipotesi dei *crimina iuris gentium*, sarà necessaria una indagine volta ad accertare se il militare fosse, in concreto ed *ex ante*, in grado di percepire non già la contrarietà dell'ordine al diritto penale, ma la sua "manifesta" contrarietà a quest'ultimo (dunque, con esclusione del dolo eventuale)<sup>10</sup>.

Una conferma di tale interpretazione si ricava da una recente pronuncia dalle Sezioni Unite, secondo cui l'incertezza se una condotta sia o meno reato (in questo caso, l'incertezza se obbedire o meno) ed anche la stessa incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma non abiliterebbe, da sola, a invocare la condizione soggettiva di ignoranza inevitabile della legge penale, in quanto il dubbio circa la liceità o meno di una condotta, ontologicamente inidoneo a escludere la consapevolezza dell'illiceità della medesima, deve indurre l'agente a un atteggiamento di cautela, fino all'astensione dalla condotta antiggiuridica, ovvero, nel nostro caso, dalla disobbedienza<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. M. RINALDI, *Diritto militare*, Padova, 2011, p. 214.

<sup>10</sup> Come osservato in VEUTRO, AA. VV., *Manuale di diritto e procedura penale militare*, Milano, 1976, p. 185, «il criterio per valutare il carattere manifesto della criminalità – manifesto significa facile a toccare con mano – non può essere meramente oggettivo. Non ha molto senso, infatti, prendere come parametro il solito tipo medio di cittadino militare questa volta: eguale essendo la posizione di tutti i militari di fronte all'ignoranza della legge penale o dei doveri inerenti allo stato militare, la possibilità di valutare la criminalità dell'ordine dipende dalla conoscenza degli elementi di fatto, diversa in relazione al punto di osservazione dei vari militari».

<sup>11</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 10 giugno 21994, n. 8154.

In altre parole: il militare che abbia il dubbio (ma non la certezza) che la condotta ordinata costituisca reato è tenuto alla rimostranza e, in caso di conferma dell'ordine, è tenuto a obbedire fatto salvo che sia chiaro e manifesto che l'ordine costituisca reato caso in cui non dovrà adempiere altrimenti risponderà del reato commesso.

Per ritornare alle prima ipotesi fatta, qualora il militare non percepisca la criminalità dell'ordine in conseguenza di un errore, si applicherà l'art. 51 terzo comma sempre che l'errore sia scusabile e non sia un errore di diritto perché quest'ultimo non scriminerebbe (ad esempio il militare si giustifichi dicendo di non sapere che il "saccheggio" costituisca reato): infatti l'errore non scrimina se cade su legge penale, ma può scriminare, come detto, ai sensi del terzo comma dell'art. 51 c.p. se cade sul fatto o su legge extrapenale (obbedisco all'ordine di raccogliere del materiale credendolo, senza colpa, di proprietà dell'Amministrazione o *res nullius*).

Nella seconda ipotesi se il soggetto non adempie l'ordine che non sia manifestamente criminoso, nessun reato viene commesso per ordine dell'autorità ed il problema si sposta sulla disobbedienza ma egli non commetterà il reato di disobbedienza qualora provi che l'ordine era comunque criminoso e che quindi egli ha agito per stato di necessità o legittima difesa o comunque di fronte ad un ordine che non era attinente al servizio e alla disciplina.

Infine nell'ultima ipotesi siamo di fronte ad un ordine non manifestamente criminoso di cui il militare abbia compreso la criminalità, ma ciononostante vi adempia: il problema qui si sposta sotto il profilo della prova perché sarà difficile penetrare nella sua sfera personale ma, a mio parere, anche qualora ammetta di avere percepito la criminalità dell'ordine ma ciò nonostante vi abbia ottemperato, propenderei per la conclusione della sua non colpevolezza perché secondo i principi indicati la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità di essendo, l'ordine non manifestamente criminoso. È questa un'ipotesi in cui l'aspetto soggettivo non ha rilievo.

Vorrei ricordare che disposizioni del sostanziale medesimo tenore sono contenute nello Statuto di Roma ratificato dall'Italia nel luglio 2002 e che all'art. 33 stabilisce quanto segue:

«Il fatto che un reato passibile di giurisdizione della Corte sia stato commesso da una persona in esecuzione di un ordine di un governo o di un superiore militare o civile non esonera tale persona dalla sua responsabilità penale, salvo se:

- a) la persona aveva l'obbligo legale di ubbidire agli ordini del governo o del superiore in questione
- b) la persona non sapeva che l'ordine era illegale; e

c) l'ordine non era manifestamente illegale.

Ai fini del presente articolo, gli ordini di commettere un genocidio o crimini contro l'umanità sono manifestamente illegittimo».

Come si può notare la disposizione non è difforme da quella in vigore nel nostro ordinamento in quanto il soggetto è scriminato in poche circostanze tra cui quella in cui l'illiceità non era evidente (fatto non manifestamente criminoso). Nei casi di reati di genocidio o crimini contro l'umanità essendo tali fatti palesemente criminosi per la loro stessa natura non possono mai comportare la non punibilità del soggetto.

Ricordo che anche nel progetto del codice dei crimini internazionali redatto dalla Commissione Palazzo Pocar, di cui ho fatto parte, l'art. 11 prevedeva che se un crimine previsto dal codice è commesso per ordine del superiore civile o militare del crimine risponde sempre chi ha dato l'ordine. Risponde del crimine anche chi ha eseguito l'ordine, salvo che si tratti di ordine non sindacabile il cui carattere criminoso non gli fosse noto o non gli fosse manifesto. Anche i crimini di genocidio e contro l'umanità sono considerati manifestamente criminosi. Questo è un principio che dovrebbe trovare esplicito riconoscimento anche nel nostro ordinamento anche se la gravità dei reati in questione fa sì che la criminalità dell'ordine sia sempre manifesta.

Nel progetto, che viene sostanzialmente ricalcato anche nel successivo progetto Nordio, viene enfatizzato l'aspetto soggettivo rispetto alla nostra disciplina in quanto viene dato rilievo a mio parere anche alla percezione del carattere criminoso dell'ordine attraverso la dizione «salvo che... il carattere criminoso non gli fosse noto»).

Al di fuori di queste casistiche si deve osservare che l'art. 1349 del Codice dell'ordinamento è chiarissimo: gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenere alla disciplina, riguardare le modalità di svolgimento del servizio e non eccedere i compiti di istituto. Ecco nuovamente i due beni giuridici (servizio e disciplina) che innervano, quasi fossero la *Grundnorm*, l'ordinamento militare.

In tale ottica la Corte costituzionale ha provveduto ad espungere dal sistema di tutela penale della disciplina (che approfondiremo a breve) fatti in cui il legame con le prestazioni di servizio non fosse obiettivamente percepibile<sup>12</sup>.

La disciplina è, allora, meritevole di una appropriata tutela a seconda del grado di lesività che una violazione di questa possa cagionare alla prestazione di servizio. Questo è, infatti, secondo la più moderna dottrina, il bene oggetto di tutela che si

---

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost., 21 febbraio 2001, n. 39; Id., 19 dicembre 1991, n. 467; Id., 11 gennaio 2023, n. 25.

dipana in un crescendo di incisività di sanzioni che sono la sanzione penale e quella amministrativa<sup>13</sup>.

La tutela della disciplina militare vede, infatti, l'astratto intervento di due giurisdizioni. Nell'ipotesi in cui la violazione del dovere di obbedienza non sia grave e, quindi, sia irrogata una sanzione disciplinare, sulla contestazione di questa sarà chiamato a statuire il g.a. in giurisdizione esclusiva (mentre, naturalmente, per i rapporti privatizzati la giurisdizione è ordinaria).

Nell'ipotesi in cui la violazione del dovere di obbedienza sia grave, l'ordinamento reagisce criminalizzando la condotta e, dunque, competente a conoscere la medesima ed, eventualmente, ad irrogare la sanzione è il giudice penale militare.

La disciplina è, infatti, uno dei due macro beni giuridici (l'altro è il servizio<sup>14</sup>) alla cui tutela è predisposto un intero titolo del codice penale militare di pace<sup>15</sup>.

