



FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

TESI IN: DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

TITOLO: Concorso di norme e concorso di reati nel diritto penale del mercato finanziario.

RELATORE
Ch.mo Prof. Filippo SGUBBI

CANDIDATO:
MATTEO FERRANTE
Matr.. :085923

CORRELATORE
Ch.mo Prof. Angelo CARMONA

Indice generale

Premessa: La resistibile ascesa del diritto penale dell'economia.....5

CAP. I

IL DIRITTO PENALE DELLA POST-MODERNITÀ: IPERTROFIA, SIMBOLISMO, INEFFETTIVITÀ

Parte I: Origini e sviluppo dell'ipertrofia penale.

1 Premessa. Esigenze di tipicità e moltiplicazione delle fattispecie....7

2 Origini e sviluppo dell'ipertrofia penale. L'aumento fisiologico del
penalmente rilevante.....9

3 Origini e sviluppo dell'ipertrofia penale. La degenerazione.....12

4 Il progressivo espandersi del diritto penale complementare
(standstrefrecht).....13

5 Lo stato dell'arte agli inizi del terzo millennio.....17

Parte II: Dalla descrizione del fenomeno alle ragioni dello stesso.

1 Prima causa del fenomeno: il mancato rispetto del principio di
determinatezza.....19

2 Seconda causa del fenomeno: l'uso simbolico del diritto penale....21

3 (segue:) Fenomenologia delle leggi simboliche.....25

4 Terza causa del fenomeno: il mancato rispetto del principio di
sussidiarietà (ovvero, un'altra promessa non mantenuta).....26

5 Quarta causa del fenomeno: Società del rischio e
amministrativizzazione del diritto penale.....29

Parte III: Gli effetti del fenomeno sulle fonti e sulla struttura del reato.

1 Crisi della riserva di legge33

2 Anticipazione della tutela.....35

3 Svalutazione dell'elemento oggettivo.....37

4 Svalutazione dell'elemento soggettivo e metamorfosi della
colpevolezza.....40

5 Conclusioni interlocutorie.....42

CAP. II

CRITERI RISOLUTIVI DEL CONCORSO APPARENTE DI NORME

1	Legislazione casistica e concorso apparente di norme. Questioni di metodo.....	45
2	L'art. 15 c.p. Il rapporto di specialità. La specialità unilaterale.	49
3	Insufficienze e limiti dell'art. 15 c.p. La specialità c.d. Bilaterale.	56
4	Le teorie pluraliste.....	64
5	Critiche alle teorie pluraliste.	69
6	Teorie moniste e nozione allargata dell'art. 15 c.p. Alle ipotesi di specialità bilaterale.....	75
7	Il ne bis in idem sostanziale. Un'ipotesi da dimostrare.....	80
8	Il problema della norma applicabile.....	86
9	Il rapporto tra norme penali e norme sanzionatorie amministrative. L'art. 9 l. 689/1981.....	94

CAP. III

LE PRINCIPALI FATTISPECIE IN TEMA DI EMITTENTI E IL LORO

CONCORSO CON ALTRE DISPOSIZIONI.....	99
--------------------------------------	----

ABUSO DI INFORMAZIONI PRIVILEGIATE

1	Premessa. Cenni sull'abuso di informazioni privilegiate.....	99
2	Il problema del concorso con il corrispondente illecito amministrativo.....	101
3	Il difficile inquadramento del tentativo di abuso di informazione privilegiata.....	104
4	Il criminal indier: il problema del concorso con la fattispecie di false comunicazioni sociali e l'aggiotaggio (rinvio).....	107
5	Il problema del concorso con l'art. 326 c.p.....	107

MANIPOLAZIONE DEL MERCATO

1	Premessa.....	110
2	Il problema del concorso con il rispettivo illecito amministrativo	112
3	(segue:) i rispettivi ambiti di applicazione della fattispecie penale e	

di quella amministrativa.....	117
4 Il problema del concorso con le altre figure di aggio (501 c.p. e 2637 c.c.).....	120
5 Manipolazione del mercato e false comunicazioni sociali.	
Premessa: Ascesa e declino del ruolo delle false comunicazioni sociali nell'ambito del diritto penale del mercato finanziario.....	122
6 (segue:) Il concorso tra le due disposizioni.....	124
7 False comunicazioni sociali, aggio e abuso di informazione privilegiata: il problema del criminal insider.....	128
OSTACOLO ALLE FUNZIONI DELL'AUTORITÀ DI VIGILANZA	
1 I rapporti tra gli articoli 2638, 170 ibis e 187 quinquiesdecies TUF	134
2 Manipolazione del mercato mediante omissione e ostacolo alle funzioni dell'autorità di vigilanza.....	139
REATI FINANZIARI E REATI FALLIMENTARI	
1 Premessa	144
2 Il problema del rapporto tra la bancarotta impropria da reato societario e i reati presupposto. Il caso emblematico delle false comunicazioni sotto soglia.....	146
3 I rapporti tra la bancarotta da reato societario e la causazione dolosa del fallimento. Il problematico inquadramento del delitto di aggio.	148
4 Il rapporto tra bancarotta impropria da reato e bancarotta fraudolenta impropria. Il caso emblematico dell'infedeltà patrimoniale....	151
DELITTI DELLA SOCIETÀ DI REVISIONE	
1 Premessa.....	155
2 Le falsità dei revisori: dal sistema bipolare degli artt. 174 bis T.U.F e 1624 c.c. all'unificazione ad opera dell'art. 27 dlgs. 39/2010.....	156
3 La corruzione dei revisori: il concorso tra gli articoli 174 bis comma 2, 174 ter, 178 T.U.F. E 2635 c.c.	160
4 Le altre fattispecie penali in materia di revisione: compensi illegali, illeciti rapporti patrimoniali e impedito controllo.	165

REATI RELATIVI AGLI INTERMEDIARI FINANZIARI	
1	Premessa.....170
2	Abusivismo nell'intermediazione finanziaria.....170
3	Gestione infedele.....172
4	Confusione di patrimoni.....174
BIBLIOGRAFIA.....176	

Premessa: La resistibile ascesa del diritto penale dell'economia

“Che cos'è una rapina in banca in confronto alla fondazione di una banca?”

Bertold Brecht, *Opera da tre soldi*

I noti scandali finanziari che hanno inaugurato l'inizio del terzo millennio hanno fatto tornare alla ribalta il diritto penale dell'economia: costantemente presente nelle legislazioni di tutti gli ordinamenti occidentali; altrettanto costantemente ignorato, salvo sporadiche eccezioni, dalla prassi applicativa.

La ragione di questo *revival* è semplice: il *default* di numerosi gruppi di società è stato causato dallo stato di anarchia in cui sono stati lasciati i mercati a seguito della massiccia *deregulation* praticata dagli ordinamenti delle principali economie occidentali: un dissennato *laissez faire* contrabbandato come liberalismo economico.

Le conseguenze sono state, come prevedibile, disastrose: l'assenza di controlli e di sanzioni ha portato ad un'indebita traslazione del rischio economico dai soggetti titolari dell'impresa (siano essi persone fisiche o giuridiche) agli investitori (istituzionali, ma soprattutto, risparmiatori).

L'enorme impatto provocato da questi fatti sull'economia mondiale ha reso chiara la loro reale dannosità, esemplarmente descritta dalla fulminante battuta di Brecht riportata in apertura. In particolare, la chiara presa di coscienza circa la reale capacità di distruzione della ricchezza collettiva di tali fatti, in nessun modo paragonabile a qualsiasi attacco al patrimonio individuale, ha finalmente posto fine alla congenita indulgenza con cui tali fatti (e i loro autori) sono da sempre stati giudicati dall'opinione pubblica, ma anche dai titolari del potere punitivo.

Queste, insomma, le ragioni che hanno portato il diritto penale dei fatti economici al risveglio dal suo stato di quiescenza congenita. Ma al contempo ne ha fatto emergere tutti i nodi problematici e le criticità.

Criticità che si traducono in uno scarto più o meno consistente rispetto ai principi

costituzionali che dovrebbero – il condizionale è d'obbligo – uniformare il diritto penale: vengono in particolare disattesi il principio di offensività - *extrema ratio* dell'azione penale, nonché quello di determinatezza delle fattispecie incriminatrici. Il risultato è un diritto penale ipertrofico: ipertrofia che sta diventando un tratto saliente del diritto penale. Il problema, tuttavia, è tutt'altro che recente, anzi, risulta praticamente coevo alla nascita del diritto penale moderno. Nel primo capitolo ripercorriamo la storia e l'evoluzione di questa patologia.

La conseguenza di tale stato di cose è la moltiplicazione delle fattispecie incriminatrici che, se tutte realmente ed integralmente applicate, metterebbero in crisi l'elementare principio di proporzione tra il disvalore del fatto e la risposta sanzionatoria: principio che uno stato di diritto non può permettersi di accantonare. Nel secondo capitolo, scivolando nella parte generale del diritto penale, esaminiamo la principale categoria dogmatica volta a scongiurare il cumulo di reati: il concorso apparente di norme. Nella ricostruzione abbiamo cercato di trovare un ragionevole equilibrio tra l'esigenza di ampliare la portata applicativa dell'istituto e quella di mantenere un certo grado di certezza, onde evitare che l'apparenza o la realtà del concorso venissero affidate al prudente apprezzamento (più realisticamente: all'arbitrio) dell'interprete.

Nel terzo capitolo cerchiamo di concretizzare il discorso, calando le conclusioni tratte nei precedenti capitoli all'interno del diritto penale del mercato finanziario, tracciando così un panorama delle principali ipotesi di concorso tra le incriminazioni. Qui più che altrove, il succedersi senza posa di interventi legislativi difficilmente comprensibili, nonché la progressiva opera di concretizzazione da parte della giurisprudenza, rende l'opera dell'interprete tanto ardua quanto irrinunciabile.

Difficoltà, dunque, ma anche grande interesse per l'attualità del tema che rende precaria e provvisoria qualsiasi soluzione, costringendo l'interprete a non distogliere mai lo sguardo dal panorama normativo e giurisprudenziale.

CAP. I

IL DIRITTO PENALE DELLA POST-MODERNITÀ: IPERTROFIA, SIMBOLISMO, INEFFETTIVITÀ

Parte I: Origini e sviluppo dell'ipertrofia penale.

“Ho già deprecato nei miei scritti quella che io chiamo la *nomorrea penale*, anatemizzata fin dai tempi di Seneca come pernice della Repubblica.

Questa malattia si fece gigante in Francia, ove sotto Napoleone III accrebbe di parecchie centinaia il numero dei fatti a delitto; e in tal guisa familiarizzando il popolo con la giustizia criminale lo demoralizzò ed aiutò i comunardi. Questa malattia minaccia di divenire contagiosa in Italia per lo zelo di alcuni ufficiali ai quali occorre che ai fatti si imponga la veste di delitti per condurli sotto la propria signoria.”

(Francesco Carrara, *Un nuovo delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 3a ed., Prato, 1889, vol. IV, p. 522)

1 Premessa. Esigenze di tipicità e moltiplicazione delle fattispecie.

Affrontare un tema come il concorso di norme, seppur applicato ad un campo di indagine limitato (nella specie: il diritto penale del mercato finanziario), rende necessarie alcune considerazioni preliminari su diversi problemi di tecnica legislativa.

Non sfugge, infatti, come la “pressione” che questo istituto subisce, a livello dogmatico e applicativo, dipende grandemente dallo stato della legislazione. La ragione è semplice: se uno stesso fatto può essere contemporaneamente sussunto in più schemi normativi, tutti contemporaneamente applicabili, si determina un aumento sproporzionato del carico sanzionatorio. Ora, una delle aspirazioni irrinunciabili dei moderni sistemi penali è quella di assicurare la proporzione tra la risposta sanzionatoria e il disvalore complessivo del fatto¹; o, detto altrimenti, di

¹ PALAZZO, *Per una razionalizzazione della legislazione complementare*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 321 s.s.

garantire che la misura della pena sia realmente proporzionata alla colpevolezza dell'autore².

Affinché questa proporzione possa essere assicurata, occorre che le fattispecie incriminatrici siano numericamente circoscritte, limitate a specifiche forme di aggressione (principi di determinatezza e frammentarietà), offensive di beni giuridici (principio di offensività), e rispetto a cui ogni altra risposta sanzionatoria diversa da quella penale risulti inadeguata (principio di sussidiarietà o di *extrema ratio*). Solo se il sistema penale nel suo complesso soddisfa tali condizioni, i meccanismi di ascrizione della responsabilità possono trovare applicazione senza disfunzioni. Detto icasticamente: « è come se i reati costituissero tante isole nel mare dell'ordinamento giuridico, quali punti di emersione o meglio cuspidi rappresentative di momenti di disvalore particolarmente elevati »³.

Abbiamo detto che un simile modello costituisce un'aspirazione dei moderni sistemi penali. La scelta del termine non è casuale: la nozione di aspirazione rimanda all'idea di qualcosa non ancora compiuto, di irrealizzato; idea che purtroppo delinea con esattezza lo stato del diritto penale moderno, sempre più (inesorabilmente) lontano dal suo modello ideale⁴.

Se procediamo ad una ricognizione sommaria del panorama odierno delle incriminazioni⁵, *ci accorgiamo che tutte le legislazioni moderne sono caratterizzate da una dismisura dei sistemi penali*⁶. I moderni sistemi penali sembrano tutti affetti dalla stessa patologia: l'ipertrofia penale⁷. Ormai, quasi

2 La colpevolezza, infatti, non è solo il presupposto indeffettibile affinché possa ascriversi la responsabilità penale ad un soggetto, ma costituisce anche il metro di commisurazione della pena. Su tale aspetto cfr. *amplius* MUSCATIELLO V.B., *Pluralità e unità di reati : per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002, p. 375 s.s.

3 FIORELLA, (voce) *Reato in generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1987, vol. XXXVIII, p. 773

4 Cfr. BARATTA, prefazione a MOCCIA, *La perenne emergenza : tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, p. XI s.s.

5 Per quanto riguarda il diritto penale italiano cfr. A.A.V.V., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, (a cura di) DONINI, Milano, 2003. Dove, per la prima volta, si è proceduto ad una catalogazione (quasi) completa del complesso dei reati vigenti nel sistema Italiano.

6 RESTA, *La dismisura dei sistemi penali*, in A.A.V.V. *Il diritto penale minimo : la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, (a cura di) BARATTA, Napoli, 1985, p. 475 s.s.

7 Per un quadro comparatistico cfr. A.A.V.V., *La riforma della legislazione penale complementare : studi di diritto comparato*, (a cura di) DONINI, Padova, 2000,

ogni fenomeno giuridicamente rilevante risulta presidiato, in tutto o in parte, da qualche sanzione penale. Il diritto penale ha perso (ammesso che l'abbia mai avuto) il carattere frammentario ed è divenuto onnicomprensivo. Tant'è che l'affermazione secondo cui ad essere frammentaria ora è la libertà⁸, appare un'amara constatazione, piuttosto che una provocazione.