Due sono le grandi famiglie dei reati contro la disciplina.

La prima è la condotta base, ovvero la disobbedienza (art. 173), che punisce il militare, che rifiuta, omette o ritarda di obbedire a un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore.

La seconda famiglia è quella dei reati complessi contro la disciplina, in cui alla condotta base di disobbedienza si aggiunge un ulteriore elemento caratterizzante. Così, in caso di pluralità di soggetti attivi (almeno quattro) il reato si convertirà, a seconda delle modalità esecutive, in rivolta o ammutinamento. Ancora, ove alla disobbedienza si aggiunga la violenza o l'ingiuria verrà in essere l'insubordinazione. Infine, ove la disobbedienza avvenga nei confronti di un militare che è tenuto a far rispettare una consegna, il reo incorra nel reato di forzata consegna.

Tutto ciò sposta il problema sulla concreta individuazione della linea di demarcazione tra violazione dell'ordine rilevante sul piano disciplinare e condotta penalmente rilevante.

Indagine complessa, alla luce della riconosciuta applicabilità ai reati militari dell'art. 131-*bis* c.p.

<sup>13</sup> Confronta, S. RIONDATO, *Profili dello stato di attuazione dei principi della disciplina militare*, in *Id.*, *il nuovo ordinamento disciplinare delle forze armate*, Padova, 1995, p. 38 ss.

<sup>14</sup> G. RICHIELLO, *Note sulla oggettività giuridica dei reati contro la disciplina militare*, in *Giust. pen.*, 1966, II, p. 881.

<sup>15</sup> In materia, in giudici di legittimità hanno rilevato che il reato di disobbedienza è un reato monoffensivo contro la disciplina militare diretto a tutelare in via esclusiva la lesione di detta disciplina, onde assicurare il corretto funzionamento dell'apparato militare a mezzo dell'osservanza dell'ordine impartito dal superiore gerarchico (cfr. Cass. pen., sez. I, 30 marzo 2007, *Calamia*, in *Rass. Giust. Mil.*, 2007, p. 40).

Consolidata è, al riguardo, la giurisprudenza della prima sezione della Cassazione: nel 2024, ad es., è stata riconosciuta l'assoluta marginalità del danno al servizio arrecato dalla disobbedienza all'ordine impartito dal superiore di interrompere la registrazione del colloquio in corso<sup>16</sup>.

Diversamente, proprio quest'anno, si è ritenuta non applicabile la causa di non punibilità alla disobbedienza all'ordine, impartito nel contesto pandemico da COVID-19, di indossare la mascherina. In quel caso, in effetti, è stata valorizzata l'intensità del dolo (l'ordine fu più volte reiterato) e il rischio elevato a cui (ad un giudizio *ex ante*) quella condotta ha esposto la compagine militare in cui era assegnato il reo.

Dall'analisi di queste e altre pronunce di legittimità emerge netto l'orientamento secondo cui, ai fini dell'applicabilità dell'art. 131-*bis* al reato di disobbedienza è necessario valutare, oggettivamente, l'incidenza dell'ordine violato, quantomeno in prospettiva, sulla regolarità ed efficienza del servizio cui l'ordine era correlato<sup>17</sup>.

Ecco allora che volendo applicare le coordinate appena tracciate alla fattispecie dogmaticamente forse più complessa, ovvero quella del ritardo nell'esecuzione dell'ordine, possiamo schematizzare come segue:

- ritardo che non lascia intercorrere un apprezzabile spazio di tempo tra ordine ed esecuzione, con danno nullo per il servizio: sanzione disciplinare diversa dalla consegna di rigore, per violazione dell'art. 729 del regolamento<sup>18</sup>;
- ritardo che si manifesti in un apprezzabile spazio di tempo tra ordine ed esecuzione, con danno nullo per il servizio; applicazione della consegna di rigore, ai sensi dell'art. 751 del regolamento<sup>19</sup>;
- ritardo che si manifesti in un apprezzabile spazio di tempo tra ordine ed esecuzione, con danno di lieve o media entità: applicazione della sanzione

<sup>16</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, 3 settembre 2024, n. 33369.

<sup>17</sup> Al riguardo, si discute se valga concretare il reato di disobbedienza un formale atto di rifiuto, al quale faccia successivamente seguito la concreta esecuzione dell'ordine intimato. La giurisprudenza (cfr. Corte Mil. App., sez. dist. Verona, 7 luglio 1989, *Santarelli*, in *Rass. Giust. Mil.*, 1989, p. 475; Corte Mil. App., sez. dist. Napoli, 25 ottobre 1988, *Camarda*, *ivi*, p. 145) in generale opta per una risposta positiva al quesito, e in tal senso si orienta anche quella dottrina che sottolinea come il rifiuto, pur se seguito da un successivo adempimento, leda comunque di per sé la disciplina militare e compromette al contempo le esigenze del servizio (V. GUARINO, voce *disobbedienza nel diritto penale militare*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, p. 148).

<sup>18</sup> Cfr. Corte Mil. App. Verona, 7 ottobre 1993, Maffeis, *Rass. Giust. Mil.*, 93, p. 359.

<sup>19</sup> In materia cfr. anche S. SETTI, *Coordinate teorico-applicative del reato di disobbedienza*, in *Rass. Giust. Mil.*, 2017, V, p. 34 ss.

disciplinare di stato, anche eventualmente a seguito di assoluzione per declaratoria di non punibilità *ex art. 131-bis c.p.*;

- ritardo che si manifesti in un apprezzabile spazio di tempo tra ordine ed esecuzione, con danno di medio-alta o superiore al servizio: sanzione penale *ex art. 173 c.p.m.p.*

Fin qui la norma vigente. Quali le prospettive?

Il codice penale militare di pace (e di guerra) è un materiale normativo datato, meritevole di un rinnovamento alla luce degli scenari nazionali, sovranazionali e geopolitici radicalmente diversi rispetto a quelli in cui, nel 1941, le Forze armate erano chiamate ad operare. Meriterebbe pertanto una rivisitazione adeguata ai tempi in cui la distinzione tra pace e guerra non è più attuale: oggi lo è meno, poiché le situazioni conflittuali interne ed internazionali vivono di intensità assai diverse. Le stesse missioni internazionali cui hanno preso e prendono parte contingenti italiani si differenziano grandemente per livello della minaccia: assai elevato nell'operazione *Enduring Freedom* in Afghanistan e molto limitato nell'Operazione in Kosovo. È evidente che una disobbedienza commessa nel contesto della prima produce effetti assai più gravi per la sicurezza del reparto schierato rispetto allo stesso reato commesso nel contesto della seconda.

Inoltre, sull'impianto codicistico militare si sono via via innestati strumenti deflativi e premiali (abbiamo prima citato il 131-*bis*) i quali, a volte, hanno in pratica annullato la contropinta penale. Proprio guardando al tetto edittale dell'art. 173 del codice penale militare di pace, considerato che la maggioranza dei militari è rivestita di un grado (dunque opera la rispettiva aggravante), nell'*id quod plerumque accidit* la sanzione massima irrogabile è di un anno e quattro mesi di reclusione militare in caso di giudizio di prevalenza delle aggravanti.

Ora, normalmente un militare imputato è incensurato (essendo condizione richiesta dai bandi di arruolamento) e la commissione di una disobbedienza (quasi sempre in dolo d'impeto) è indice di scarsa capacità a delinquere.

Ciò, nelle ipotesi (invero rara) in cui si giunga a condanna con rito ordinario e non si applichi la particolare tenuità, comporta la quasi automatica applicazione della sospensione *ex art. 163 c.p.* Non solo, nell'ipotesi (astratta) di mancata applicazione della citata sospensione, la pena detentiva non sarebbe comunque irrogabile in ragione dell'applicazione delle sanzioni sostitutive (in sede di cognizione) e/o misure alternative alla detenzione (in sede di esecuzione) introdotte di recente dalla Riforma Cartabia.

Non solo, nella maggior parte delle ipotesi l'imputato accede a riti alternativi (si pensi alla MAP<sup>20</sup>) aventi l'effetto di estinguere il reato<sup>21</sup>.