È di tutta evidenza, infatti, che non può certo dirsi fedele ai canoni di sussidiarietà e di *extrema ratio* un sistema penale che, come il nostro, conta circa 5000 incriminazioni, distribuite tra codice e la nebulosa delle leggi speciali⁹.

Il fenomeno è stato efficacemente definito¹⁰ come un elefantiasi della normativa penale: un'incontenibile pulsione alla produzione normativa che ha minato la tenuta del sistema¹¹, soprattutto se si considera che all'aumento delle norme penali non fa seguito un aumento effettivo della risposta sanzionatoria; anzi, sembra che tra quantità di norme penali presenti nel sistema e tasso di effettività con cui queste sono applicate, possa stabilirsi una relazione di proporzionalità inversa: la quantità di norme penali risulta essere inversamente proporzionale al tasso di effettiva applicazione di esse.

Il quadro sembra fosco. Riprendendo la metafora della malattia, nei prossimi paragrafi si cercherà di svolgere l'anamnesi della patologia per cercare di ricostruire le origini e lo sviluppo del fenomeno.

2 *Origini e sviluppo dell'ipertrofia penale. L'aumento fisiologico del penalmente rilevante.*

Segnaliamo qui di seguito, senza nessuna pretesa di approfondimento, le tappe più significative che hanno portato all'odierna situazione di ipertrofia penale.

8 Così, incisivamente SGUBBI, *Il reato come rischio sociale : ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, p. 11.

9 Per l'analisi strutturale di questo dato cfr. PAVARINI, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare. Prime elaborazioni e riflessioni*. In *A.A.V.V., Modelli ed esperienze*, cit., p. 32 s.s.

10 MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *A.A.V.V., Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, p. 155.

11 MUSCO, *op. ult. Cit.*, p. 154

Contrariamente a quanto si sarebbe portati a pensare, il fenomeno della dilatazione del penalmente rilevante è tutt'altro che recente: esso infatti è stato lucidamente denunciato fin dagli inizi del'900¹².

Una prima importante fase di espansione si registra in tutte le principali legislazioni europee, in un arco di tempo che va dalla seconda metà dell'800 al primo decennio del XX° secolo. Il fenomeno affonda le sue radici proprio nelle codificazioni ottocentesche¹³ che, almeno nell'immaginario collettivo, rappresentano l'antitesi del fenomeno. Due le ragioni di questa prima espansione: a) la giurisdizionalizzazione completa della risposta sanzionatoria, con la conseguente abolizione delle sanzioni irrogabili in via amministrativa¹⁴; b) l'introduzione del regime di obbligatorietà dell'azione penale¹⁵.

Un secondo fattore di crescita del sistema è stato il progressivo aumento delle incriminazioni legato all'ampliamento dell'intervento statale¹⁶. Sul fenomeno, in questa fase *ancora in fieri*, occorrerà ritornare; per ora ci limitiamo a segnalare i principali effetti che la metamorfosi da stato di diritto a stato sociale ha prodotto sul sistema penale:

a) *Ampliamento del catalogo dei beni giuridici*. Lo stato sociale, inteso

12 Basti pensare che la stessa formula "ipertrofia penale" risale a Frank, il quale la coniò nel 1898 Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 4 nota 3. Non va poi dimenticato l'acceso dibattito che animò la penalistica tedesca sull'utilità delle pene brevi. Dietro la polemica contro tali di pene può leggersi in filigrana la critica dell'utilità della penalizzazione dei fatti sottostanti. Sul punto. v. *amplius* PADOVANI, *L'utopia punitiva: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 45 s.s., 51 s.s., e 255 s.s.

13 PALIERO, *Minima non curat praetor; cit.*, p. 12 s.s.

14 PALIERO, *op. e loc. ult. Cit.*; cfr. Pure PADOVANI, *L'utopia punitiva, cit.*, p. 259 s.s.. In quest'ottica, appare davvero un ricorso storico il fatto che tutte le strategie di depenalizzazione inaugurate a partire dalla seconda metà degli anni'60, abbiano seguito la pista della reintroduzione nel sistema dell'illecito amministrativo.

15 Il regime di obbligatorietà, ovviamente, ha aumentato solamente il carico di lavoro degli uffici giudiziari, non anche l'area del penalmente rilevante. Peraltro non è possibile stabilire quanto poi tale regime abbia concretamente modificato il dato effettuale: non è un mistero che le procure hanno sempre conservato un proprio ordine di priorità. Sul punto cfr. CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 2006, p. ; PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, In *Ind. Pen.*, 1999, p 531 s.s.; MOCCIA, *La promessa non mantenuta ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001

16 PALIERO, *Minima non curat praetor; cit.*, p.23 s.s.

come orientato al perseguimento del benessere collettivo, importa che il perseguimento di detta finalità possa giustificare la sanzione criminale¹⁷. In realtà necessità indiscussa di predisporre una tutela per per tali beni, non significa ancora necessità della tutela penale. Ma di fatto così è stato¹⁸;

b) *Progressiva dilatazione di beni giuridici preesistenti*. Beni giuridici da sempre considerati degni di tutela penale, vengono letti in chiave sempre più ampia. Vengono inoltre individuate nuove modalità di aggressione di tali beni giuridici, che si decide di reprimere indiscriminatamente con lo strumento penale¹⁹. Ma c'è dell'altro: l'assunzione progressiva di compiti nuovi da parte dello stato ha prodotto la moltiplicazione di misure incentivanti di vario tipo: misure fortemente criminogene, in quanto si prestano a facili sviamenti o aggiramenti, rispetto a cui si rende necessaria la repressione, che viene immancabilmente attuata attraverso lo strumento penale.²⁰

c) *Crescita della legislazione speciale di settore*.²¹ Primo embrione di quello che diventerà il luogo privilegiato di manifestazione dell'ipertrofia penale e dell'irrazionalità normativa.

d) *Spostamento della soglia dell'intervento penale dalla lesione al pericolo, e dal pericolo concreto al pericolo astratto*²².

e) *Ricorso sempre più frequente a forme di responsabilità omissiva*.²³

d) *Riserva di legge intesa in primo luogo come riserva di legge penale*.²⁴

Un ultimo importante fattore da segnalare è l'estensione dell'arsenale

17 PALIERO, *op. ult. Cit.*, p. 51; Sul punto v. pure amplius SGUBBI, *Il reato come rischio sociale, cit.*, p. 12 s.s.

18 PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di penalizzazione?*, in *Riv. it. Dir. E proc. Pen.*, 19883, p. 489.

19 PALIERO, *op. e loc. ult. Cit.*

20 Si vedano i penetranti rilievi di PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in *A.A.V.V. Comportamenti economici e legislazione penale : atti del Convegno AREL del 17 marzo 1978*, (a cura di) PEDRAZZI, Milano, 1979, p. 33 s.s.; v. pure ROMANO M., *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, ivi, p. 204 s.s.

21 PALIERO, *Minima non curat praetor, cit.*, p. 23 s.s.

22 PALIERO, *op. e loc. ult. Cit.*

23 Per il carattere eccezionale della responsabilità omissiva nel sistema giuridico ottocentesco cfr. SGUBBI, *La responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 20 s.s.

24 PALIERO, *op. e loc. ult. Cit.*

legislativo (anche penale) resosi necessario dalle nuove possibilità dischiuse da un miglior dominio delle forze naturali.

Va segnalato come questo ampliamento, che copre un arco di tempo che va dalle codificazioni ottocentesche al primo decennio del XX° secolo, non può ancora essere qualificato come degenerazione. Più precisamente il quadro sopra appena delineato costituisce l'origine storica e il modello istituzionale che ha fatto da cornice alla successiva fase di espansione (degenerazione) pan penalistica²⁵ che ci apprestiamo ad esaminare nel paragrafo che segue.

3 *Origini e sviluppo dell'ipertrofia penale. La degenerazione.*

Abbiamo qualificato il fenomeno espansivo descritto nel precedente paragrafo come ancora rientrante in gran parte, almeno in questa prima fase, nei limiti del fisiologico. La rottura di questo processo di sviluppo relativamente equilibrato, e la conseguente degenerazione, si registra in un momento ben determinato: il primo conflitto mondiale; più precisamente, nella normativa emanata a seguito dello stato di guerra. Pur trattandosi di leggi ormai interamente abrogate²⁶, l'analisi del fenomeno conserva intatta il suo interesse: proprio in questa fase si cominciano a delineare in modo marcato quelli che saranno difetti cronici della produzione penale fino ai nostri giorni²⁷.

La forte destabilizzazione prodotta dal conflitto, ha da luogo a fenomeni, anche ma non solo economici, di illegalità diffusa, quali il contrabbando, il mercato nero, che lo stato (almeno sulla carta) cerca di contrastare attraverso l'inserimento di nuove sanzioni, o l'inasprimento di quelle già esistenti²⁸. La normazione (anche) penale stringe le maglie su settori prima non

25 Id., p. 78 s.s.

26 Cfr. PAVARINI, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare*, cit., p. 32 s.s. CATRONUOVO, *Le dimensioni parallele del diritto penale tra codice e leggi complementari*, In *A.A.V.V., Modelli ed esperienze*, cit., p. 277 s.s.

27 PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 62, il quale significativamente attribuisce origini belliche al fenomeno inflattivo.

28 PALIERO, *op. e loc. ult.* Cit. per ulteriori rimandi bibliografici.

(penalmente) regolati, in particolare sull'economia.

Sotto il profilo della tecnica legislativa, il legislatore naviga a vista: assistiamo ad interventi frammentari, con annessi problemi di coordinamento; taglio sempre più casistico delle fattispecie; contingenza, emergenzialismo, caratterizzato da interventi miopi incapaci di risolvere i problemi attraverso programmi a lungo termine²⁹. Sono i primi segni di quelli che saranno tratti caratteristici della successiva produzione legislativa.

Mette in conto di segnalare, in chiusura di questo succinto quadro, un ultimo fenomeno: ultimo, si badi bene, solo in ordine di trattazione. L'impatto del conflitto bellico ha prodotto un profondo mutamento sulla struttura sociale: si assiste all'assorbimento dell'individuo in maggiori complessi; con la conseguenza che ai rapporti tra individui si affiancano i rapporti tra associazioni³⁰, destinati ad avere uno sviluppo ed un'importanza crescente di pari passo con la crescita della complessità delle strutture sociali. Lo sviluppo di questo neo-corporativismo nascente condurrà ad un crescente particolarismo giuridico³¹, o, per meglio dire, un vero e proprio "feudalesimo penale"³².

Emergenzialismo e particolarismo giuridico: queste le insegne del fenomeno inflattivo che qui ci occupa. Entrambi i fenomeni si snodano lungo una direttrice comune: la progressiva perdita di centralità del codice e il conseguente sviluppo della legislazione complementare. Come si vedrà nel paragrafo seguente, la genesi dell'ipertrofia penale è legata in gran parte allo sviluppo della legislazione speciale.

4 *Il progressivo espandersi del diritto penale complementare (standstrefrecht)*

La progressiva dilatazione del sistema penale è stata realizzata prevalentemente attraverso l'introduzione di disposizioni penali in leggi

29 Cfr. FERRARA F., *Diritto di guerra e diritto di pace*, in *Scritti giuridici* vol. I, Milano, 1954, p. 75 s.s.

30 PALIERO, *op. e loc. ult. Cit.*

31 Per un'ampia analisi del fenomeno nelle sue dimensioni attuali cfr. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 26 s.s.

32 Così incisivamente PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 1992, p. 457.

speciali, dunque fuori dal codice penale³³. Il diritto penale complementare ha ormai assunto un ruolo centrale, non più riconducibile ad una realtà periferica extra-vagante. La non coincidenza tra codice penale e sistema penale³⁴ sembra essere diventato un tratto caratteristico ineliminabile degli ordinamenti moderni. Un dato è comunque certo: le fattispecie codicistiche rappresentano, almeno sotto il profilo quantitativo, una parte modesta rispetto al totale delle incriminazioni³⁵; tant'è che ci si è interrogati se anche il settore penale stesse vivendo una stagione di decodificazione³⁶. Verosimilmente il fenomeno, anche se riscontrabile, non ha raggiunto le corrispondenti proporzioni rilevate in ambito civile.

Il proliferare di figure incriminatrici *extra-codicem* ha sicuramente mortificato la funzione pedagogica – reale o mitologica che dir si voglia – che il progetto illuministico aveva attribuito a tale strumento. Di sicuro ha notevolmente minato la possibilità di un'effettiva conoscenza del precetto.

Diverse norme incriminatrici sono state amputate dal codice e la loro disciplina è stata completamente ridisegnata dalle leggi speciali. In altri casi, alla più generale disciplina codicistica viene affiancata (quasi mai con la dovuta consapevolezza) una normativa di settore, con gli intuibili problemi di coordinamento che da questa scelta derivano³⁷.

L'ipotesi statisticamente più frequente è quella di norme penali che si trovano in appendice leggi extra – penali che regolamentano una certa disciplina; in queste ipotesi, la norma penale ha carattere prevalentemente (se non addirittura esclusivamente) sanzionatorio della disciplina extra – penale. Va peraltro rilevato come molte volte sia proprio l'accentuato tecnicismo che contraddistingue la disciplina oggetto di regolamentazione a favorirne l'allocazione fuori dal codice.

La legislazione complementare si presenta, dunque, come il luogo di

33 FIORE, *Prospettive della riforma penale. il ruolo della legislazione speciale*, In *Democrazia e diritto*, 1977, p. 685 s.s.; MUSCO, *Consenso e legiazione penale*, cit., p.153 s.s..

34 Così PADOVANI – STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 1991, p. 23.

35 Id., p. 24

36 Per la ricostruzione del dibattito cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 83 s.s.

37 Id., p. 107 s.s.

manifestazione privilegiato (ma non esclusivo³⁸) dell'ipertrofia penale. Il fenomeno, pur non essendo nuovo, ha assunto proporzioni incontrollabili a partire dal secondo dopoguerra in poi³⁹.

Un primo significativo impiego del diritto penale complementare è stato realizzato nel corso di un decennio a partire dagli inizi degli anni cinquanta: si tratta di una complessa normativa che ha dato forma e contenuto al diritto penale del lavoro⁴⁰. Tale intervento assume un carattere decisivo nell'economia del sistema penale, se si pensa che tali norme costituiscono, a far stato agli inizi degli anni duemila, ancora l'80% del diritto penale complementare vigente⁴¹.

È questo intervento che dà il via a quella che è stata successivamente definita come una “penalizzazione a tappeto”: <<accade, cioè, che una volta scelta la via dell'intervento penalistico per la tutela di interessi particolarmente significativi, invece di far luogo ad una *razionale diversificazione della risposta sanzionatoria*, questa si presenti uniforme rispetto a tutte le condotte di inosservanza che vengono in considerazione, variando solamente la *quantità* della sanzione>>⁴².

Vale poi la pena di sottolineare che questo primo intervento, come i successivi, sia attuato in assenza di un programma organico e strutturale: la logica che spinge all'intervento è quella della contingenza, dell'emergenzialismo: il moltiplicarsi della legislazione complementare è riconducibile al susseguirsi nevrotico delle emergenze⁴³. Molti interventi penali sono stati fatti non per rispondere in modo efficace a reali esigenze di

38 L'ipertrofia penalistica affligge (seppur in misura più ridotta) il codice penale: a riprova che non basta il recupero di centralità di questo testo per risolvere il problema. In questo senso FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in *A.A.V.V., Modelli ed esperienze*, cit., p. 4; v. pure PADOVANI – STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale*, Bologna, 1991, p. 76 s.s.

39 Cfr. INSOLERA, *Il diritto penale complementare*, in *A.A.V.V., Modelli ed esperienze*, cit., p. 79

40 INSOLERA, *Op. e Loc. ult. Cit.*

41 Cfr. PAVARINI, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare*, cit., 39 s.s.

42 Così FIORE, *Prospettive della riforma penale*, cit., p. 686 (corsi nostri)

43 Così INSOLERA, *Il diritto penale complementare*, cit., p. 81. V. pure il penetrante saggio di MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., *passim*. in cui il titolo fotografa in pieno il fenomeno qui descritto.

tutela, ma per calmare gli allarmismi suscitati da vere o presunte emergenze⁴⁴. Si potrebbe dire che l'emergenza è stata istituzionalizzata attraverso il ricorso ad una profusione di provvedimenti legislativi occasionali, secondo cadenze parossistiche, che rendono estremamente difficoltosa la stessa ricostruzione del precetto⁴⁵.

A questo primo intervento – primo non solo in ordine cronologico, ma anche per la mole di precetti inseriti – hanno fatto seguito, seppur con cadenze discontinue, una serie continua di interventi normativi, la cui stratificazione costituisce il corpo attuale del diritto penale complementare. Procediamo per sommi capi.

Dopo un momento di relativa quiescenza registrato nel corso degli anni'70, si assiste, agli inizi del decennio successivo, all'esplosione vulcanica della normazione penale, pressata dalle emergenze di lotta al terrorismo che hanno caratterizzato quegli anni. Tale normativa, peraltro, interessa per lo più gli storici del diritto, essendo stata quasi completamente abrogata.

Sotto il profilo del diritto penale tuttora vigente, invece, va segnalata la progressiva espansione, pari per mole quasi a quella del diritto penale del lavoro, che il sistema penale ha subito dietro la spinta dell'ordinamento comunitario⁴⁶. A partire dagli anni'90 si registrano sempre maggiori interventi di penalizzazione che costituiscono l'attuazione di direttive comunitarie⁴⁷. Per vero, il nostro legislatore, evidentemente del tutto ignaro del principio di *extrema ratio* dell'intervento penale, in molti casi ha provveduto alla criminalizzazione di condotte rispetto a cui gli obblighi comunitari potevano essere ugualmente soddisfatti mediante l'introduzione di sanzioni di tipo amministrativo, in certi casi di efficacia pari o addirittura superiore rispetto quelle penali.

44 MUSCO, *Consenso e legittimazione penale*, cit., p. 157 s.s.

45 MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit. p. 34.

46 Cfr. SGUBBI, (voce) *Diritto penale comunitario*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IV, Torino, 1989, p. 89 s.s.; Grasso G., *L' Incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli stati membri: nascita di una "politica criminale europea"?*, in *Indice Penale*, 1993, p. 65 s.s.; ID., *Comunità europee e diritto penale : i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri*, Milano, 1989; TEIDEMANN, *L'uropeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. Dir. E proc. Pen.*, 1998, p. 3 s.s.

47 Cfr. FIANDACA, *Relazione introduttiva*, cit., p. 19.

La pressione espansiva che il diritto comunitario ha esercitato sul sistema penale verosimilmente risulterà rafforzata dall'avvenuta approvazione del trattato di Lisbona⁴⁸: in particolare, ai sensi dell'art. III-271 del trattato, l'Unione Europea, potrà definire le infrazioni penali (e le relative sanzioni) in una serie di materie: terrorismo, traffico di droga, criminalità organizzata, tratta degli esseri umani, sfruttamento sessuale delle donne e dei bambini, traffico d'armi, riciclaggio del denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica. Oltretutto, si consideri che l'elenco non ha carattere tassativo: il consiglio dei ministri può decidere di ampliarlo, all'unanimità e previa approvazione del parlamento europeo. Inoltre, il consiglio può adottare norme minime anche in settori diversi da quelli indicati, purché queste risultino indispensabili per garantire un'efficace attuazione di una politica comune in uno dei settori ricompresi⁴⁹.

Finora abbiamo analizzato solamente il fenomeno da un punto di vista quantitativo. È giunto il momento di analizzare più approfonditamente le dimensioni esatte del fenomeno, e di apprezzare le profonde differenze qualitative rispetto al diritto penale classico.

5 *Lo stato dell'arte agli inizi del terzo millennio.*

La presenza di un numero sempre maggiore di incriminazioni sparse nelle leggi speciali piuttosto che nel codice, non è solamente una questione topografica, ma riflette scelte di fondo del sistema punitivo: le norme penali presenti nelle leggi complementari sono dotate di caratteristiche proprie che le differenziano profondamente dalle norme di parte speciale.

Qualche dato numerico⁵⁰ può aiutarci a comprendere meglio il fenomeno

48 In argomento PAONESSA, *L'avanzamento del diritto penale europeo dopo il trattato di Lisbona*, in *Riv. Pen.*, 2010, p. 307 s.s.; SAVINO, *Trattato di Lisbona. la pesc e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 226 s.s.; SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'unione europea*, in *Cas. Pen.*, 2010, p. 1146 s.s.

49 Cfr. gli autori citati alla nota precedente.

50 L'ultima indagine aggiornata, più volte citata in questo lavoro (A.A.V.V., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, (a cura di) Donini, Milano, 2003.), risale ad un decennio fa. Considerata la mole del fenomeno, sembra che i dati, pur se datati, possano fornire un quadro sufficiente adeguato. Cfr. pure A.A.V.V., *Le leggi penali complementari*, a cura di Tullio PADOVANI, Milano, 2007.

di cui si discorre. La legislazione complementare conta⁵¹:

a) 874 delitti (il 54,3 % di tali delitti è punito con una pena inferiore a 3 anni);

b) 4557 contravvenzioni (il 93,4% di tali contravvenzioni è punito alternativamente con l'arresto o con l'ammenda, dunque *facoltativamente oblationabili*);

c) Esistono pochissime ipotesi aggravate (meno del 10% del totale).

d) Inesistenza di di pene accessorie (meno dell'1% del totale). È questo probabilmente il dato più stupefacente: in molte delle materie oggetto della legislazione complementare, questo tipo di sanzioni risultano maggiormente efficaci⁵².

Sembra quindi che possano evidenziarsi le seguenti caratteristiche della penalizzazione a tappeto, di cui la legislazione complementare è figlia:

a) *non è un diritto penale della prigione*. La pena detentiva è assolutamente marginale, e in concreto difficilmente irrogabile dati i limiti edittali ristretti;

b) *è un diritto penale degradabile ad illecito amministrativo*, in base ad una decisione discrezionale dell'autorità giudiziaria che sarà chiamata a decidere sull'ammissibilità dell'oblazione facoltativa (depenalizzazione in concreto⁵³).

Questi, dunque, i tratti salienti dell'odierna legislazione complementare: sottosistemi punitivi, particolarismo, dismisura, funzione prevalentemente sanzionatoria; assoluta marginalità della pena detentiva. È di tutta evidenza, come un simile assetto della normativa penale sia distante, per quantità e qualità, ben più di uno iato dai principi del diritto penale classico. Approfondiamo nei paragrafi successivi le cause principali di tale metamorfosi, focalizzando l'attenzione sui mutamenti qualitativi da essa

51 Per questi dati cfr. Cfr. PAVARINI, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare*, cit., 39 s.s.

52 Id., p 41

53 Cfr. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 242 s.s.

prodotti.

Parte II: Dalla descrizione del fenomeno alle ragioni dello stesso.

1 Prima causa del fenomeno: il mancato rispetto del principio di determinatezza

Le ragioni del fenomeno sono articolate e complesse, e si cercherà di delinearle schematicamente nel prosieguo del capitolo.

Difficile anche stabilire un ordine di importanza tra le molteplici cause; riteniamo, però, di poter assegnare un ruolo preponderante⁵⁴ che al mancato rispetto del principio di determinatezza⁵⁵. Tale principio svolge, infatti, un ruolo fondamentale rispetto alla tenuta del sistema nel suo complesso: esiste un nesso stringente tra il rispetto di tale canone e la quantità (intesa come numero complessivo di norme incriminatrici) e la qualità (intesa come adeguatezza) della risposta penale⁵⁶.

Peraltro, il giudizio in ordine alla sufficiente determinatezza di una norma risulta estremamente complesso. Come è stato bene osservato « sufficiente determinatezza o indeterminazione di una norma è un attributo, una qualificazione, un giudizio in fondo, che ha carattere eminentemente quantitativo: tutte le norme, in quanto espressioni di senso, hanno un margine

54 Sull'importanza decisiva di questo fattore cfr. BRICOLA, *legalità e crisi: l' art. 25, commi 2 e 3, della costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, fasc. 2-3, p. 130; Id., (Voce) *Teoria del reato*, in *Nov.mo Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 1957, p. 14 s.s.; PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., 162.

55 In argomento v. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, Padova, 1985, *passim* ; Id. *Legalità e determinatezza della legge penale : significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in A.A.V.V. *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) Vassalli, Napoli, 2006, p. 50 s.s.; Id., *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in: *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 1989, p. 1194 s.s.; MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., *passim* ; LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989; RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1970; DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 39 s.s.

56 Il problema, già presente in numerose norme di parte speciale (cfr. SGUBBI, *Meccanismi di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *Quest. Crim.*, 1981, p. 321 s.s.), ha assunto proporzioni endemiche nella legislazione speciale (cfr. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 33 s.s. e 36 s.s.

di indeterminatezza. Così come, al contrario, tutte le norme, anche le peggio formulate hanno un margine di determinatezza>>⁵⁷. Si tratta, quindi, di un complesso equilibrio, precario, instabile, difficile da rispettare e frequentemente disatteso.

Da un lato, norme eccessivamente determinate, di taglio *casistico*, producono sicuramente un effetto nefasto in ordine alla moltiplicazione delle fattispecie: infatti esse potrebbero essere senza pregiudizio condensate in un'unica incriminazione più generale. Quando ciò non avviene, quando, in luogo di un'unica norma incriminatrice, una condotta naturalisticamente unica risulta parcellizzata in un numero elevato di microviolazioni, tutte autonomamente sanzionate, il sistema rischia serie disfunzioni: <<La proliferazione ipertrofica delle fattispecie impedisce anche la loro applicazione tassativa delle norme per via delle complesse implicazioni legate alla possibilità di conflitti tra queste. Mi riferisco alle ipotesi di doppia o plurima tipicità, secondo cui uno stesso fatto, a causa di una poco corretta tecnica di normazione, può rientrare in più fattispecie, al di fuori dei casi di concorso apparente, aprendo così, contrariamente ad elementari esigenze di difesa della libertà, spazi di discrezionalità giudiziale inammissibili in uno stato di diritto.>>⁵⁸.

Dall'altro lato, però, è necessario liberarsi dall'equivoco secondo cui il fenomeno inverso – l'indeterminatezza delle fattispecie – porterebbe ad una riduzione dei casi di interferenza tra norme penali: la non sufficiente determinatezza produce anch'essa un ingiustificato aumento dei titoli di reato. Il paradosso è solo apparente: il fenomeno si lascia agevolmente spiegare in base alla considerazione empirica che le norme indeterminate lasciano sempre irrisolto il dubbio circa la riconducibilità al loro interno di un dato fatto; magari proprio quel fatto che l'introduzione dell'incriminazione mirava

57 PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., p. 57.

58 MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p.p. 116-117. In argomento v. pure Id., *La perenne emergenza*, cit., p. 43 s.s. e 58 s.s.; BRICOLA, *legalità e crisi*, cit, p. 217 s.s.; SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio : libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e reati contro il patrimonio*, Milano, 1980, p. 232 s.s. e 262 s.s.

a reprimere. Ora, proprio questa ansia, un vero *error vacqui*⁵⁹, sembra spingere il nostro legislatore a rincorrere la supposta lacuna, mediante l'introduzione di nuove norme ugualmente indeterminate; norme rispetto a cui, proprio a causa della loro indeterminatezza, non è possibile fare ricorso allo schema del concorso apparente di norme, al fine di contenere la moltiplicazione fittizia dei titoli di reato.

Entrambi i corni dell'alternativa, apparentemente opposti, conducono allo stesso effetto distorsivo: troppa determinatezza produce una moltiplicazione dei titoli di reato; ma anche la non sufficiente determinatezza porta allo stesso risultato a causa dell'elevato numero del numero di norme penali presenti nel sistema.

Eccesso e difetto di determinatezza: fenomeni antitetici ma entrambi produttivi dello stesso effetto collaterale: l'inflazione penalistica⁶⁰. A peggiorare ulteriormente le cose, si aggiunge il dato che una norma può essere contemporaneamente affetta da entrambi i vizi: può accadere, infatti, che una norma riunisca insieme, in una metistofelica sintesi degli opposti, alcuni elementi che risultano eccessivamente (parossisticamente) determinati, mentre altri elementi salienti risultano privi di un contenuto afferrabile. L'esempio comunemente addotto è l'art. 416 c.p.⁶¹

2 Seconda causa del fenomeno: l'uso simbolico del diritto penale.

Un secondo fattore che ha contribuito all'inflazionamento del sistema penale è costituito dall'uso simbolico della sanzione criminale. La diffusione che tale fenomeno ha assunto nei moderni ordinamenti ha spinto gli studiosi ad interrogarsi con interesse crescente sulla natura di esso, tale da

59 Così PALIERO, *Minima non curat preator*, cit., p. 27

60 MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p.73

61 Detta norma << Risulta imprecisa a causa di una tecnica eccessivamente descrittiva e si caratterizza per una chiara propensione casistica, che ne fa un vero e proprio crogiolo in cui si fondono elementi normativi, elementi naturalistici, rinvii sociologici, a tutto dannodi elementari esigenze di tassatività>> MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p.p. 116-117. In argomento cfr. pure DE FRANCESCO, *I reati politici associativi nel codice rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, In *Riv. It. Dir. E proc. Pen.*, 1984, p. 679 s.s.; PALIERO, *L'autunno del patriarca*, ivi, 1994, p. 1234 s.s.

trasformarlo in un vero *topos* della letteratura penalistica: secondo una recente indagine, il termine “diritto penale simbolico” viene impiegato in almeno centoventiquattro usi diversi⁶².