Mi chiedo e vi chiedo allora se la "vera" risposta sanzionatoria non sia quella disciplinare conseguente all'acquisizione ed alla valutazione, da parte dell'Amministrazione, delle risultanze processualpenali.

Il che, nei fatti, rimette in discussione la distinzione tra penale e disciplinare, quantomeno circa la disobbedienza che, ad oggi, è condotta sostanzialmente e fattualmente "depenalizzata".

Dunque, auspico una revisione del sistema penale militare, che sappia porsi come strumento idoneo a garantire, nel rispetto delle coordinate costituzionali e sovraordinate, l'efficienza del sistema della Difesa che, durante la pandemia da COVID-19, fu definito "il pronto soccorso della Repubblica" e che oggi, alla luce delle sfide multidominio di un mondo che sembra tornare a polarizzarsi, necessita di un *corpus* normativo in grado di reggere le sfide che si profilano all'orizzonte.

---

<sup>20</sup> M. NUNZIATA, *Appunti sul sistema sanzionatorio penale militare: le sanzioni sostitutive di pene detentive brevi; il ragguglio di pene pecuniarie; la cosiddetta messa alla prova*, in *Rass. Giust. Mil.*, 2018, V, p. 10 ss. e Id., *Il disposto dell'art. 24, c. 2, codice penale: porta d'ingresso della pena pecuniaria nel diritto penale militare?*, in *Riv. Pen.*, 1997, p. 1073 ss.

<sup>21</sup> In materia, è possibile approfondire in V. MAGGI, *Sanzioni alternative, depenalizzazione, e sistema penale militare*, in *Rass. Giust. Mil.*, 1980, p. 643; R. VENDITTI, *L'affidamento in prova del condannato militare: un ampliamento obbligato, ma preoccupante*, in *Giur. Cost.*, 1992, p. 1023. Analogamente, G. DELLI PAOLI, *Postille in tema di applicazione della l. 26 luglio 1975 e successive modificazioni ai detenuti militari*, in *Rass. Giust. Mil.*, 1978, p. 385.



## AUTORICICLAGGIO: UNA PREMESSA CRIMINOLOGICA E ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE \*

GABRIELE CIVELLO \*\*

1. Prima di entrare *in medias res* sui profili tecnico-giuridici dell'autoriciclaggio, mi sembrava interessante partire da un piccolo dato criminologico, che forse non viene sempre adeguatamente valorizzato.

Generalmente, nei libri di diritto penale, gli aspetti criminologici costituiscono perlopiù una sorta di “appendice finale”, una parte conclusiva e quasi marginale della trattazione (così, ad esempio, ho pensato di fare nel libro *Autoriciclaggio: teoria e prassi* del 2022, dal momento che non sono un criminologo e, pertanto, non ero in grado di predisporre, all'interno di un lavoro monografico, un'intera parte o un lungo capitolo di criminologia, bensì solo alcune considerazioni sintetiche e conclusive).

Al netto di ciò, oggi mi sembrava utile svolgere qualche premessa di natura criminologica, non solo perché in aula vi sono studenti che forse non conoscono sufficientemente l'argomento, ma anche perché mi pare si tratti di riflessioni che, poi, producono effetti di rilievo anche sul piano teorico e applicativo.

Il quesito è: quale è il “tipo criminologico” del delitto di autoriciclaggio? E quale è il concreto fenomeno criminoso che la norma dell'art. 648-ter.1 c.p. si prefigge di prevenire e di sanzionare?

Volendo semplificare molto, credo che alla prima domanda vi siano due possibili risposte “estreme” (alla seconda domanda, invece, cercherò di dare una risposta *infra*).

Se noi pensiamo che il tipo criminologico dell'auto-riciclaggio non sia poi così diverso da quello del riciclaggio *tout court* di cui agli artt. 648-bis e 648-ter c.p., allora saremo poi portati a interpretare l'auto-riciclaggio semplicemente come già facevamo fino ad oggi con il riciclaggio e l'illecito reimpiego: l'autoriciclaggio sarebbe, così, una specie di “alter ego” o di “costola” del riciclaggio, riproponendone i contorni e i contenuti.

Ma se, invece, riteniamo che l'autore-tipo dell'autoriciclaggio sia *diverso*

---

\* Relazione al convegno *Riciclaggio e autoriciclaggio nei reati tributari*, organizzato dal Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario dell'Università di Padova (Padova, Palazzo Bo, Aula Nievo, 17 ottobre 2025; introduzione e moderazione di Enrico Mario Ambrosetti; relatori anche Erminio Mammucci e Paolo Giustozzi; organizzatori Chiara Silva, Alice Ferrato e Angelo Zambusi).

\*\* Ricercatore di tipo B) di diritto penale presso l'Università degli Studi di Cagliari.

dall'agente-tipo del riciclaggio "classico", allora io credo che questa convinzione iniziale dà tutta un'altra piega alle nostre riflessioni: in questo caso, ci rendiamo conto che studiare l'auto-riciclaggio solleva in realtà questioni, dubbi e problemi in gran parte nuovi e autonomi rispetto al tema del riciclaggio "tradizionale".

Di fronte a questo bivio, più rifletto sull'autoriciclaggio nella teoria e nella prassi, e più mi convinco – forse mi sbaglierò – che gran parte della galassia "autoriciclaggio" è cosa autonoma, indipendente e separata rispetto al tema tradizionale del riciclaggio. Questo perché molto diverso è il *tipo criminologico* ma direi anche "antropologico" sotteso alle due figure di reato, e cerco di tratteggiarlo in poche parole.

Se rileggiamo la norma incriminatrice, "autoriciclatore" può essere chiunque, anzi: generalmente, chiunque commetta un reato dal quale derivi, direttamente o indirettamente, un prodotto, un prezzo o un profitto economicamente apprezzabile sarà poi anche, quasi "inevitabilmente", anche un autoriciclatore. Si va dal pubblico ufficiale corrotto o concussore, all'evasore fiscale; dall'autore di reati contro il patrimonio, al trafficante di stupefacenti; dal terrorista al mafioso, e così via.

A me pare che, se *infiniti* sono i reati-presupposto dell'autoriciclaggio, altrettanto *infiniti* siano anche i tipi criminologici dell'autoriciclatore.

Inoltre, come noto, l'autoriciclaggio si trova sempre costantemente in bilico, sul crinale scivoloso del *bis in idem*: infatti, quale è il soggetto che commette reati economici, o che comunque producano un provento economico, il quale poi si limiti a consumare e a dissipare l'intero profitto per finalità puramente personali, di mero autoconsumo? Credo che si tratti di una minoranza di casi.

Nella grande maggioranza di casi, invece, chi commette un reato che produca ricchezza sarà sempre e comunque *anche* un soggetto autoriciclatore, perché userà quasi sicuramente questa ricchezza quantomeno in "una" attività economica, imprenditoriale o finanziaria, anche considerata – poi lo vedremo – l'interpretazione assolutamente ampia, direi onnicomprensiva, che la Cassazione dà del concetto di "attività economica" (per esempio, anche una singola compravendita tra privati o un singolo bonifico bancario).

Quindi, il "tipo criminologico" dell'autoriciclaggio a me pare assolutamente eterogeneo e onnicomprensivo; per usare una metafora fisica, si può dire che esso appare *sfocato*, è difficile metterlo a fuoco, perché quanti sono i reati presupposto (cioè, *infiniti*...), tanti sono poi i tipi criminologici degli "autori" che commettono l'autoriciclaggio.

2. Si potrebbe replicare che questo fenomeno si verifica anche nel riciclaggio “normale” e, più a monte, nella stessa ricettazione *ex art. 648 c.p.*

In realtà, io non lo credo.

Il tipico soggetto ricettatore e riciclatore “tradizionale” è molto chiaro e individuabile: generalmente, si tratta di persone che ricettano o riciclano per professione e quasi per “tendenza” a delinquere: pensiamo allo “spallone” dedito alla ricettazione e al contrabbando di frontiera; al commerciante di opere d’arte rubate; o all’imprenditore che alimenta la propria attività riciclando e drenando soldi provenienti da terzi, da gruppi criminali o comunque da persone dedite al delitto.

È raro che un soggetto incensurato, totalmente estraneo ad ogni attività illecita, improvvisamente e in maniera isolata si metta ad acquistare e/o a smerciare dolosamente denaro o beni di provenienza illegale per fine di profitto.

Invece – a me pare – il tipo criminologico dell’autoriciclaggio è molto diverso, perché presenta caratteristiche più vaghe e indeterminate.

Ad esempio: un imprenditore evasore fiscale con molta probabilità sarà anche un autoriciclatore, perché utilizzerà questo denaro per pagare dipendenti, fornitori... o magari per pagare altre imposte o contributi previdenziali. Ma, probabilmente, lo stesso imprenditore non sarebbe mai disposto a ricevere e investire denaro illegale proveniente da *terzi*, da spacciatori, da estorsori e così via.

Quindi, soggetto “riciclatore” e soggetto “auto-riciclatore”, dal punto di vista criminologico e fenomenologico, appaiono spesso molto diversi tra loro.

Volendo fare un confronto un po’ ardito, possiamo dire che riciclaggio e autoriciclaggio hanno due “tipi d’autore” differenti, un po’ come l’omicidio volontario e l’aiuto al suicidio: chi commette l’aiuto al suicidio, generalmente, non commetterebbe mai un omicidio volontario, per nessuna ragione al mondo!

Ora, la vera aporia – ma mi fermo qui con le considerazioni criminologiche – è che il tipo d’autore dell’autoriciclaggio è troppo vago e generico, perché i reati presupposto sono infiniti e variegati (non a caso, la primissima figura di riciclaggio, introdotta agli albori della materia, conteneva un *numerus clausus* di reati-presupposto, proprio al fine di meglio individuare e scolpire la figura criminologica e, poi, criminosa sottesa alla nuova incriminazione); ma il fenomeno del riciclaggio che, invece, il legislatore mirava a prevenire era molto più preciso, perché riguarda prevalentemente le attività finanziarie e le attività imprenditoriali massive, organizzate.

Oggi si tende a ricomprendere nell’autoriciclaggio anche il singolo concussore o il singolo truffatore che, con il provento raccolto dal reato presupposto, compia an-

che un'isolata operazione di compravendita, anche tra privati; ma, in realtà, il fenomeno che le fonti nazionali e soprattutto internazionali miravano a prevenire era tutt'altro: era l'inquinamento del libero mercato imprenditoriale e finanziario, soprattutto da parte di soggetti professionali o imprenditoriali, non già da parte di singoli privati cittadini.

3. Tutta questa lunga premessa per dire cosa? Che – io credo – riciclaggio e autoriciclaggio, pur avendo un *nomen iuris* simile, in realtà sono due fenomeni criminali molto differenti, che meritano trattamenti giuridici e sanzionatori molto differenti (non a caso, le pene edittali in Italia sono diverse tra gli artt. 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter.1* c.p.).

Di contro, l'atteggiamento oggi ancora diffuso – soprattutto in giurisprudenza – tende quasi a parificare i due fenomeni e, di conseguenza, porta a interpretare e applicare l'autoriciclaggio, semplicemente riproponendo e ripetendo gli schemi già sviluppati in tema di riciclaggio.

Come mai avviene ciò, nella prassi applicativa?

Io credo che l'equivoco nasca da una sopravvalutazione del ruolo del bene giuridico tutelato nell'ambito delle riflessioni dogmatiche sul reato: siccome il bene giuridico – si dice – è lo stesso o sembra lo stesso, cioè sempre la trasparente concorrenza tra operatori economici e, in generale, la trasparenza dell'economia pubblica, a questo punto si vuole sostenere che riciclaggio e autoriciclaggio siano praticamente “la stessa cosa”, cambiando solo, *per accidens*, il loro soggetto attivo.

Secondo me, invece, la sovrapponibilità del bene giuridico tra le due fattispecie non dovrebbe essere valorizzata in modo eccessivo, perché la natura e la struttura delle due fattispecie è in gran parte differente.

E cerco di spiegarmi meglio.

L'autoriciclatore – come sappiamo – ha *già* commesso un reato dal quale è derivato un provento economicamente apprezzabile; egli ha già “nelle proprie mani” una somma di denaro di fonte illegale e, quindi, dovendo fare “qualcosa” con questo denaro, lo impiega in una attività (economica, imprenditoriale, finanziaria...).

Il riciclatore “classico”, invece, come d'altra parte il ricettatore, delinque *ex novo*: non ha commesso il reato presupposto e non vi ha concorso nemmeno moralmente. Semplicemente, dopo che è stato commesso da terzi un delitto, il riciclatore si attiva *ex novo* per ricevere e impiegare il relativo provento delittuoso.

Ebbene, si tratta di due fenomeni molto diversi; e non è un caso, ripeto, che in Italia le pene per l'autoriciclaggio siano più basse rispetto a quelle del riciclaggio *tout court*.

Spesso l'autoriciclatore, quando ha commesso il reato presupposto, aveva già in mente cosa avrebbe poi fatto con quel denaro o quel provento; c'è già spesso una pianificazione *ex ante* di ciò che si farà con la acquisenda ricchezza di fonte illecita.

Per il riciclatore di denaro proveniente da terzi, invece, questo è sostanzialmente impossibile: al momento del reato-presupposto, infatti, il riciclatore ancora “non esisteva”, nemmeno come concorrente morale e tantomeno materiale.

4. Passiamo adesso agli aspetti più tecnico-giuridici legati alla norma positiva incriminatrice.

Dicevo poc'anzi che l'autoriciclaggio si trova sempre perennemente sul versante scivoloso del *bis in idem*, proprio quel *bis in idem* che, fino al 2014, aveva convinto il nostro Paese a non punire l'autoriciclaggio, cioè a preservare quello che era stato icasticamente chiamato “privilegio di autoriciclaggio”.

Per il reato presupposto, infatti, l'autore dell'autoriciclaggio già risponde perlopiù con pene detentive e pecuniarie spesso elevate; persino con confische, anche per equivalente, molto afflittive.

E spesso – e questo è il punto – il disvalore dell'autoriciclaggio è già, in tutto o in parte, previamente “assorbito” dal disvalore del reato presupposto, soprattutto quando il reato presupposto abbia come elemento esplicito o implicito il fine di profitto (pensiamo ai reati contro il patrimonio o ai reati tributari).

Quale è il truffatore o l'evasore fiscale che delinque... senza un fine di profitto diretto o indiretto?

Per questo motivo, punire questo stesso soggetto *anche* ai sensi dell'art. 648-ter.1 c.p. significa applicargli ancora:

- un'altra pena detentiva, da due a otto anni di reclusione;
- un'altra multa, da euro 5.000 a euro 25.000;
- un'altra confisca che, come dirà molto bene l'avv. Giustozzi, sta assumendo contorni decisamente inquietanti, quasi “tentacolari”, in una parte della giurisprudenza;
- e poi, ancora, abbiamo le sanzioni del D.Lgs. n. 231/2001 a carico dell'ente, sanzioni pecuniarie, non pecuniarie, altre confische dirette e per equivalente a carico dell'ente...

Massimo Donini, nel suo recente e monumentale *Trattato di diritto penale*, ha parlato, sul punto, di un *septies in idem*; altro che *bis in idem*!

Ora, quali sono le conseguenze interpretative e applicative di queste considerazioni generali?

Se, in tema di autoriciclaggio, il pericolo di *bis in idem* è così elevato, con il rischio di una iper-criminalizzazione (nell'*an*) e di una iper-punizione (nel *quantum*), io credo che il principale dovere degli avvocati, dei magistrati e degli studiosi sia quello di dare una interpretazione il più possibile equilibrata, tassativa e direi anche *limitativa* della fattispecie incriminatrice.

Nei pochi minuti che mi rimangono, cercherò di tratteggiare quali sono i punti, i versanti del reato di autoriciclaggio che, a mio sommesso avviso, meritano una particolare cautela e una particolare “moderazione applicativa”.