Questo uso e abuso del termine è indice della complessità dell'analisi. Semplificando l'articolato dibattito, possiamo distinguere due fondamentali funzioni che il diritto penale assolve nel sistema sociale. La prima, tradizionale – l'unica sulla cui legittimità non si dubita, essendo la funzione congenita del sistema punitivo – è quella di tutela dei beni giuridici, mediante la prevenzione, attuata attraverso la minaccia e la successiva inflizione di una pena per i trasgressori del precetto. Tale funzione, che costituisce la ragion d'essere del sistema sanzionatorio, viene comunemente definita *funzione strumentale* del diritto penale.⁶³

A questa funzione indiscussa, se ne affianca un'altra, definita “funzione simbolica”⁶⁴ la quale, ove ammessa sul piano dei principi, dovrebbe comunque collocarsi in posizione subordinata e accessoria rispetto alla funzione strumentale. La norma penale assolve una funzione simbolica quando produce effetti diversi dalla prevenzione dei reati: per esempio il rafforzamento del sentimento di sicurezza dell'opinione pubblica; oppure, la formazione di un giudizio di disvalore mediante l'incriminazione di una condotta la cui pericolosità non è socialmente percepita in modo adeguato; o, ancora, la riaffermazione di valori che stanno perdendo mordente nel quadro della coscienza collettiva⁶⁵. Raffinando l'analisi, possiamo dire che la funzione simbolica mira a produrre nei destinatari del precetto effetti espressivi⁶⁶ (suscitare emozioni o sentimenti nelle coscienze) ed effetti

62 Li registra con encomiabile pazienza, BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale*, in *Indice Penale*, 2003, fasc. 2, p. 494 s.s.; ID., *Retorica, simbolismo e diritto penale*, in *La retorica fra scienza e professione legale*, Milano, 2004, p. 345.

63 In argomento cfr. BONINI, *op. ult. Cit.*, p. 498 s.s. E autori ivi citati; BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello* vol. II, Milano, 1989, p. 19 s.s.

64 Cfr. i contributi citati nella nota precedente.

65 Cfr. FIANDACA, *Relazione introduttiva cit.*, p. 15 s.s.

66 Diez Rispolles, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in A.A.V.V., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte.*, (a cura di) Stortoni e FOFFANI, Milano, 2004 p. 155 s.s.

integratori⁶⁷ (capacità di generare consenso su determinati assetti di valore).

Peraltro, la distinzione tra l'una e l'altra risulta possibile solo in una prospettiva analitica, risultando le due funzioni strettamente intrecciate⁶⁸. Dette funzioni, inoltre, non si escludono a vicenda: l'intervento penale risulta congruo quando nella norma introdotta predomina la funzione strumentale; quando, cioè, la norma è dotata di una reale capacità di prevenire i comportamenti delittuosi, e persegue solo incidentalmente, in modo accessorio, ulteriori effetti.

In queste proporzioni il perseguimento di effetti simbolici risulta ancora legittimo. L'uso simbolico del diritto penale (diritto penale simbolico *tout court*), fattore eziologico di ipertrofia, si registra con lo sbilanciamento delle funzioni simboliche su quelle sostanziali-strumentali⁶⁹.

In simili ipotesi la norma introdotta risulta di difficile, o addirittura impossibile applicazione, dunque destinata congenitamente all'infettività, a tutto detrimento della funzione strumentale. Spesso l'effetto simbolico è l'unico realmente avuto di mira: si dichiara di voler sopperire ad indilazionabili bisogni di tutela e invece si punta al raggiungimento, esclusivo o prevalente, di effetti simbolici⁷⁰: si passa dall'efficienza simbolica del diritto penale al simbolismo efficientista⁷¹.

Questa tendenza alla strumentalizzazione del diritto penale orientata secondo un modello prevalentemente simbolico è stato il contrassegno di un numero sempre più elevato di interventi penali⁷². Le conseguenze di questo abuso dello strumento penale, sviato dalla funzione di tutela dei beni giuridici, sono facilmente intuibili: si dilata a dismisura il campo del penalmente rilevante, senza che a tale aumento corrisponda un incremento

67 DIEZ RISPOLLES, *op. e loc. ult. Cit.*

68 DIEZ RISPOLLES, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, cit., p. 151

69 DIEZ RISPOLLES, *op. ult. Cit.*, p. 169 s.s.; , BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale*, cit., p. 498 s.s.

70 Diez Rispolles, *op. e loc. ult. Cit.*

71 Per l'uso di questa dicotomia cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 9 s.s.; BARATTA, *presentazione*, *ivi*, p. XIII s.s.

72 Si pensi, a titolo di esempio, alle Misure in materia di discriminazione razziale, alle modifiche subì delitti sessuali; alle norme in materia di usura, o sul traffico di stupefacenti. Per un quadro approfondito cfr. MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 39 s.s. e 56 s.s. ; A.A.V.V., *La legislazione penale compulsiva*, (a cura di) Insolera, Padova, 2006.

reale in termini di effettività⁷³. «La legge è trattata come bene di consumo. Invero il prodotto normativo: è esposto in rutilanti confezioni, anche se talvolta l'etichetta non corrisponde al contenuto; [...] è immesso sul mercato per soddisfare molteplici e diversificati bisogni (veri o supposti)>>⁷⁴.

Questa deriva ha trovato anche legittimazione sotto il profilo dogmatico – criminale nella concezione della prevenzione c.d. positiva-integratrice della norma penale⁷⁵, secondo cui le norme penali non avrebbero come funzione principale la deterrenza dei potenziali trasgressori dal commettere delitti, attraverso la minaccia e l'inflazione della pena (prevenzione c.d. negativa), ma mirerebbero a rafforzare la validità delle norme nei confronti dei cittadini che, di per se, non delinquerebbero. «La teoria della prevenzione positiva è dunque una teoria della funzione simbolica del diritto penale, nel senso che le funzioni indicate hanno direttamente a che fare con l'espressione di valori assunti dall'ordinamento e la conferma della validità delle norme, conferma simbolica appunto e non empirica, perché indipendente dalla quantità delle infrazioni e della loro riduzione. *La difesa dei beni giuridici non può essere considerata come la funzione principale delle norme penali, secondo la teoria della prevenzione integrazione.*⁷⁶>>

Non è questa la sede per svolgere una disamina critica di questa impostazione. Interessa qui mettere solo mettere in luce le conseguenze che essa produce in termini di inflazione della normativa penale. Di seguito offriamo un piccolo campionario del fenomeno.

73 Il che ha come ulteriore conseguenza la perdita di “sacralità” della pena: essa perde la specificità di risposta riservata esclusivamente alle condotte percepite come maggiormente pericolose, e diventa olistica rispetto a tutte le violazioni. Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., p. 5 nota 4 e p. 99 s.s.

74 Così SGUBBI, *Presentazione*, in A.A.V.V., *La legislazione penale compulsiva*, cit., p. XII; cfr. FIANDACA, *Prolegomeni alla futura riforma del codice penale*, in *Micromega*, 1995, fasc. 5, *passim*; MUSCO, *Consensus e legislazione penale*, cit., p. 158 s.s.

75 Tale teoria è stata elaborata principalmente in seno alla dottrina tedesca. In argomento cfr. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, cit., p. 44 s.s. Con ulteriori rimandi bibliografici.

76 Così incisivamente BARATTA, *op. e loc. ult. Cit.*; cfr. pure DIEZ RISPOLLES, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, cit., p. 172, il quale afferma che “il diritto penale simbolico costituisce un caso di superamento dei limiti utilitaristici che il principio teleologico assegna all'intervento penale.”

3 (segue:) *Fenomenologia delle leggi simboliche.*

Abbiamo chiarito come attraverso l'introduzione di norme penali simboliche il legislatore abbia di mira, in via principale od esclusiva, effetti diversi dalla prevenzione dei reati. Abbozziamo qui una piccola classificazione⁷⁷ di alcune fra le più interessanti forme di manifestazione della legislazione simbolica, raggruppate in base allo scopo (realmente) perseguito mediante la loro introduzione.

Trattandosi di leggi a contenuto simbolico, esse si rivolgono primariamente ai soggetti *non* delinquenti e mirano principalmente a rafforzare il consenso dell'opinione pubblica⁷⁸ sull'agire di governo. Nello specifico:

- a) *Leggi attiviste.* Attraverso l'intervento penale si suscita nella società l'illusione di stare affrontando e risolvendo problemi irrisolti (e di regola irrisolvibili con la semplice attivazione dello strumento penale, quasi che questo fosse la panacea a tutti i mali⁷⁹);
- b) *Leggi identificative.* Volte a soddisfare l'isteria sociale destata da fatti allarmanti. Il legislatore dimostra di identificarsi – realmente, o, più spesso, demagogicamente – con il sentimento di angoscia creato nell'opinione pubblica da fatti delittuosi, la cui eco, il più delle volte, ha avuto un'ampia (magari artefatta) risonanza mediatica.
- c) *Leggi promozionali.* Volte a orientare la collettività intorno a determinate posizioni di valore (detta anche funzione

⁷⁷ La mutuiamo, con qualche aggiunta, da DIEZ RISPOLLES, *op. ult. Cit.*, p. 173 s.s.;

⁷⁸ Sul punto si vedano le ampie considerazioni svolte da PALIERO, *Diritto penale e consenso sociale*, in A.A.V.V., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, p. 167 s.s.

⁷⁹ Osserva giustamente MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 28 s.s. Che << La funzione simbolica del diritto penale è quella di dimostrare il carattere imprescindibile dell'intervento punitivo, accreditando una situazione di insicurezza. Essa scoraggia una soluzione extra-penale, meno rappresentativa di quella penale, che, invece, nella maggioranza dei casi è la più idonea a risolvere in radice il problema: viene generata e coltivata l'illusione di sicurezza, che può attirare il consenso dei cittadini verso lo stato>>. Sul punto cfr. RESTA, *Paradossi del consenso*, in A.A.V.V., *Verso un nuovo codice penale*, cit., p. 148 s.s.

promozionale del diritto penale)⁸⁰.

- d) *Leggi autoritarie*. Con cui si cerca di rafforzare un certo giudizio etico, prima dominante e che nello stato attuale risulta non più largamente condiviso, nella speranza che l'uso della sanzione criminale possa contribuire alla sua riaffermazione.
- e) *Leggi apparenti*. Tecnicamente difettose, che contengono elementi la cui prova non può essere raggiunta all'interno del processo penale;
- f) *Leggi gratuite*. Rispetto alle quali non si dispone delle risorse economiche e processuali necessarie per la loro effettiva applicazione. Si pensi a determinate fattispecie incriminatrici, i cui fatti materiali per essere accertati abbisognano di complesse indagini e del dispiegamento di ampie risorse tecniche.

Giova mettere in evidenza un ultimo aspetto del variegato fenomeno, fattore stavolta non positivo, ma bensì negativo di ipertrofia: ci riferiamo alle mancate depenalizzazioni, che, in quanto tali, lasciano intatta la mole del penalmente rilevante. Spesso la rinuncia alla depenalizzazione è legata non ad effettive esigenze di tutela dei beni giuridici, magari ugualmente raggiungibili attraverso altri strumenti sanzionatori diversi da quello penale, ma a considerazioni puramente simboliche, legate alla percezione che la depenalizzazione produrrebbe sull'opinione pubblica: si teme che la condotta depenalizzata possa essere percepita come socialmente neutra, anziché come (socialmente pericolosa ma) non meritevole di tutela penale

4 *Terza causa del fenomeno: il mancato rispetto del principio di sussidiarietà (ovvero, un'altra promessa non mantenuta).*

Abbiamo notato⁸¹ come un sistema penale ipertrofico sia esattamente agli antipodi rispetto al modello ideale prodotto dagli illuministi⁸². Tale modello,

80 Cfr. Gli autori citati in nota 58.

81 V. *retro par.* 1

82 Secondo una lettura alternativa, invece, tale degenerazione non sarebbe altro che il coerente

infatti, impone grande parsimonia nell'uso della sanzione criminale (principio di sussidiarietà). In questo senso, possiamo dire che, al pari del principio di determinatezza, ci troviamo di fronte ad un'altra “promessa non mantenuta”.

Il dato, a prima vista, dovrebbe stupire: su tale principio infatti si registra un ampio margine di consensi, non solo da parte della dottrina⁸³. Si veda in proposito una sua riaffermazione in un'importante circolare del consiglio dei ministri⁸⁴. Sorge spontaneo l'interrogativo sul perché allora tale principio sia così affermato sulla carta e così disatteso nella pratica.

Una prima risposta, indubbiamente esatta, è che si tratta di un principio argomentativo e non dimostrativo, dunque non cogente⁸⁵, ma si tratta solo di una spiegazione parziale. Il vero nodo è legato al presupposto su cui tale principio si fonda: il sacrificio della libertà personale⁸⁶.

L'idea di un diritto penale minimo/*extrema ratio* è un riflesso del ruolo sempre più centrale che la penale detentiva ha svolto nel sistema

sviluppo delle premesse presenti in tale modello. Rileva in particolare l'esaltazione della funzione preventiva della pena: fedeli ai principi dell'utilitarismo punitivo (il criterio della massima felicità divisa per il maggior numero di soggetti), le dottrine illuministiche finirono per esaltare la funzione della pena intesa come strumento di difesa sociale, dando così vita (almeno potenzialmente) ad un sistema intimidazionistico, massimo e illimitato. Sul punto cfr. FERRAJOLI, *il diritto penale minimo*, in A.A.V.V., *Il diritto penale minimo : la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, 1985, p. 505 s.s.; contra: cfr. HIRSCH, *La giustificazione della pena*, in A.A.V.V., *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 142 s.s.

83 In tal senso cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 215 s.s.; FIANDACA – MUSCO, *Dir. Pen. Pt. Gen.*, Bologna, 2007, p. 29 s.s.; MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463 s.s.; ROMANO M., *Meritevolezza di pena, bisogno di pena e teoria del reato*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 1992, p. 39 s.s.

Per un'attenta analisi di questa “divaricazione spirituale della scienza penale e la realtà pratica di legislazione” cfr. PALAZZO, *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.*, 1997, p. 697 s.s.

84 Pubblicata nel supplemento ordinario della G.U. n. 22 del 23 Gennaio 1984. In argomento cfr. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e amministrative*, in *Indice Penale*, 1986, p. 35 s.s.; PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 1984 p. 952 s.s. Tale circolare è rimasta, peraltro, una pura dichiarazione di buone intenzioni: l'incremento di norme penali dopo la sua emanazione è rimasto inalterato. «Nonostante i proclami governativi dal 1983 in poi in favore della riduzione dell'area dell'illecito penale, la realtà è quella di un'incessante creazione di nuove figure di reato, per ineguire nuove emergenze.>>. Così VIGLIETTA, *Spunti per una riforma del sistema penale. Dal diritto penale dello stato – autorità al diritto penale minimo*, in A.A.V.V. *Il sistema sanzionatorio e le sue alternative di tutela*, Quaderni di “Questione Giustizia”, (a cura di) Borrè e Palombini, Milano, 1998, p. 31.

85 Sul punto cfr. amplius infra cap II, par. e autori ivi citati

86 Cfr. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 240 s.s.

sanzionatorio a partire dalle grandi codificazioni ottocentesche: ruolo prima preponderante, poi egemone e, infine, praticamente monopolistico⁸⁷.

È su questo connubio tra norma penale e sanzione privativa della libertà personale che si sono sempre eretti gli argini alla deriva dei sistemi penali: per giustificare la criminalizzazione di un fatto è indispensabile che quel fatto rivesta una dannosità tale da giustificare una pena privativa della libertà⁸⁸. *Che poi tale esigenza di contenimento sia il frutto di una concezione sacrale della libertà personale*⁸⁹ o, con più disincanto, della sfiducia inconscia nello stesso sistema penale⁹⁰, ciò non rileva: ciò che realmente conta è che per limitare la portata espansiva del sistema punitivo, questo deve realmente sacrificare la libertà personale.

Ora, nel diritto penale ipertrofico proprio questa relazione di implicazione necessaria tra norma penale e sanzione privativa della libertà personale risulta sempre più vanificata: “alla vacuità del precetto corrisponde il carattere per lo più virtuale della sanzione”⁹¹.

L'effettivo sacrificio della libertà appare un'eventualità remota, alla luce dei molteplici istituti (prescrizione, oblazione, sospensione condizionale ecc.) che, di fatto, operano come meccanismi di nullificazione della pena in concreto⁹². *La pena detentiva costituisce una minaccia non attuata: a soddisfare l'effetto simbolico basta la sola minaccia (astratta previsione) della pena, non anche la sua effettiva applicazione; l'effetto dissuadente abbisogna sempre meno della pena eseguita*⁹³.

Crisi del sistema penale, di cui l'ipertrofia costituisce un sintomo visibile,

87 Per un quadro approfondito si vedano le sempre attuali considerazioni di FOUCAULT, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Parigi, 1975 (trad. it. *Sorvegliare e punire : nascita della prigione*, Torino, 1976); v. pure PADOVANI, *l'utopia punitiva*, cit., p. 13 s.s.)

88 L'idea, già presente in FILANGERI (*La scienza della legislazione*, Catanina, 1752-1788, qui consultato nella ristampa a cura dell'istituto poligrafico della zecca dello stato, 1984, p. 219 s.s. è stata ampiamente sviluppata da BRICOLA, *Teoria del reato*, cit., p.15 s.s.)

89 Bricola, *Op. e loc. ult. cit*

90 Lo osserva, con cinico realismo PADOVANI, *l'utopia punitiva*, cit., p. 245 s.s.

91 Così GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? : le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti*, in *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 189 s.s.

92 Id., p. 193

93 STORTONI, *Intervento*, cit., p. 6 s.s. v. pure gli autori citati in nota 49.

è anche e soprattutto il riflesso della crisi dell'istituzione carceraria (della pena detentiva *tout court*) su cui esso si fonda⁹⁴, o meglio, si fondava: alla crisi di effettività dell'esecuzione penale sembra corrispondere immancabilmente un'accentuazione della funzione simbolica delle norme sostanziali.

Il problema fondamentale rimane, però, questo: disancorato dall'esigenza di salvaguardare l'individuo da irragionevoli privazioni della libertà personale, il principio di sussidiarietà perde gran parte della sua ragion d'essere, anzi, rischia di ridursi ad uno sterile proclama, una dichiarazione di intenti.

Se il sistema penale rinuncia a contrastare le condotte illecite con la pena detentiva, le esigenze di contenimento risultano superflue: gli argini sono crollati e non esiste più un limite giustificativo alla deriva.

5 *Quarta causa del fenomeno: Società del rischio e amministrativizzazione del diritto penale.*

I vari fattori di ipertrofia penale esaminati finora, sono tutti legati a problemi di corretta normazione; ma sarebbe poco corretto, nel distribuire il mazzo dei torti e delle ragioni, voler addossare tutte le colpe al legislatore⁹⁵: è vero, semmai, che una delle cause più importanti – rispetto a cui quelle finora esaminate possono essere considerate come forme particolari di manifestazione – va ricercata in una profonda metamorfosi della società: ci riferiamo al ruolo sempre più marcato assunto dall'accettazione e la gestione dei rischi e dei pericoli in quasi tutti i settori.

Costituisce affermazione sempre più diffusa, il dire che il rischio è diventato un tratto permanente della società moderna, forse addirittura il più caratteristico, tant'è che non è mancato chi ha parlato di società del rischio

94 PADOVANI, *l'utopia punitiva*, cit., p. 43

95 Cfr. RESTRA, *La dismisura dei sistemi penali*, cit., p. 481: << Non credo che spieghino molto le interpretazioni dei messaggi ambivalenti in chiave di caduta della razionalità legislativa, o di difetto di tecnica giuridica, o di perdita di illuminismo: tutto questo ci può indubbiamente anche essere ma non coglie il carattere di *impossibilità della forma* e di *necessità del paradosso*>>. (corsivi aggiunti)

*tout court*⁹⁶.

Al di là di simili esagerazioni, una cosa è certa: lo sviluppo tecnologico ha prodotto l' aumento e il cambiamento dei pericoli, sia da un punto di vista qualitativo (potenzialità distruttive), sia quantitativo (il cumulo di ogni singolo rischio può produrre eventi di proporzioni prima difficilmente immaginabili)⁹⁷: « Viviamo in un un mondo che ha accettato, desiderato, reso necessario ed assunto il il pericolo come strumento naturale della vita quotidiana »⁹⁸.

L'impatto della società del rischio ha profondamente modificato molti aspetti dell'edificio penale: la politica criminale, la teoria delle pene, e la stessa dogmatica penale⁹⁹.

La logica del rischio e dell'emergenza comporta non solo l'estensione ma anche l'*amministrativizzazione* del diritto penale¹⁰⁰, che poi non è che un aspetto particolare della generale amministrativizzazione dello stato¹⁰¹: di fronte a queste forme di rischio lo stato non può rimanere soggetto terzo, garante delle regole del gioco – secondo la favola bella diffusa dai liberali – lasciando che siano i privati ad assumersene la gestione, ma deve intervenire direttamente, assumendosi il compito di organizzare e di ripartire il rischio.

Da garante della sicurezza del diritto (e cioè delle regole del gioco e dello spazio giuridico in cui si realizzano i rapporti di produzione ed i relativi conflitti) lo stato si trasforma in *garante della sicurezza dei beni*, amministratore dei rischi connessi alla produzione di essi e dei conflitti che l'accompagnano¹⁰².

96 Si veda il fortunato saggio di BECK U., *Risikogesellschaft auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 (trad. it. *La società del rischio: verso una seconda modernità*, Roma, 2000).

97 Cfr. Gonzales, *Diritto penale e rischi tecnologici*, cit., p. 415 s.s.

98 OLIVARES, *I reati di pericolo nella politica criminale del nostro tempo*, in *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 347

99 PRITTWITZ, *Società del rischio e diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale*, cit., p. 371.

100 BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, cit., p. 36; ID., *Principi del diritto penale minimo : per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in A.A.V.V. *Il diritto penale minimo*, cit., p. 451 s.s.

101 BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, cit., p. 32 s.s.

102 BARATTA, *Op. e loc. ult. Cit.*

Si assiste, dunque, ad un progressivo espandersi del monopolio statale in settori prima lasciati alla libera disponibilità dei privati; monopolio che, a sua volta, è espressione della sfiducia nei confronti del principio utilitaristico della massima ottimizzazione dei risultati attraverso il libero dispiegarsi dell'attività privata. Anzi, possiamo dire che tale principio è stato scalzato e sostituito da un nuovo principio antitetico: il principio costruttivistico¹⁰³, *secondo cui il godimento, la conservazione del bene vengono ottimizzati non con l'affidamento di tale bene ai privati, ma con la costruzione di un ordine normativo programmato*¹⁰⁴.

Viene instaurato un «monopolio artificiale su beni che non sono coesenziali allo stato, ma che lo stato nazionalizza, espropriandoli alla società civile al fine di amministrare i beni stessi [e i rischi derivanti dalla loro gestione] secondo criteri di disciplina tecnica e di indirizzo politico»¹⁰⁵.

Si realizza una nuova metamorfosi dell'apparato statale e nei rapporti che questo intrattiene con gli individui: lo stato interventista, che aveva superato il precedente modello classico, si trasforma nuovamente, presentando il volto inedito dello Stato di prevenzione¹⁰⁶. *Come è stato lucidamente messo in luce, «in una società che in maniera sempre più accelerata porta a situazioni di rischio [...] lo stato della prevenzione è quello in cui la produzione normativa ed i meccanismi decisionali tendono a riorganizzarsi permanentemente come risposta ad una situazione di emergenza strutturale»*¹⁰⁷.

Il fenomeno è stato definito come *dinamizzazione dei beni giuridici*¹⁰⁸: questi, non sono più prodotti come avveniva in passato dal contesto sociale, ma dallo stato stesso per proteggere le proprie funzioni. Il bene giuridico subisce un processo di spiritualizzazione e diventa un fine dello stato¹⁰⁹.

Lo stato dunque interviene attivamente come amministratore dei rischi

103Così SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 12

104SGUBBI, *Op. e loc. ult. Cit.*

105SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 18

106DENNIGER, *Der präventiv-Staat*, in «Kritische Jstiz», XXI, 1988, p. 7 s.s.

107Id., p. 31

108DENNIGER, *Der präventiv-Staat*, cit., p. 7 s.s.

109SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 17

attraverso la propria normativa. La norma penale si presenta come il canale privilegiato attraverso cui attuare questo controllo; ma questo può avvenire solo al prezzo di un profondo stravolgimento dello strumento punitivo: in questi casi, infatti, la norma penale è chiamata a proteggere dei beni giuridici profondamente diversi per forma e contenuto dai classici oggetti di tutela: per lo più interessi diffusi o funzioni amministrative.

La struttura di questi beni giuridici implica che la loro tutela debba avvenire secondo forme e modalità che si discostano dal modello tradizionale, il quale, non a caso, nasce per la tutela di beni giuridici individuali, i cui schemi mal si adattano a questi nuovi oggetti giuridici¹¹⁰.

Ricapitolando, ecco gli snodi fondamentali della vicenda:

- a) la moderna società si caratterizza per un ruolo sempre più accentuato che il rischio assume in numerose attività;
- b) proprio la presenza di questo rischio fa sì che la gestione di questa attività non possa essere affidata esclusivamente ai privati, ma è lo stato stesso che interviene, attraverso un imponente apparato di prescrizioni amministrative, nella gestione di questi settori e dei rischi connessi. Questa forma inedita di controllo può essere definita come amministrativizzazione dello stato;
- c) a presidio della disciplina amministrativa viene predisposto un florilegio di sanzioni penali¹¹¹ che hanno carattere prettamente sanzionatorio rispetto alla disciplina amministrativa: si passa, quasi per contagio, dall'amministrativizzazione dello stato all'amministrativizzazione del diritto penale.

Possiamo, dunque, annoverare questa nuova forma di dirigismo statale come il fattore primario di ipertrofia.

110 Cfr. PALAZZO, *Per una razionalizzazione della legislazione complementare*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 321s.s. secondo cui tale differenza è in parte non solo spiegabile ma anche giustificabile in ragione della particolarità di alcune materie.

111 In simili ipotesi, la sanzione criminale viene utilizzata come mezzo di rafforzamento del governo della società. Cfr. *amplius* PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 461

Parte III: Gli effetti del fenomeno sulle fonti e sulla struttura del reato.

1 Crisi della riserva di legge

Fino a questo momento si abbiamo descritto il progressivo espandersi ipertrofico del sistema penale, cercando di coglierne le cause. Dobbiamo ora vedere quali sono gli effetti che questa legislazione ha prodotto: all'aumento quantitativo degli illeciti corrisponde, infatti un profondo cambiamento qualitativo che investe i caratteri fondamentali dell'illecito penale.

Due in particolare gli aspetti su cui vale la pena focalizzarsi: il primo riguarda la crisi delle fonti di produzione dell'illecito penale; il secondo riguarda gli effetti del fenomeno sulla struttura del reato (struttura dell'incriminazione, colpevolezza, antigiuridicità ecc)¹¹². Cominciamo dal primo punto, rimandando l'esame del secondo ai paragrafi successivi.

Ipertrofia del diritto penale e crisi della sua fonte di produzione – la legge - sono due realtà strettamente collegate: tant'è che è difficile assumere se sia la crisi prima abbia causato la seconda, o viceversa. Come che sia, la prima censura che viene mossa ad un numero sempre crescente di norme penali è quello di non rispettare il principio della riserva di legge¹¹³.

Il principio della riserva di legge viene eroso su due fronti: attraverso l'inserimento di norme penali in bianco; o, in via alternativa, attraverso fattispecie contenenti elementi indeterminati, vaghi o elastici. In entrambi i casi la norma rinuncia a determinare le condotte punibili. Siamo di fronte ad un vero e proprio non decision making process.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'apporto che fonti diverse dalla legge, di carattere secondario o sovranazionale, supera ampiamente la soglia consentita dell'apporto tecnico, per sconfinare nell'apporto valutativo¹¹⁴: <<

112Osserva giuristamente DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 64 s.s., che la legislazione speciale costituisce un dato empirico da cui non si può prescindere nella costruzione induttiva di un modello generale di reato.

113Si vedano, tra gli altri, MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit., p. 158; Id., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, *passim*; SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 2001, p. 1193 s.s.; ID., *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 51 s.s. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 217 s.s.

114Per questa distinzione cfr. FIANDACA – MUSCO, *Dir. Pen. pt. Gen.*, cit. p. 53 s.s.

scompare il legislatore come figura unitaria, sostituito da una pluralità di fonti normative. Anche le regole comportamentali penalmente significative hanno ormai fonti composite. Le fonti sono sovranazionali (come il diritto dell'Unione europea), o di grado secondario come espressione normativa di enti territoriali diversi dallo Stato, regolamenti, circolari, ecc.: la produzione legislativa statale diventa sussidiaria, in senso verticale o orizzontale.>>¹¹⁵.

Il risultato è che le condotte vietate non sono più ricavabili dal disposto normativo: siamo di fronte a <<leggi ermafrodite aventi la forma della legge ma la sostanza di atti amministrativi>>¹¹⁶. Lo stesso dicasi per le norme non sufficientemente determinate: la loro indeterminatezza fomenta il carattere costitutivo dell'accertamento processuale¹¹⁷.

Abbiamo detto che la crisi della riserva assoluta di legge è direttamente legata alla dismisura dei sistemi penali, e in particolare dall'aver invaso, con la loro regolamentazione, settori ed attività caratterizzate da un accentuato tecnicismo che mal si presta a trovare nella legge una fonte adeguata di regolamentazione: << Il rigore della riserva assoluta di legge, sicuramente da condividere nella sua istanza ideologica, non lo è più nel contesto di uno standard normativo come quello attuale: proficuo, se contribuisse a trovare finalmente un confine più o meno marcato dell'autentico diritto criminale [...] non è invece realistico né praticabile nel contesto di una normazione penale che persiste a penetrare ogni settore con una organicità e capillarità degni di miglior causa>>¹¹⁸.