5. Anzitutto, la nozione di “provento” (ne parlerà l'avv. Giustozzi ma accenno al problema): l'autoriciclaggio ha una evidente peculiarità, che lo distingue nettamente dai reati “classici” di riciclaggio e illecito reimpiego: già *prima* della condotta illecita, il provento delittuoso autoriciclato è interamente *confuso*, mescolato all'interno del patrimonio del soggetto agente.

Questo problema non si pone, invece, nel riciclaggio tradizionale e nella ricettazione: in quei casi, infatti, c'è un soggetto terzo che ha commesso il reato presupposto e, quindi, proprio *tramite* il riciclaggio o la ricettazione il denaro o il bene entra *per la prima volta* a far parte del patrimonio del riciclatore o ricettatore. Nel riciclaggio o ricettazione non si pone, dunque, un problema di confusione patrimoniale.

Nell'autoriciclaggio, invece, si verifica una totale *confusione* patrimoniale, tra l'altro anche tra beni leciti e beni illeciti, denaro “pulito” e denaro “sporco”, così che, prima ancora che l'autoriciclatore commetta l'azione tipica, il denaro o il bene fanno già parte del suo patrimonio. Sono uniti e confusi nel suo patrimonio!

Questo raccomanda, io credo, ancor maggiore cautela dell'individuare il *corpus delicti* e la condotta tipica, perché è molto più indeterminato e sfuggente il contorno dell'oggetto materiale del reato. Il pericolo di un *bis in idem* è particolarmente elevato, ancor più se pensiamo alla confisca *ex art. 648-quater c.p.* di cui parlerà oggi l'avv. Giustozzi.

6. Secondo punto: nell'autoriciclaggio emerge un problema tipico e proprio, che non esisteva invece in tema di riciclaggio e illecito reimpiego, vale a dire il tema del c.d. "auto-consumo" o "consumo personale".

Quando il denaro o il bene proviene da un reato commesso da terzi – cfr. artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p. – nessuno si azzarderebbe mai a dire che il soggetto riciclatore non è punibile se usa il denaro o il bene per fini di uso personale o familiare.

Nell'autoriciclaggio, invece, ci si è resi conto che punire il mero auto-consumo, o "consumo personale" sarebbe stato irrazionale e sproporzionato: punire con la reclusione da due a otto anni l'imprenditore evasore fiscale che, con i 1.000 o 2.000 euro evasi, va al ristorante o si compra vestiti firmati contrastava e contrasta con il più basilare senso di equità e di proporzionalità.

Per evitare queste distorsioni, il legislatore ha inserito il comma 4° (oggi comma 5°) all'art. 648-*ter*.1 c.p., che così recita: "Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale".

Ora, mi pare evidente che la disposizione è stata scritta male, in un italiano tra l'altro discutibile, e in ogni caso in modo ambiguo, perché quell'incipit "fuori dei casi di cui ai commi precedenti" non si comprende bene cosa voglia dire.

Ma quando una disposizione è poco chiara o è scritta male, io credo sia comunque importante – quantomeno nella materia penale – darne una interpretazione e una applicazione *in bonam partem*, cercando di trarre dalla stessa un significato il più possibile compatibile, in questo caso, con la *ratio* clemenziale e favorevole sottesa alla disposizione.

Invece, cosa ha fatto fino ad oggi la Corte di Cassazione di fronte al dato normativo oggettivamente scritto male e mal congegnato? La Suprema Corte ha sostanzialmente "affossato" la disposizione – è vero, scritta male – dando una *interpretatio abrogans* della causa di non punibilità, cioè dicendo che le spese puramente personali o familiari continuano ancora oggi ad essere punite *se hanno natura occultante*<sup>1</sup>.

Ma questo a me sembra illogico, perché se, invece, l'operazione è già di per sé priva di ogni idoneità occultante, a questo punto non serve fare alcun riferimento alla causa di non punibilità del 5° comma: il fatto già *non sarebbe tipico* e non sarebbe punibile ai sensi del 1° comma. Quindi, come molti hanno giustamente osservato, la Cassazione dà una *interpretatio abrogans* del quinto comma, perché lo limita e lo re-

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. II, Sentenza n. 25348 del 14/05/2025, Rv. 288326 – 01; Cass., Sez. II, Sentenza n. 13795 del 07/03/2019, Rv. 275528 – 02.

lega a condotte che, in realtà, non avendo natura occultante, già non sarebbero punite dal 1° comma, in quanto mancanti di un elemento essenziale del fatto.

Addirittura, la Corte è arrivata a dire che l'operazione di autoconsumo, per usufruire dello "scudo" di non punibilità, non deve avere valore ingente e deve essere totalmente isolata e contingente<sup>2</sup>, tutti elementi di cui il comma 5° non parla, quindi si tratta – ancora una volta – di una interpretazione *in malam partem!*

Per me questi sono degli equivoci interpretativi, si tratta di un *vulnus*, perché proprio questo 5° comma, anche se scritto male, nasceva proprio come antidoto per neutralizzare il pericolo di *bis in idem*.

7. Terzo punto: l'art. 648-ter.1 c.p. parla di "attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative". Il testo è, per l'ennesima volta, ridondante, ripetitivo e scritto in modo eccessivo.

Sarebbe bastato scrivere "attività economiche e finanziarie", visto che le attività imprenditoriali non sono altro che *species* del *genus* economiche; e le attività speculative sono *species* del *genus* finanziarie.

Quindi sicuramente il testo di legge è ridondante. A mio parere andrebbe eliminato il riferimento alle attività economiche, che è troppo ampio e generico, e lasciato solo il riferimento alle attività imprenditoriali. Infatti, nella accezione ampia e onnicomprensiva, sarebbe "attività economica" una qualsiasi attività di scambio di beni o di servizi, anche non organizzata e non strutturata, quindi: anche non svolta in forma imprenditoriale (con una conseguente eccessiva espansione dell'area di punibilità).

Ma anche in questo caso la ridondanza viene tramutata dalla Suprema Corte in un argomento *contra reum*, cioè al fine di estendere a dismisura il perimetro della fattispecie incriminatrice.

Ecco che addirittura all'interno delle attività speculative vengono sussunti il gioco al casinò o il superenalotto<sup>3</sup>; e all'interno delle attività economiche o finanziarie vengono inseriti anche una semplice e singola compravendita<sup>4</sup> o persino... un singolo bonifico.

<sup>2</sup> Cass. Pen., Sez. II, 22 dicembre 2022, n. 4855.

<sup>3</sup> Cass., Sez. II, Sentenza n. 11325 del 18/01/2023, Rv. 284290 – 01; Cass., Sez. II, Sentenza n. 13795 del 07/03/2019, Rv. 275528 - 01, fortunatamente con sentenze di senso contrario: Cass., Sez. II, Sentenza n. 9751 del 13/12/2018, Rv. 276499 – 01.

<sup>4</sup> Cass., Sez. II, Sentenza n. 36180 del 14/09/2021, Rv. 281967 - 01.

Torno al punto di partenza: il pericolo che la punizione dell'autoriciclaggio violi il divieto di *ne bis in idem* è elevato; e questo pericolo può essere neutralizzato o quantomeno contenuto solo interpretando in modo il più possibile restrittivo e oculato le nozioni legali del fatto tipico e, in particolare, il concetto di "attività economica".

Tra l'altro, ho personalmente cercato di far notare che la legge non dice "operazione economica" ma "attività economiche": credo che nella lingua italiana il termine "attività economiche" richieda un *quid pluris* rispetto ad una singola operazione. Non tanto e non solo per l'uso del termine al plurale, ma perché la parola "attività" implica una certa abitudine, cioè un insieme di più operazioni che, se anche non superano la soglia della imprenditorialità (cioè non sono professionalmente organizzate in impresa), devono avere un minimo di struttura e io credo anche di ripetizione nel tempo.

Prendiamo le parole "atto" e "attività" nella lingua italiana: un *atto* può essere anche puntuale, istantaneo, isolato; invece una *attività*, come recita la disposizione, è – io credo – qualcosa di più.