Ma vi è di più: è la norma in quanto generale ed astratta, a risultare inadatta per queste attività. La dinamizzazione e l'instabilità dei beni giuridici che caratterizzano questi settori, rendono lo strumento della norma inservibile; esso, infatti, è in grado di disciplinare solo realtà statiche (*recte*: caratterizzate da un contenuto dinamismo). Qui, invece, ci troviamo di fronte

115SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit., p. 1193

116Così MANTOVANI, *Dir. Pen Pt. Spec.*, Vol. I (introduzione), Padova, 2005, p. XVI.

117Cfr. FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in *Verso un nuovo codice penale*, cit., p. 5 <<Il giudice, anziché accertare fatti empirici da ricondurre a schemi legislativamente predeterminati, contribuisce in larga misura egli stesso a identificare il fatto punibile.>>

118ROMANO M., *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974, p. 170 (corsivi aggiunti).

a realtà fluide in cui è impossibile determinare *ex-ante* in modo adeguato la legittimità di una condotta¹¹⁹.

Viene meno la capacità della norma di disciplinare in via preventiva i casi di conflitto; detto altrimenti: si smarrisce quella corrispondenza univoca tra <<realtà tipizzata dalla norma e realtà socialmente rilevante>>¹²⁰. Ciò spiega la delega della risoluzione del conflitto ad organi particolari – il giudice, nel caso di norme indeterminate¹²¹; il funzionario amministrativo, in caso di norme penali in bianco – che comunque operano sul caso concreto¹²²: al posto dell'intellettuale legislatore subentra l'intellettuale interprete¹²³.

In fondo, il progressivo affermarsi delle c.d. Autorità amministrative indipendenti non è che una riprova in questo senso: qui, la commistione tra produzione normativa e giudizio sul caso concreto viene addirittura istituzionalizzata¹²⁴.

La decisione *ad hoc* ha smesso di essere una degenerazione rispetto alle regole del sistema ed è diventata l'effetto desiderato.

2 *Anticipazione della tutela.*

L'esame di questo diritto penale ipertrofico rivela un altro aspetto peculiare: l'asse della tutela non è più centrato sulla lesione effettiva di un bene, ma su condotte (a volte nemmeno) idonee solamente a mettere in pericolo il bene stesso.

Ovviamente, la tutela anticipata di un bene giuridico, specie se di elevato

119Per questo ordine di idee cfr. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, cit., p. 32 s.s.;

120PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 19

121Non c'è dubbio che l'instabilità e la continua mutevolezza della società moderna contribuisce certamente all'aumento dell'incertezza legale anche in sede penale. L'esigenza di stabilire norme capaci di tenere il passo con i repentini cambiamenti impone uno scarto in termini di determinatezza nella costruzione delle fattispecie. Sul punto cfr. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 68

122 SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit., p. 1195; ID., *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 22 s.s. e 51 s.s.; MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, cit., p. 112 s.s., spec. nota 280 a p. 115.

123FIANDACA, *Relazione introduttiva*, cit., p. 6

124SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit., p. 1194. Il quale incisivamente parla di "scomparsa della divisione dei poteri".

rango, non ha nulla di illegittimo, né costituisce, beninteso, una novità recente: si pensi all'istituto del tentativo, o ai reati di pericolo, o di attentato. Ciò che allarma invece sono, da un lato, le dimensioni endemiche, che la tutela anticipata ha assunto, specie nella legislazione complementare; dall'altro, il modo, per certi versi inedito, con cui questa tutela viene assicurata.

Sull'aumento dei reati di pericolo, specie di natura contravvenzionale, non vi è molto da dire: esso semmai costituisce l'ulteriore riprova del progressivo avverarsi della società del rischio¹²⁵.

La fenomenologia con cui si presenta questa anticipazione della tutela, invece, merita qualche chiosa, perché si discosta profondamente dai modelli classici.

Storicamente, l'esigenza di anticipare la tutela di un bene giuridico è stata soddisfatta in primo luogo attraverso l'istituto del tentativo. A questo istituto, si affiancano i reati di pericolo, i quali nascono dall'esigenza (storica) di anticipare l'intervento penale a situazioni in cui lo schema del tentativo risulta inapplicabile, a causa della natura colposa (o anche eventualmente dolosa) della condotta¹²⁶.

Attraverso lo schema del pericolo si punisce (non la lesione ma) la possibilità che un risultato (lesivo) si produca. Nei reati di pericolo concreto tale possibilità deve effettivamente verificarsi, mentre in quelli a pericolo astratto, invece, è presunta¹²⁷ (di solito per esigenze di semplificazione probatoria).

In tutte queste ipotesi la tutela si fonda sulla messa in pericolo del bene giuridico, di quel bene giuridico¹²⁸. *L'anticipazione della tutela, invece, oggi viene principalmente realizzata attraverso l'incriminazione di condotte che non ledono e mettono in pericolo direttamente il bene giuridico, ma un altro bene giuridico interposto (bene giuridico strumentale): la norma penale non*

125Cfr. OLIVARES, *I reati di pericolo nella politica criminale del nostro tempo*, cit., p. 347 s.s.

126Id., p. 351 s.s.

127 Id., p. 351 s.s.

128 BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, cit., p. 34 s.s.

protegge anticipatamente il bene giuridico principale, ma un frammento di esso (bene giuridico strumentale)¹²⁹. L'illecito non è fondato sulla messa in pericolo della norma principale ma sulla messa in pericolo della norma fiancheggiatrice che protegge la norma principale¹³⁰: «Il bene giuridico protetto dalla norma fiancheggiatrice è la validità della norma principale»¹³¹.

Si è passati dalla tutela anticipata dei beni giuridici all'anticipazione di beni giuridici a fini di tutela¹³².

Lo scarto tra queste forme di incriminazione e l'idealtipo “classico” è davvero notevole. In particolare, in queste ipotesi, il perno dell'incriminazione non è più la lesione, che diventa una mera (remota) eventualità: le norme non mirano più a reprimere eventi lesivi, perché spesso nella condotta non si concretizza nessun rischio di lesione per il bene giuridico finale.

La criminalizzazione di tali condotte può essere realizzata solo al prezzo di uno scarto sempre maggiore in termini di offensività: si arriva a incriminare condotte dal disvalore esiguo o addirittura nullo; il che si riflette in modo particolare sulla struttura dell'elemento oggettivo di tali norme. Ne esaminiamo le conseguenze più vistose nel paragrafo che segue.

3 Svalutazione dell'elemento oggettivo.

Abbiamo visto che la natura dell'interesse protetto si riflette anche sul contenuto delle norme incriminatrici: l'anticipazione (dilatazione) della tutela penale ha fatto venir meno l'equazione tra reato e danno sociale, fulcro di un diritto penale liberale¹³³.

129 BARATTA, *op e loc. ult. Cit.* In argomento vedi pure Moccia, *La perenne emergenza*, cit., p. 40 s.s.; PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 481 s.s. e autori *ivi* citati.

130 BARATTA, *op e loc. ult. cit.*

131 BARATTA, *op ult. Cit.*, p. 35

132 JACOBS, *Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtguterweltzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XCVII, 1985, p. 775 s.s.

133 Non sfugge, peraltro, che l'individuazione di queste condizioni minime del vivere sociale risulta quanto mai opinabile, specie in una società che, come quella moderna, risulta caratterizzata da un quadro assiologico disgregato (cfr. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 459 s.s.), anzi da un vero e proprio “politeismo dei valori” (così SGUBBI, *Il*

Il punto è questo: se il diritto penale ha come finalità essenziale la tutela delle sfere di libertà già acquisite dai cittadini, esso può aspirare a reprimere solamente quelle condotte che minacciano tali sfere libertà¹³⁴. In altre parole, il sistema può legittimamente sottoporre a pena solo le condotte che offendono le condizioni minime di convivenza sociale¹³⁵. Ne consegue, perciò, che il disvalore delle condotte preesiste all'incriminazione, in quanto la loro pericolosità è chiaramente avvertita dalla collettività.

Più le frontiere del penalmente si spingono oltre questa soglia, più la capacità descrittiva del precetto perde di espressività: i modelli di comportamento imposti, proprio per la loro settorialità e specificità, difficilmente corrispondono a norme di condotta interiorizzate dalla maggiorparte dei consociati¹³⁶. Ma c'è di più: scivolando lungo la china dell'allargamento della tutela, si arriva a criminalizzare condotte che, da un punto di vista naturalistico, non esistono, ma sono create normativamente. La norma costituisce una condotta definita come obbligatoria e punisce le condotte difformi dal modello normativo artificialmente creato¹³⁷. Si arriva al paradosso: in tali norme non è più il fatto a fungere da indizio di anti giuridicità, ma è l'anti giuridicità ad essere indice del fatto¹³⁸.

Per capire, possiamo ricorrere alla dicotomia tra regole regolanti e regole costituite¹³⁹: nelle prime la condotta e l'evento esistono a prescindere dalla norma; le seconde, invece, presuppongono un contesto normativo che

diritto penale incerto ed efficace, cit., p. 1195.

134 PALIERO, *L'autunno del patriarca*, cit., p. 1226 s.s.

135 Si vedano le limpide pagine di BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (qui consultano nell'edizione Milano 1987) spec. Paragrafo XXII; cfr. pure PALIERO, *Op. e loc. ult. Cit.*; PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 255 s.s. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 66 s.s. Per l'attualità di questo indirizzo in campo dogmatico cfr. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 479 s.s., il quale propugna la non necessità (divieto utilizzo) della sanzione penale in tutti i casi in cui il tessuto sociale può assorbire o, addirittura, coesistere con la condotta dannosa.

136 Cfr. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 457; In un quadro più ampio, esteso ad aspetti diverso da quello strettamente giuridico cfr. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1983, p. 251 s.s.

137 Cfr. GUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 20 s.s.

138 DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 232.

139 Cfr. PADOVANI, *Il destino sistematico e politico criminale delle contravvenzioni e del diritto penale del lavoro in Italia*, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, cit., p. 157 s.s.; BOBBIO, *dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, in A.A.V.V., *Studi in onore di Giuseppe Grosso* vol. I, Torino, 1971, p. 613 s.s.

consente di identificare il comportamento oggetto di disciplina¹⁴⁰.

In quest'ottica l'elemento oggettivo viene ridotto ad un esangue dato normativo, « pura forma nella quale possono essere introdotti contenuti contingenti determinati arbitrariamente, determinati politicamente»¹⁴¹. La condotta non è più punita perché incondizionatamente dannosa, ma in quanto non rispondente allo schema normativo che la prescrive, o non rispettosa dei dettami dell'attività amministrativa: le norme che intervengono a disciplinare l'attività (lecita) non hanno come fine il corretto e sicuro svolgimento di detta attività, come invece accade per le tradizionali ipotesi colpose, ma sono espressione dell'eterodirezione, frutto dell'intervento statale e dei fini da esso imposte all'attività dei privati; fini che sono di per se estranei all'attività stessa.

Si è passati dalle norme di condotta alle norme di organizzazione¹⁴²: tali norme impongono o vietano un comportamento, non per la salvaguardia dei diritti e delle libertà dei cittadini, bensì in funzione e in vista di fini pubblici¹⁴³; fini ovviamente tutt'altro che immutabili, e la cui variare arbitrario corrisponde una radicale trasformazione del contenuto del precetto.

In questo modello di diritto penale il primato è riservato allo schema del reato d'obbligo che sanziona la semplice disobbedienza.

Si è passati da una repressione limitata degli illeciti alla prevenzione illimitata dei comportamenti¹⁴⁴ che ha come finalità precipua la prevenzione generalizzata ad ogni costo e a tutto campo¹⁴⁵.

Ricapitolando: dilatazione del sistema penale realizzata attraverso la progressiva estensione della tutela a interessi esclusivi dello stato; tutela che può essere assicurata solo attraverso l'incriminazione di condotte che sono *strutturalmente* diverse rispetto alle condotte offensive dei beni giuridici individuali. Ma c'è ancora dell'altro: la diversità di struttura del fatto

140 PADOVANI, *Op. e loc. ult. Cit.*

141 SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 26 s.s.

142 BOBBIO, *Op. e loc. ult. Cit.*

143 SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 20 s.s.

144 Così NAUCKE, *Schwerpunkverlagerungen im Strafrecht*, in *Krit.V.*, 1993, p. 135 s.s.

145 Così PALIERO, *L'autunno del patriarca*, cit., p. 1228

materiale si riverbera anche sulla colpevolezza che deve accompagnare la realizzazione del fatto criminoso: questo aspetto ulteriore sarà l'argomento del prossimo paragrafo.

4 Svalutazione dell'elemento soggettivo e metamorfosi della colpevolezza.

In questo universo di norme artificiali viene meno il modello classico il cui archetipo è costituito dall'incorporazione dell'offesa (evento giuridico) nell'evento naturalistico. Le condotte non incorporano più beni: la ricostruzione dell'oggettività giuridica diviene esterna, indipendente dalla condotta, e la ricostruzione della condotta, a sua volta, risulta inestricabilmente legata all'interesse protetto dalla norma, in un circolo vizioso da cui sembra impossibile uscire.

Una simile metamorfosi negli elementi fondamentali del reato – interesse tutelato ed elemento oggettivo – lascia segni tutt'altro che trascurabili anche nel campo dell'elemento soggettivo; anzi, forse, qui più che altrove, le discontinuità rispetto al sistema si fanno particolarmente evidenti.

Già si nutrono forti dubbi in ordine alla possibilità di ricavare una nozione unitaria di colpevolezza valida per tutte le forme di illecito¹⁴⁶; dubbi ulteriormente acuiti quando si ha a che fare con norme penali “artificiali”.

Ecco i termini della questione: secondo il modello classico l'interesse tutelato è contenuto nella condotta, di modo che dagli elementi di struttura della tipicità è possibile ricavare il bene giuridico¹⁴⁷; ovviamente, un simile modello presuppone la preesistenza e la stabilità dei beni giuridici tutelati rispetto alla norma che li crea¹⁴⁸: quest'ultima opera semplicemente una selezione di una realtà pregiuridica (*recte*: costituzionale) in chiave politico – criminale¹⁴⁹. In quest'ottica non c'è spazio per alcuna scusabilità

146V. *amplius* DONINI, *Teoria del reato*, cit. Secondo cui nei delitti dolo e colpa contribuiscono a delineare la stessa tipicità della condotta, mentre ciò non accadrebbe nelle contravvenzioni.

147Id., p. 127 s.s.

148 BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in A.A.V.V., *Funzioni e limiti del diritto penale : alternative di tutela*, (a cura di) De Acutis e Palombarini, Padova, 1984, p. 22 s.s.