#### 8. Quarto e ultimo problema, quello della capacità occultante.

La norma dice: "[...] in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa". E l'avverbio "concretamente" – che, ad es., non è presente nell'art. 648-*bis* c.p. – dimostra ancora di più che si tratta di un elemento di tipicità al quale il legislatore tiene particolarmente, e che serve per l'appunto per dare un'interpretazione limitativa e restrittiva del reato di autoriciclaggio, ancora una volta per evitare rischi di *bis in idem*.

Nel libro ho cercato di segnalare anche il punto di possibile frizione con il principio *nemo tenetur se detegere*: se l'autore dell'autoriciclaggio è anche l'autore del reato presupposto, il fatto che compia una operazione "occultante", che cioè copra l'origine illecita del denaro, non rientra forse nel suo diritto di *se non detegere* in senso lato? In questo modo, non stiamo forse punendo con l'art. 648-*ter*.1 c.p. una forma di *auto-favoreggiamento*?

Questo lo dico sottovoce, perché siccome questo elemento di tipicità serve, in realtà, a rendere più preciso e tassativo il precetto dell'autoriciclaggio, ben venga il suo inserimento nella fattispecie. Ma mi chiedo solo se esso non sia la spia, il sintomo più ampio di un "cortocircuito punitivo", per cui, dietro la maschera

dell'autoriciclaggio, stiamo in realtà punendo una forma di auto-favoreggiamento, con tutti i problemi che ne possono derivare.

In ogni caso, a me pare che la giurisprudenza dia una interpretazione troppo ampia e, anche in questo caso, onnicomprensiva del requisito ostacolante.

Ad esempio, dice la Cassazione (sentenza del 2021) che ha natura ostacolante ai fini dell'autoriciclaggio anche il “versamento di denaro, provento del delitto di appropriazione indebita, presso un istituto bancario per estinguere debiti ed ipoteche immobiliari, atteso che tale condotta realizza la sostituzione del profitto del reato presupposto, che assume diversa destinazione e transita nella disponibilità di altro soggetto giuridico, consentendo, inoltre, all'imputato di godere dei beni liberi da vincoli reali” (In motivazione la Corte ha evidenziato che è irrilevante che l'operazione sia tracciabile, ricorrendo comunque un ostacolo all'individuazione del compendio delittuoso)<sup>5</sup>.

Ancora (sentenza del 2019): “Anche normali operazioni tra società, effettuate tramite bonifici e persino oggetto di regolare fatturazione, sono considerate autoriciclaggio perché il passaggio di denaro da un ente all'altro – anche se tramite strumenti di pagamento tracciabili – rende più difficoltoso individuare l'origine illecita della ricchezza”<sup>6</sup>.

Credo che dietro queste sentenze vi sia un equivoco interpretativo: si tratta di decisioni che, a mio parere, fraintendono l'art. 648-ter.1 c.p.: la norma parla di ostacolo *non al recupero* delle somme, bensì alla *identificazione* della origine delittuosa delle stesse.

Probabilmente, fare un bonifico da una società italiana a una società estera rende più difficoltoso il recupero delle somme da parte dell'Erario o della vittima del

<sup>5</sup> Cass., Sez. II, Sentenza n. 35260 del 08/09/2021, Rv. 281942 - 01.

<sup>6</sup> Cass., Sez. II, Sentenza n. 16059 del 18/12/2019, Rv. 279407 - 01. Parzialmente *contra*, Cass., Sez. V, Sentenza n. 38919 del 05/07/2019, Rv. 276853 - 01 (“Non integra la condotta di autoriciclaggio il mero trasferimento di somme, oggetto di distrazione fallimentare, a favore di imprese operative, occorrendo a tal fine un “quid pluris” che denoti l'attitudine dissimulatoria della condotta rispetto alla provenienza delittuosa del bene”. Fattispecie relativa alla stipulazione di un contratto di affitto d'azienda in previsione del fallimento, nella quale la Corte ha osservato che, in assenza della verifica della concreta idoneità dell'operazione distrattiva ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del bene, si determinerebbe “un'ingiustificata sovrapposizione punitiva tra la norma sulla bancarotta e quella ex art. 648-ter.1 cod. pen.”). E ancora: “Non integra la condotta di autoriciclaggio il mero trasferimento di somme oggetto di distrazione fallimentare a favore di imprese operative, occorrendo a tal fine un “quid pluris” che denoti l'attitudine dissimulatoria della condotta rispetto alla provenienza delittuosa del bene” (Cass., Sez. V, Sentenza n. 8851 del 01/02/2019, Rv. 275495 - 01).

Autoriciclaggio: una premessa criminologica

reato presupposto; ma questo non vuol dire che, automaticamente, l'operazione renda difficoltoso *ricostruire* l'origine illegale della ricchezza.

Concludendo, credo che la fattispecie dell'autoriciclaggio, pur essendo stata introdotta da oltre dieci anni, meriti tutt'oggi di essere attentamente ripensata, proprio al fine di evitare che un testo legislativo non sempre impeccabile possa dare luogo a prassi interpretative e applicative irragionevoli ed eccessivamente punitive.



## IL PROBLEMA DELLA RETROATTIVITÀ DELLA GIURISPRUDENZA.

### CONCORSO ESTERNO NEI REATI ASSOCIATIVI \*

GAETANO INSOLERA \*\*

1. Il tema dell'incontro, preceduto da un'istruttiva pubblicazione sul progredire della ricerca<sup>1</sup>, mi consente di dare per acquisite le analisi su significato e valore, nella nostra realtà, di un Ufficio del massimario, organo ufficiale interno alla funzione giurisdizionale.

L'argomento del Massimario si collega a quello della costruzione e del valore del precedente anche in un sistema di giustizia sovranazionale.

Ancora il nesso con la questione della conoscibilità del diritto.

Diritto da individuarsi ormai come risultato non statico, ma dinamico nel tragitto tra disposizione e norma<sup>2</sup>.

Infine il tema delle decisioni quando si volgano *in malam partem* rispetto ai precedenti: con il dilemma tra la soluzione della irretroattività, come corollario della legalità ovvero facendo ricorso all'errore scusabile. Questione che può esprimersi anche nel confronto tra certezza del diritto e sua prevedibilità.

2. Devo occuparmi di un *caso-norma*<sup>3</sup>, quello del concorso esterno nei delitti associativi – per i puristi meglio sarebbe parlare di *concorso eventuale*, anche in quel tipo di delitti.

Una correzione, impeccabile in un'esegesi ancorata ai dati testuali, che può far pensare a una soluzione facile dei problemi, un caso facile insomma, per come si sono posti solo a partire dall'ultimo scorcio del secolo scorso<sup>4</sup>.

---

\* Il contributo è il testo della relazione al convegno “*Massimario penale e conoscibilità del diritto: la costruzione del precedente nell'ambito giuridico europeo*”, tenutosi a Roma il 13 ed il 14 novembre 2025.

\*\* Già professore ordinario di diritto penale nell'Università di Bologna.

<sup>1</sup> AA.VV., *Conoscibilità del diritto e costruzione del precedente* (a cura di M. Donini, R.E. Kostoris, R. Orlandi) Jovene, Napoli, 2025.

<sup>2</sup> Sulle caratteristiche e i limiti della giurisprudenza come fonte del diritto ad esempio R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale, I. t. 1*, Giuffrè, Milano, 1998, 97 ss.

<sup>3</sup> È il lessico al quale fa ricorso M. DONINI, *Massimario penale e conoscibilità del diritto, la costruzione del precedente nello spazio giuridico europeo, documento preparatorio per il convegno del 21 aprile 2023, Roma La Sapienza (Aula Calasso)* in *Conoscibilità del precedente*, cit., 3.

<sup>4</sup> È un tema al quale, seguendo le riflessioni di G. CONTENUTO (*Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, in *Scritti 1964-2000* (a cura di G. Spagnolo), 109 ss., Bari, 2002) ho dedicato

3. È in seno all'affermarsi di un costituzionalismo multilivello con l'apertura alle fonti sovranazionali che ha assunto fisionomia un nuovo diritto fondamentale basato sulla possibilità di conoscere non solo la Legge vigente al momento del fatto/reato, ma anche l'evolversi della sua vita interpretativa nel tragitto dalla disposizione alla norma (reale).

Nella giurisprudenza della CorteEdu troviamo così il riferimento all'art. 7 della Convenzione: diritto (*Law*) comprende il diritto di origine legislativa e quello giurisprudenziale. Si ritiene che la norma convenzionale imponga connotati di accessibilità e prevedibilità<sup>5</sup>.

Il diritto giurisprudenziale, trovata in questo modo legittimità, incontra il divieto di retroattività in presenza di mutamenti imprevedibili e peggiorativi. Fatta salva l'ipotesi nella quale che il risultato – la retroazione sfavorevole – sia coerente con *la sostanza* del fatto/reato e ragionevolmente prevedibile<sup>6</sup>.

#### 4. Necessariamente veniamo al caso Contrada.

La decisione della CorteEdu del 2015 afferma la irretroattività della punizione per concorso esterno in associazione di tipo mafioso per fatti commessi prima dell'arresto della Sezioni unite del 1994, che ne ammise la legittimità in presenza di determinati requisiti<sup>7</sup>.

In precedenza vi era stato un prevalente orientamento negativo della Cassazione a sezioni semplici.

Non si può proprio dire che dopo la sentenza Demitry del 1994 la tormentata vicenda del concorso esterno fosse stata risolta.

Già la scelta di questo caso, nell'ambito di questa importante ricerca<sup>8</sup>, conferma che continuiamo a trovarci in presenza di una faglia nell'impianto costituzionale del sistema.

Le SS.UU. sul concorso esterno successivamente sono intervenute per altre due volte con decisioni plasmate sulla particolarità della tipologia degli imputati<sup>9</sup>.

---

alcune mie riflessioni: rinvio alla bibliografia in *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 632ss.

<sup>5</sup> M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2024, 1019.

<sup>6</sup> Con decisioni della Corte Edu, che in base a quei criteri avevano superato il limite della irretroattività, M. DONINI, *ibidem*, 1020.

<sup>7</sup> G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei reati associativi: la ragion di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *FI*, II, 1995.

<sup>8</sup> Il caso è fatto oggetto anche in una recentissima, interessante, monografia di F. VITARELLI, *Il disvalore penale tra testo e contesto*, Giappichelli, Torino, 2025, 101ss.

<sup>9</sup> Sez. Un., 30 ottobre 2002, *Carnevale*, in *Foro it.*, 2003, II, 453; Cass. pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, *Mannino*, in *Cass pen.*, 2005, 3732.

Non mi sembra utile, in questo contesto, ripercorrere questa storia italiana e i fiumi di parole – anche mie – che le sono state dedicate, ne uscì scoraggiato anche un giurista della tempra di Vassalli<sup>10</sup>.

Per rivolgere l'attenzione al tema della collocazione dell'irretroattività dell'*overruling* sfavorevole – nel paradigma oggettivo della legalità ovvero in quello della colpevolezza – può essere utile una premessa, un chiarimento.

Più volte mi è capitato di mettere in rilievo come sia fuorviante limitare la questione del conflitto tra letteratura favorevole e letteratura contraria alla configurabilità del concorso esterno – e giurisprudenza, quanto meno fino alla sentenza Demitry – al piano strettamente esegetico della nostra disciplina codicistica del concorso eventuale di persone.

Da un punto di vista strettamente normativo, non sussistono ostacoli insormontabili alla integrazione tra clausola generale dell'art. 110 e delitti associativi<sup>11</sup>.

L'ostilità espressa nei confronti del concorso esterno nei delitti associativi, che permane, nasceva infatti da un approccio dogmatico volto a concretizzare i principi costituzionali, anche limitando la scelta degli strumenti utilizzabili per fronteggiare la criminalità. L'ostilità era coerente con una sensibilità che andava affermandosi in letteratura (e nella giurisprudenza della Corte costituzionale) per i principi di determinatezza e tassatività, quali aspetti fondamentali della legalità.

Tassatività che poteva essere compromessa da soluzioni interpretative su fatti delineati in modo nebuloso.

La formula dell'art. 110 – tautologica – non poteva non entrare in conflitto con quelle idee a proposito della funzione di tipicizzazione attribuita alla causalità nel concorso di persone<sup>12</sup>. Nella strutturale carenza di tipicità del concorso, può cogliersi una sorta di vicenda parallela a quella propria della causalità nell'illecito monosoggettivo, vicenda connotata da un allentamento dei parametri di garanzia di carattere sia dogmatico, sia costituzionale, affidando ad enunciati giurisprudenziali il compito di piegare la rigidità di categorie e principi alla concretezza del caso, alle istanze di difesa sociale che esso sollecita<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Che, con ironia, parla di “linguaggio da iniziati” della letteratura, G. VASSALLI, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, 1958.

<sup>11</sup> M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, III, Torino, 2003, 240; G. VASSALLI, *Note in margine alla riforma*, cit., 1955.

<sup>12</sup> Clima efficacemente ricordato dallo stesso Vassalli, in uno degli ultimi lavori, *Note in margine alla riforma*, cit., 1945; Sul punto anche M. GALLO, *Brevi note a margine degli artt. 110, 416, 416-bis, 378, 379 c.p.*, in AA.VV., *Studi in onore di Mauro Ronco* (a cura di E.M. Ambrosetti), Giappichelli, Torino, 2017, 355.

<sup>13</sup> G. INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 563.

Analogo, e in larga parte sovrapponibile, il problema posto dai delitti associativi con il riferimento al paradigma causale per l'identificazione delle condotte punibili, né si può trascurare la forte anticipazione della tutela degli interessi e della punibilità che essi esprimono, ben espressa dalla clausola “*per ciò solo*”.

“*In conclusione: dismessa una fuorviante lettura “agonistica”, dovrebbe risultare chiaro come le posizioni ostili al concorso esterno fossero animate da una fondatissima preoccupazione, sorretta da argomenti di natura dogmatico-costituzionale, verso l'effetto di amplificazione, prodotto dal concorso esterno, di uno strutturale difetto di determinatezza riguardante sia le fattispecie incriminatrici, sia quella di parte generale*”<sup>14</sup>.

Il problema del “concorso esterno”, nella vita quotidiana della nostra giustizia penale, non può dirsi affatto risolto: efficace uno dei manuali più attenti alle questioni della penalità *in action* – come una sostanza velenosa, il concorso esterno “*va maneggiato con estrema cautela*”<sup>15</sup>. Ma, come visto anche a proposito del “metodo mafioso”, è sempre in agguato la tentazione, certo animata dalle migliori intenzioni, di sfruttare la duttilità dei concetti per dare “risposte adeguate, alla varietà ed alla variabilità, delle situazioni che si possono presentare in concreto, ed alle diverse sfumature che possono caratterizzare di volta in volta le singole situazioni”<sup>16</sup>.

Ancora, la sentenza delle Sezioni Unite del 2005: anche attribuendole la capacità di precisare i criteri ricostruttivi sia del concorso eventuale, sia della nozione di partecipazione al delitto associativo, non sembra essere riuscita a tradursi in una stabile e coerente tendenza giurisprudenziale.

*Revirement* si colgono ad esempio in successive decisioni della Suprema Corte, e proprio nel caso *Contrada*<sup>17</sup>.

## 5. Stringiamo il discorso approfittando ancora della efficace schematizzazione

<sup>14</sup> G. INSOLERA, *Delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, VII ed., Bologna, 2016, 348.

<sup>15</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Torino, 2017, 406 ss. Anche dopo la sentenza Mannino i rischi insiti nella scarsa determinatezza della costruzione del concorso esterno sono colti da G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, Zanichelli, Bologna, 491 ss. Esprime scetticismo anche C. VISCONTI, *La mafia è dappertutto. Falso!*, Laterza, Bari-Roma, 107 ss.

<sup>16</sup> C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1190.