149Palazzo, *I confini della tutela penale*, cit., p. 462

dell'*ignoranza legis*¹⁵⁰, in quanto il disvalore della condotta preesiste e prescinde dalla norma incriminatrice. Ma se vengono meno questi presupposti, l'equazione salta: in presenza, infatti, di un ordinamento penale ipertrofico, in cui l'illiceità penale contraddistingue un numero sempre maggiore di comportamenti, il cui disvalore non è adeguatamente percepito, la possibilità di una reale conoscenza del sistema svanisce, e le esigenze di certezza che sono alla base del principio di tassatività sono del tutto vanificate¹⁵¹.

Il reato cessa di essere il frutto di essere un rimprovero mosso all'agente per una sua scelta consapevole e diventa un rischio: << la responsabilità sorge invece sulla base del semplice fatto dell'esplicazione di un'attività lecita, "neutra" del soggetto: tale attività genera *di per se, oggettivamente*, una responsabilità penale dell'agente, per l'insosservanza, per la mera trasgressione, ancorché causale, accidentale, delle prescrizioni normative dettate per la disciplina amministrativa dell'attività medesima in vista di un bene fine da perseguire. Un rischio, in particolare, perché *tali prescrizioni normative non sono identificabili dai destinatari [...] esse [le norme] sono prive di un qualunque riferimento materiale o di valore con cui integrarsi e da cui trarre linfa di certezza e di riconoscibilità*>>¹⁵².

150 Ciò spiega la sua decisa affermazione nell'ambito di un diritto penale di impronta decisamente liberale. In quest'ottica non stupisce che l'affermazione circa l'inderogabilità di tale principio abbia avuto una simile longevità (nell'ordinamento italiano superata solo nel 1988). V. *infra* in questo paragrafo.

151 Per il fondamento nei principi di tassatività e determinatezza in chiave di certezza del diritto cfr. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., p. 66 s.s.; Id., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 35 s.s.

152 SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p.p. 47-48. cfr. pure i penetranti rilievi INSOLERA, *Il diritto penale complementare*, cit., p. 87, secondo cui: << La mole magmatica ed oscura, quasi sempre inerte, dei precetti, ha una sua perversa razionalità. È infatti di per se, per il solo fatto di esistere, un formidabile strumento di dominio, capace di tenere in ostaggio una collettività, perennemente in dubbio sulla liceità dei propri comportamenti quotidiani. [...] dove, in conclusione, il confine tra lecito ed illecito non è tracciato sulla nozione di bene e di male, individuale o collettivo, ma su quella dei più disparati saperi tecnici che governano e organizzano i singoli campi di materia>>.

Non va poi sottovalutata la paradossale efficacia che, quasi per eterogenesi dei fini, un sistema così congeniato riesce ad ottenere, attraverso lo stimolo del cittadino a produrre la certezza che manca, facendosi co-legislatore. Sul punto cfr. Sgubbi, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit., p. 1199; Palazzo, *I confini della tutela penale*, cit., p. 466; per un quadro articolato del fenomeno, non limitato agli aspetti strettamente giuridici cfr. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999, p. 108

La conoscenza del precetto, poi, in molti casi, non mette comunque al riparo da sanzioni penali: la presenza di norme penali in bianco, e, soprattutto, il ricorso ad elementi indeterminati, fanno sì che la condotta da tenersi non possa essere conosciuta in anticipo, ma sono dopo che essa sarà ricostruita (*id. est: creata*) dal giudice.

Il reato diventa un'alea: la sfortuna diventa un reato e il reato diventa una sfortuna, proprio come aveva preconizzato Marx¹⁵³.

Si rendono allora necessari dei correttivi: la famosa sentenza della corte costituzionale sul principio di colpevolezza¹⁵⁴ è emblematica in tal senso. Come è noto, tale sentenza ha affermato il principio di parziale scusabilità dell'ignoranza penale: possono aversi casi in cui il soggetto non è obiettivamente in grado di conoscere il contenuto del divieto penale; ciò può avvenire solo rispetto a norme artificiali, prive di un disvalore socialmente diffuso: solo rispetto a tali norme è possibile postulare una ignoranza scusabile.

Questo modo di procedere, però, ha un intuitivo effetto collaterale: esso non fa che legittimare implicitamente la presenza di tali norme nel nostro ordinamento. L'affermazione del principio di colpevolezza si pone come un palliativo, oltretutto a dubbia efficacia, idoneo, nella più felice delle ipotesi, a combattere gli effetti del fenomeno senza incidere sulle cause¹⁵⁵.

5 Conclusioni interlocutorie.

Cerchiamo di cogliere adesso i frutti dell'analisi. Abbiamo tentato di delineare le caratteristiche di questo diritto penale ipertrofico, eccentriche rispetto all'originaria matrice. Possiamo adesso abbozzare qualche

153 MARX, *La legge contro i furti di legna*, Roma, 1990, p. 33

154 Corte Cost. N° 364/1988 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988, p. 3 s.s. Con nota di VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione di colpevolezza*; v. pure *Riv. it. Dir. E proc. Pen.*, 1988, p. 1313 s.s. Con note di STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*; e PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, *ivi*, p. 686 s.s.

155 Cfr. STORTONI, *Op. ult. Cit.*, p. 1318 s.s.; PULITANÒ, *Op. ult. Cit.*, p. 721 s.s. e 729 s.s.; DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 136 s.s. e 159 s.s.

conclusione.

Abbiamo identificato approssimativamente la legislazione complementare come il terreno fertile in cui si è sviluppato l'inflazionamento del sistema penale. Nessuno dubita sulla necessità di un intervento di forte riduzione e di razionalizzazione di essa.

È vero anche, però, che nessuno sembra prendere sul serio la prospettiva illuminista fondata sull'ideale di un codice onnicomprensivo: la legislazione complementare sembra essere diventata una componente ineliminabile del sistema penale¹⁵⁶. Il che ha come logico corollario la necessità di un suo mantenimento; necessità di mantenimento che è espressione della necessità di conservare una regolamentazione anche penale nella maggiorparte dei settori che sono stati progressivamente sottoposti a tale forma di controllo.

Ciò che in una prospettiva *de iure condendo* appare indilazionabile, è una seria opera di razionalizzazione della selva dei precetti, anche attraverso una massiccia opera di depenalizzazione che liberi il sistema dalla zavorra insopportabile di bagattelle da cui è tuttora gravato. Inutile dire, poi, di quanto non sia tollerabile in uno stato diritto la sistematica violazione dei canoni di tassatività e determinatezza che si registra in molte, troppe fattispecie incriminatrici.

Nell'attesa che il legislatore si faccia carico di questi problemi, rimangono all'operatore giuridico alcuni strumenti, per così dire, di ortopedia, capaci almeno di attenuare alcune delle conseguenze perverse del fenomeno: ci riferiamo in modo particolare ai meccanismi deflattivi delle qualificazioni giuridiche (concorso apparente di norme), o attenuativi della risposta sanzionatoria (continuazione, concorso formale di reati ecc.). Con

¹⁵⁶Tra gli altri, FOFFANI, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello policentrico a un modello piramidale*, in A.A.V.V. *Modelli ed esperienze di riforma*, cit., p. 295 s.s. ; PALAZZO, *Per una razionalizzazione della legislazione complementare*, cit., p. 320; PALIERO, *L'autunno del patriarca*, cit., p. 1223 s.s., il quale osserva, non senza fondamento, che <<diversamente da quella del suo padre spirituale illuministico rispetto alle messi legislative del particolarismo giuridico, la falce impugnata dall'odierno legislatore non arriva mai alla radice. Una normazione penale complementare sopravvive sempre, oggi, ad un *opus* codicistico, e la sensibilità dimostrata dagli estensori dei progetti di codice per raccordi di coordinamento con le leggi speciali non ne è, in fondo, che un'indiretta, impotente, conferma>>.

un'avvertenza, però: l'impiego di questi strumenti di cui l'interprete può legittimamente disporre, non può e non deve essere intesa come la panacea a tutti i mali¹⁵⁷; essi rappresentano tutt'al più espedienti contingenti per contenere gli effetti degenerativi e lasciare al sistema una parvenza di razionalità. L'unica vera soluzione strutturale a questi problemi è e rimane un riordino della materia che non può essere che di competenza del legislatore. Dilatare la portata applicativa di tali strumenti può produrre effetti collaterali peggiori del male che si vuole curare¹⁵⁸.

Con questa avvertenza, possiamo procedere all'esame dell'istituto dogmatico che, più di ogni altro, rappresenta la valvola di sfogo del sistema: il concorso apparente di norme.

157Cfr. PALAZZO, *Per una razionalizzazione della legislazione complementare*, cit., p. 323.

158 Si vedrà nel successivo capitolo come questa esigenza sia stata lo stimolo per l'elaborazione di molte teorie espansive dell'istituto del concorso apparente di norme.

CAP. II

CRITERI RISOLUTIVI DEL CONCORSO APPARENTE DI NORME

1. *Legislazione casistica e concorso apparente di norme. Questioni di metodo.*
2. *L'art. 15 c.p. Il rapporto di specialità.*
3. *Critiche: insufficienze e limiti dell'art. 15 c.p. La specialità c.d. Bilaterale.*
4. *Le teorie pluraliste.*
5. *Critiche alle teorie pluraliste.*
6. *Teorie moniste e nozione allargata dell'art. 15 c.p. Alle ipotesi di specialità bilaterale.*
7. *Il ne bis in idem sostanziale. Un'ipotesi da dimostrare*
8. *il problema della norma applicabile*
9. *Il rapporto tra norme penali e norme sanzionatorie amministrative. L'art. 9 l. 689/1981*

1. Legislazione casistica e concorso apparente di norme. Questioni di metodo.

I summenzionati difetti caratteristici della recente legislazione hanno conferito nuova attualità alla tematica del concorso apparente di norme. Le ragioni sono evidenti: come già detto, il proliferare di norme incriminatrici fra loro variamente interferenti, ha come conseguenza che uno stesso fatto possa essere al contempo riconducibile a diverse norme penali, le quali, a volte, non fanno altro che guardare a quel fatto da prospettive diverse.¹⁵⁹

In queste condizioni, diventa cogente per l'interprete distinguere i casi in cui, pur in presenza di un fatto astrattamente riconducibile a più norme, il reato resta unico e una sola norma risulta applicabile, da quelli in cui, per

converso, tutte le norme devono trovare applicazione, con conseguente
¹⁵⁹MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

moltiplicazione dei titoli di reato. In sintesi, occorre distinguere i casi in cui ci si trova davanti ad un concorso apparente di norme da quello opposto in cui, al contrario, sussiste un concorso effettivo di norme e conseguentemente di reati: tutta la tematica *de quo* fa perno, in ultima analisi, sui binomi concorso apparente di norme-unicità di reato e concorso effettivo di norme-pluralità di reati. Infatti, l'astratto convergere di più norme su di uno stesso fatto, non basta, da solo, a determinare la pluralità di reati. Come è stato efficacemente sottolineato, “Il venire in considerazione di più reati, per necessità, dipende dal venire in considerazione di più norme penali, ma non è vero l'inverso.”¹⁶⁰ Possono darsi, infatti, casi in cui la pluralità di norme, non elimina il carattere unico del reato.

Queste prime considerazioni ci permettono di fare una prima delimitazione del campo di indagine. Ai nostri fini, infatti, non interessa analizzare tutte le possibili relazioni che possono instaurarsi tra norme convergenti, ma sono alcune di esse. Definiamo la convergenza come l'ipotesi in cui più norme vigenti appaiono, *almeno prima facie*, tutte applicabili al medesimo fatto. All'interno della convergenza può operarsi una *summa divisio* a seconda del modo di atteggiarsi delle norme convergenti sul fatto. Astrattamente, infatti, possono distinguersi i casi in cui le norme si trovano in relazione di concorso e casi in cui le norme sono invece in relazione di conflitto. Sussiste concorso quando vengono in applicazione due norme diverse ma non antitetiche: il fatto di non essere antitetiche, ne consente – almeno astrattamente, e salva la verifica dell'apparenza del concorso – la contemporanea applicazione. I casi di conflitto invece sono caratterizzati da un rapporto di incompatibilità tra le norme, poiché le loro rispettive modalità deontiche si pongono in una relazione logica di contraddittorietà (per esempio, una vieta ciò che l'altra comanda). Sviluppando analiticamente le due categorie del concorso e del conflitto, possono ricavarsi i tipi seguenti tipi di relazioni ¹⁶¹ :

¹⁶⁰FROSALI, voce *Concorso di reati* in *Noviss. Dig. It, III*, p. 1047.

¹⁶¹Su cui cfr. MANTOVANI, *Concorso, cit.*, p. 47

1. Concorso tra norme incriminatrici¹⁶²;
2. Concorso tra norme incriminatrici e norme circostanziali (particolarmente problematica è in questo caso la distinzione tra norma circostanziate e autonomo titolo di reato in rapporto di specialità con un'altra norma)¹⁶³
3. Concorso tra norme non incriminatrici (p.es concorso di circostanze o di cause di non punibilità).
4. Concorso tra norme penali e norme extra-penali (rapporto tra reato ed illecito civile o amministrativo).
5. Conflitto tra norme incriminatrici (p.es. Una norma prescrive di tenere una certa condotta che risulta vietata da un'altra norma);
6. Conflitto tra norme incriminatrici e norme non incriminatrici (p.es. Rapporti tra norme penali e cause di giustificazione)¹⁶⁴.
7. Conflitto tra norme penali e norme extra – penali.

Dovrebbe apparire evidente, a questo punto, che la trattazione si concentrerà solo su alcune delle categorie summenzionate. In particolare, saranno oggetto di indagine le seguenti relazioni tra fattispecie: il concorso tra norme incriminatrici, ai fini della determinazione dell'apparenza o della realtà del concorso stesso; il concorso tra norme penali incriminatrici e norme extra penali, limitatamente al profilo dei rapporti tra fattispecie penali e illecito amministrativo; infine, verranno esaminati i casi, invero rari ma non inesistenti, di conflitto tra norme penali incriminatrici.

Lo scopo dell'indagine sarà, come anticipato, quello di ricercare gli

162Il concorso potrà essere a sua volta reale (cioè tutte le norme vanno effettivamente applicate) e allora si avrà un'ipotesi di concorso di reati. Se una sola norma risulterà applicabile si avrà, invece, un concorso apparente di norme. “Il concorso apparente di norme non è un'eccezione ma concorso di reati, ma ne è l'antitesi”. MANTOVANI F., *Diritto Penale pt. g.*, Padova, 2007, p. 456.

163Sul punto cfr. PADOVANI, (voce) *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. Pen.*, III, Torino, 1988.

164Su cui cfr. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico criminali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, fasc. 4, p. 1190

strumenti per distinguere i casi di apparenza da quelli di realtà del concorso. Muoveremo, pertanto, dall'analisi dell'istituto del concorso apparente di norme.