<sup>17</sup> Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2006, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1112; Cass. pen., Sez. VI, 8 gennaio 2008, *Contrada*, in <http://www.dirittoegiustizia.it>, ove si afferma che l'effetto rafforzativo del contributo esterno del funzionario deriverebbe, in seno all'organizzazione mafiosa, dalla mera percezione “*della sola disponibilità di una figura dello spessore del funzionario Contrada*”.

di Donini che si chiede: “*Quale irretroattività nel caso Contrada: oggettiva o soggettiva?*”<sup>18</sup>.

Le Sezioni unite<sup>19</sup> affrontano la questione della possibilità di estendere la portata della sentenza della CorteEdu: la decisione conclude escludendo quella eventualità per l’estraneità dei ricorrenti a quel giudizio, quanto alla prevedibilità la sentenza europea “*non può considerarsi una sentenza pilota e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata*”. L’argomentazione sembra che eluda il tema di una portata oggettiva della norma convenzionale come interpretata dalla CorteEdu.

D’altra parte, in letteratura, troviamo riproposta quell’esegesi testuale basata sulle prestazioni dell’art. 110 nella Legge interna<sup>20</sup>.

6. Impegnare, come ha fatto la CorteEdu, il terreno dell’art.7 CEDU, dovrebbe comportare una convergenza sulla indeterminatezza oggettiva della combinazione degli artt. 110 e 416*bis* c.p.

Questo ostacolerebbe posizioni ben presenti in giurisprudenza, e anche in letteratura, che sembrerebbero continuare ad apprezzare la malleabilità del tipo criminoso dell’art. 416*bis*<sup>21</sup>.

Tema diverso dal nostro: vero è che quell’ansia di colmare vuoti di protezione si è manifestata rispetto a sodalizi criminali stranieri, di nuovo conio, delocalizzati.

Una flessibilità del tipo criminoso, che, per essere accettabile, deve essere limitata dalla prova di un avvalersi *in atto* del metodo mafioso nel contesto operativo dell’associazione<sup>22</sup>.

Torniamo al concorso esterno: esso è stato ammesso anche nell’onnivoro art. 416 c.p, e, in generale, per gli illeciti associativi, punibili per ciò solo e specializzati in relazione a delitti scopo omogenei<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> M. DONINI, *Diritto penale*, cit., 1020.

<sup>19</sup> 24 ottobre 2019, RV 0854-20.

<sup>20</sup> S. BELTRANI, *Le conseguenze sfavorevoli dei mutamenti di interpretazioni giurisprudenziali consolidate: un falso problema*, in Aa.Vv., *Conoscibilità del diritto*, cit., 69 ss.

<sup>21</sup> C. VISCONTI, *A Roma una mafia c’è. E si vede...*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 giugno 2015.

<sup>22</sup> I. MERENDA-C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416bis tra teoria e diritto vivente*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 24 gennaio 2019.

<sup>23</sup> Dopo una pregevole e ben argomentata ordinanza di remissione alle Sezioni unite della prima sezione, volta a esaminare l’ipotizzabilità del concorso esterno nella violazione dell’art. 416 c.p. (ordinanza n. 42043/2016). In pochi giorni la questione è stata liquidata dal Presidente della Corte con la restituzione degli atti alla sezione remittente: difetterebbe un contrasto interpretativo sul punto, posto che la giurisprudenza di legittimità è “concorde nel considerare il concorso eventuale *ex art.* 110 c.p. compatibile con ogni tipologia associativa”. Si veda S. BERNARDI, *Concorso esterno e associazione per*

Nella sentenza Contrada la CorteEdu (in particolare §60 e ss.), senza sovrapporsi ai giudici nazionali, afferma che essa “*Tuttavia... deve godere di un potere di controllo più ampio quando il diritto tutelato da una disposizione della convenzione, in questo caso l’art.7, richiede che vi sia una base legale per poter infliggere una condanna e una pena*” (§62, rimandiamo alla lettura del seguito).

Ancora (§64), la questione decisa è indicata nello: “*stabilire se all’epoca dei fatti la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno*” (rimandiamo alla lettura del seguito).

In questi termini la CorteEdu non propone la prevalenza di un lettura soggettiva, frammentata a seconda dei singoli casi, della prevedibilità delle conseguenze punitive al momento del fatto.

La *ratio* della decisione muove dall’oggettivo deficit della soluzione del caso-norma rispetto a fatti precedenti alla prima decisione del giudice nazionale.

Si è osservato “*C’è dunque un problema di carente tassatività della legge, per come interpretata, qualora quella incertezza sia patologica, permanga nel tempo e dia luogo a contrasti permanenti*”<sup>24</sup>.

Ma anche se si facesse ricorso al concetto soggettivo di prevedibilità, si esulerebbe dalle rime dell’impervio campo aperto da Corte cost. n. 364/88.

Neppure la recente Sez. VI 58594/24 sull’ art. 615 *ter* c.p. – in relazione a SS.UU del 2011 seguita dall’*overruling* della sentenza delle SS.UU del 2017 – decisione definitiva storica per l’allargamento del passaggio aperto al tema dell’inevitabilità dell’errore di diritto<sup>25</sup>, credo che goda di *chances* di affermazione.

Quanto meno ragionando di concorso esterno nei delitti associativi.

E questo non solo per i criteri limitativi posti dalla Consulta per ragioni relative alla gestione probatoria della scusante, ma, soprattutto, per i presupposti che mossero *quella* storica sentenza: sortita in un’epoca – forse l’ultima – nella quale si ragionava del contenimento di un diritto penale complementare, artificiale e onnipresente, capace di squilibrare il rapporto tra potere punitivo dello Stato e affidamento del cittadino.

Se parliamo di concorso esterno nei delitti associativi siamo anni luce distanti: siamo, *malgré bon gré*, nel contesto politico criminale della lotta alla criminalità organizzata.

---

*delinquere semplice: rimessa (e subito rispedita al mittente dal primo presidente) la questione alle sezioni unite*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2 novembre 2016.

<sup>24</sup> M. DONINI, *Dir.pen.*, cit., 1021.

<sup>25</sup> Sulla vicenda, F. PALAZZO-R. BARTOLI, *Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza e irretroattività*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 17 settembre 2024.

Allora, pensando ad un notissimo aforisma attribuito proprio a un protagonista di questo tipo di vicende: con le migliori intenzioni, la soluzione soggettiva, in quanto priva di concrete speranze, potrebbe affacciarsi per neutralizzare una pericolosa insidia ad una costruzione ritenuta irrinunciabile per un'efficace lotta alla criminalità organizzata.

7. Una decisione di rottura quella della CorteEdu, questa sì, che mette in gioco una giurisprudenza sovranazionale che deve conciliare le sensibilità di *common* e di *civil law*, sul tema comune del quadro legale di riferimento.

Sono in proposito interessanti e significative alcune, recenti decisioni della Corte suprema USA, improntate a una concezione forte della legalità penale<sup>26</sup>.

In conclusione, la tormentata vicenda del concorso esterno nei delitti associativi non sembra proprio esaurita, anche alla luce della questione dell'*overruling* e della sua retroattività.

E gli argomenti della CorteEdu, ispirati da una attenzione sostanziale per il concetto di legalità penale, sono stati subito esorcizzati dalla giurisprudenza nazionale.

---

<sup>26</sup> *U.S. Supreme Court, Sessions v. Dimaya*, 584 u.s. (2018), con le riflessioni di P. INSOLERA, *Il "vento delle garanzie" soffia oltre l'Atlantico? Nozione di "materia penale" E principio di determinatezza del testo della legge penale*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2019, 257ss.; analogamente *U.S. Supreme Court, Session v. Devis*, 588 u.s (2019), con nota dello stesso autore, *La giurisprudenza penale-costituzionale della Corte suprema statunitense: rassegna di sintesi della sessione 2018/2019 ed alcune previsioni sulla sessione 2019/2020*, in <https://www.criminaljusticenetwork.eu/it/post/la-giurisprudenza-penale-costituzionale-della-corte-suprema-statunitense-rassegna-di-sintesi-della-sessione-2018-2019-ed-alcune-previsioni-sulla-sessione-2019-2020>, 24 ss.

dis  
CRIMEN

[www.discrimen.it](http://www.discrimen.it)