Occorre preliminarmente avvertire che che la tematica in questione rappresenta uno degli istituti dogmatici più controversi della parte generale, tant'è che nel corso della sua più che secolare elaborazione, l'istituto ha ricevuto, da parte degli autori che se ne sono occupati, i non certo lusinghieri epiteti di “vero ginepraio”¹⁶⁵, “matassa arruffata”¹⁶⁶, “cervellotico congegno”¹⁶⁷, “mar dei sargassi” e “nodo di gordio”¹⁶⁸.

La problematicità strutturale dell'istituto ha fatto sì che esso diventasse un vero pomo della discordia nel dibattito dottrinale, all'interno del quale si registrano una molteplicità di approcci piuttosto eterogenei, se non addirittura antitetici. Un illustre autore, nell'affrontare questo argomento, non ha mancato di sottolineare come il dibattito si sia trasformato in una “arena di più o meno eleganti esercizi di ginnastica intellettuale, di virtuosismi accademici, di ragionamenti nebulosi e inafferrabili”¹⁶⁹. Un simile sforzo di concettualizzazione ha avuto un ulteriore risvolto negativo: la complessità del dibattito ha fatto sì che la giurisprudenza ne rimanesse sostanzialmente estranea, risultando le decisioni in materia di concorso di norme, per lo più, del tutto impermeabili alle variegate dottrine sviluppate in tema.

Le considerazioni che precedono dovrebbero aver messo in chiaro come la pretesa di ricostruire in dettaglio l'articolato dibattito intorno a questo tema risulterebbe un'immane (ed inane) fatica. Cercheremo, perciò, di procedere semplificando (speriamo non eccessivamente), attraverso il raggruppamento di teorie le quali, pur con le loro peculiarità, risultano tra loro assimilabili.

Il punto di partenza obbligato è il dato normativo. La disposizione

165CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale. Il reato*, Milano, 1943, Vol. I, p. 275

166Id., p. 264

167PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994 fasc. 4, p. 1224

168Le ultime due citazioni, attribuite rispettivamente a Henning e a J. Rerquist, sono riportate da PAPA M., *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997, p. 96.

169ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 246.

chiave, in questo caso, da cui conviene prendere le mosse è l'art. 15 c.p., il quale contiene la disciplina di un sicuro caso di concorso apparente di norme.

2 *L'art. 15 c.p. Il rapporto di specialità. La specialità unilaterale.*

Come si è evidenziato in chiusura del precedente paragrafo, il punto riferimento obbligato in tema di concorso apparente di norme è rappresentato dall'art. 15 c.p. Stabilisce tale articolo che “Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito”. Come apparirà più chiaramente nel proseguo della trattazione, dove verrà dato conto delle caleidoscopiche interpretazioni di cui è stata oggetto ogni singola parola di questa norma¹⁷⁰, ogni teoria sul concorso apparente di norme prende le mosse da tale disposizione, interpretandola in un modo piuttosto che in un altro.

Pur nella molteplicità degli approcci, possono essere tenuti due punti fermi: che la norma *de qua* disciplina il rapporto di specialità; che in presenza di tale rapporto si verifica un concorso apparente di norme.

Con l'espressione “rapporto di specialità” si fa riferimento ad un particolare tipo di *rapporto strutturale* tra due norme; tale rapporto si instaura quando tutte le ipotesi contenute nella norma speciale, risultano essere delle ipotesi particolari della più ampia norma generale, di modo che la norma speciale risulta interamente contenuta in quella generale. Pertanto, la fattispecie della norma speciale costituisce un particolare settore della norma generale.¹⁷¹ “Di guisa che, se la disposizione speciale non esistesse, tutti i casi ivi previsti ricadrebbero sotto la disciplina della disposizione generale¹⁷². Per

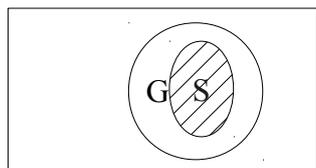
170Alcune delle quali, sia detto per inciso, se accolte, farebbero guadagnare all'art. 15 c.p. un posto d'onore nel museo dello stravagante normativo.

171PAGLIARO A., (voce) *Concorso di norme* (dir. Pen.), in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1961, p. 545 s.s.

172In verità, quando si allude al fatto che in mancanza della norma speciale, tutti i casi in essa previsti ricadrebbero sotto l'operatività della norma generale, si fa riferimento, ancorché con un linguaggio approssimativo, ad un procedimento mentale messo bene in evidenza dalle scienze cognitive, e noto in semiotica come *Opposizione, o sottrazione semantica*. Sul punto cfr. JORI M., *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, p. 222 s.s.

converso, la ragione di esistenza della norma speciale sta nel sottrarre i casi ivi previsti alla disciplina della norma generale per sottoporli [...] a un regime giuridico diverso, che può essere tanto un regime penale più severo, quanto un regime più mite o addirittura un regime di liceità o di obbligatorietà.”¹⁷³

Da un punto di vista grafico, le norme tra loro in rapporto di specialità possono essere rappresentati come due cerchi uno contenuto nell'altro: più precisamente la norma speciale risulta un sottoinsieme del più ampio insieme costituito dalla norma generale¹⁷⁴.



Il rapporto logico è quello dell'inclusione tra classi.¹⁷⁵ Un esempio paradigmatico di tale rapporto è dagli articoli 575 c.p (omicidio comune) e 579 c.p. (omicidio del consenziente). È evidente infatti che ogni caso di morte cagionata con il consenso del soggetto passivo integrerà

¹⁷³Così PAGLIARO A., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Indice pen.* 1976, 218. Il rapporto di specialità si presenta, quindi, come un rapporto strutturale tra i fatti tipici contemplati dalle norme, senza che venga in considerazione l'effetto giuridico riconnesso al fatto tipico (divieto, permesso, comando, facoltà). Non influiscono, quindi, sulla configurabilità di un rapporto di specialità le modalità deontiche espresse dalle norme; interessano esclusivamente i fatti, gli accadimenti contemplati dalle norme, senza che venga in rilievo la natura delle conseguenze giuridiche connesse.

¹⁷⁴La paternità dell'introduzione della figura dei cerchi intersecatisi è di incerta attribuzione. Contento (*Corso di diritto penale* Vol. II, Roma-Bari, 2005, p. 425), la fa risalire a Klug. Ma, a onor del vero, l'immagine è già rinvenibile nell'opera di GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1950 di quasi un trentennio precedente all'opera di Kung.

L'argomento sulla rappresentazione grafica merita una chiosa: L'ausilio grafico degli insiemi per descrivere il rapporto di specialità ha trovato il consenso pressoché unanime della dottrina. Esso, però, è limitato ai soli casi suesposti di contenenza strutturale di una norma in un'altra. Tali casi vengono comunemente denominati *specialità unilaterale*. Oltre tali ipotesi, l'impiego di tale ausilio grafico diventa inservibile e idoneo a generare solo confusione. V. *infra* par. 3

¹⁷⁵Se esprimiamo con G l'insieme dei casi contemplati dalla disposizione generale e con S l'insieme dei casi contemplati dalla norma speciale, otteniamo la relazione di *inclusione* (In linguaggio formale $S \subset G$). Il rapporto di inclusione si esprime attraverso le seguenti proprietà: l'unione dell'insieme G con l'insieme S è costituita dall'insieme G (in linguaggio formale: $G \cup S = G$); L'intersezione degli insiemi G e S è costituita dall'insieme S (in linguaggio formale $G \cap S = S$). La logica conseguenza, già sopra esplicitata è che tutti i casi previsti dalla norma S sono pure previsti, *senza eccezione* dalla norma generale. Se indichiamo tali casi con la lettera x otteniamo che “per ogni x che appartiene ad S x appartiene anche a G (in linguaggio formale: $\forall x \in S, x \in G$). Per un'analisi di tali relazioni cfr. PAGLIARO, *Relazioni logiche*, cit. p. 218 ss.

necessariamente anche la norma sull'omicidio comune. La norma sull'omicidio del consenziente è pertanto speciale rispetto alla norma sull'omicidio comune.

Dobbiamo ora guardare più analiticamente il rapporto di specialità. Fino adesso abbiamo messo in luce l'elemento più caratteristico di tale rapporto, e cioè il rapporto di continenza tra fattispecie, o meglio tra *fatti tipici espressi dalle norme*¹⁷⁶.

Ora, secondo un approccio strutturalista, le norme – e in particolare i fatti tipici espressi dalle norme - possono essere scomposte nei singoli elementi costitutivi in cui sono articolate. Come è stato messo bene in evidenza da un penetrante contributo in materia¹⁷⁷, se esiste continenza tra le fattispecie, tale continenza deve essere rinvenibile già al livello dei *singoli elementi costitutivi*, o, meglio, in un particolare modo di atteggiarsi di tali elementi. Il creare già a livello linguistico (cioè, al livello delle disposizioni) un rapporto di continenza, assicura l'esistenza di tale relazione anche al livello dei significati (cioè delle norme)¹⁷⁸. In ossequio a questa impostazione <<*speciale*>> viene definita la norma che contiene tutti gli elementi costitutivi della fattispecie della <<*norma generale*>>, e almeno un ulteriore elemento, che come tale svolge una funzione specializzante¹⁷⁹. “Ciò importa che tutti i requisiti della fattispecie generale sono contenuti nella fattispecie speciale, la quale, inoltre, ha uno o più requisiti propri e caratteristici che hanno appunto funzione specializzante.”¹⁸⁰

Soffermiamoci sul punto: in questa prospettiva, un rapporto di genere a specie tra due norme può instaurarsi attraverso due sostanziali relazioni tra i singoli elementi costitutivi.

Il rapporto di specialità può innanzitutto stabilirsi attraverso la

176Per la Nozione di fatto cfr. FIANDACA G. (voce) *Fatto nel diritto penale in Dig. Disc. Pen.*, V, Torino, 1988, p. 152 s.s.

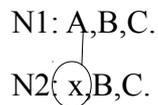
177DE FRANCESCO, *Lex specialis, Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, p.50

178Sul punto cfr. JORI, *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, cit. p. 224.

179Sul punto cfr. FROSALI R., *Concorso di norme e concorso di reati* Città di Castello, 1937 (rist. Milano, 1971), p. 65 s.s.

180PAGLIARO A., *Concorso di norme, cit.*, p. 549

specificazione, da parte della norma speciale di un elemento costitutivo già presente nella norma generale¹⁸¹. Si pensi, a titolo di esempio, al rapporto intercorrente tra gli articoli 614 c.p. (violazione di domicilio) 615 c.p. (violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale). In questo caso, la norma speciale risulta essere l'art. 615 c.p., in quanto essa contiene un elemento costitutivo, quello dei soggetti attivi, più specifico all'altra (il chiunque dell'art. 614, rispetto al pubblico ufficiale dell'art. 615). Tale relazione può essere definita *specialità unilaterale per specificazione*. In un linguaggio più formalizzato, del tutto ignoto ai giuristi che si sono occupati del tema, , tale relazione può essere rappresentata così:



Con N1 indichiamo la norma generale; con le lettere maiuscole i singoli elementi costitutivi delle due norme; con le lettere minuscole (x,y,z,w ecc. di cui ci serviremo in seguito) vengono invece rappresentati quegli elementi costitutivi della norma speciale che costituiscono una specificazione (un sottoinsieme) di uno o più elementi costitutivi della norma generale (nell'esempio sopra esposto, il novero più ristretto dei soggetti attivi contenuto nella norma speciale rispetto al chiunque richiesto dalla norma generale). Il rapporto di continenza viene indicato con il cerchio e la linea.

La rappresentazione in linguaggio formale rende palese un primo dato: vista dal punto di vista dei singoli elementi costitutivi, questi si presentano, nella specialità unilaterale per specificazione, o in rapporto di identità o in rapporto di genere a specie. Per costituire, quindi, questa relazione strutturale è sufficiente che anche un solo elemento sia specificato, restando gli altri invariati.

Spostando l'attenzione dai singoli elementi costitutivi alle norme nel loro

¹⁸¹P.es la norma potrebbe specificare il soggetto attivo, dando luogo così ad un reato proprio rispetto alla norma generale, rivolta a chiunque

complesso, ci accorgiamo che la norma speciale rappresenta una particolare ipotesi criminosa (sottofattispecie) contenuta nella norma generale. Tale rapporto può pertanto essere definito *Coincidenza tra fattispecie e sottofattispecie*.¹⁸²

I casi in cui le norme si trovano in un rapporto di genere a specie, non si esauriscono, però nella relazione di specialità unilaterale per specificazione. Da un punto di vista logico, tale relazione, sussiste anche nell'ipotesi in cui la norma speciale presenti gli stessi elementi costitutivi della norma generale (rapporto di identità) ed almeno un elemento in più.¹⁸³ Si pensi al caso paradigmatico dei rapporti intercorrenti tra la norma sul furto comune e quella sul furto d'uso. Quest'ultima presenta *tutti* gli elementi costitutivi della fattispecie di furto (che si trovano quindi in rapporto di identità) ed un elemento in più, *non raffrontabile con nessun elemento costitutivo della norma generale*, rappresentato “dall'immediata restituzione della cosa dopo l'uso momentaneo”. Proprio perché non raffrontabile con nessun elemento costitutivo della norma generale, tale elemento della norma speciale si pone, rispetto agli elementi costitutivi presenti nella norma generale, in un *rapporto di eterogeneità*. Avvalendoci della stessa rappresentazione grafica precedentemente usata:

N1: A,B,C.

N2: A,B,C,D

Notiamo qui come, anche in questo caso, il rapporto tra le due norme rimane identico, essendo l'ipotesi contenuta nella norma speciale una particolare ipotesi criminosa della norma generale. Possiamo definire questa seconda relazione *specialità unilaterale per aggiunta*. Più analiticamente tale espressione indica l'esistenza di un rapporto strutturale tra norma speciale e norma generale di *coincidenza sottofattispecie della norma generale ed elemento costitutivo (o più elementi costitutivi) della norma speciale*.¹⁸⁴

182MANTOVANI, *Concorso*, cit. p. 233

183ID, p. 219

184MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

Ciò che accomuna entrambi questi procedimenti (per aggiunta o di specificazione) è che, attraverso, il loro impiego una norma viene resa speciale rispetto ad un'altra. Ovviamente, tali modalità costituiscono le ipotesi base, archetipali, con cui costruire tale rapporto. Esse rappresentano il minimo perché possa dirsi sussistente un rapporto di genere a specie, ma nulla vieta che entrambe le modalità concorrano a specificare la stessa norma. Si hanno così casi, invero la maggioranza, di norme che risultano *speciali per specificazione e per aggiunta*. Si prendano quale esempio gli articoli 575 (omicidio comune) c.p. E l'art. 578 c.p. (Infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale):

morale connesse al parto, è punita con
la reclusione da quattro a dodici anni.

575 Omicidio

Chiunque
cagiona la morte
di un uomo

578 Infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale

La madre
che cagiona la morte
del proprio neonato o del feto
immediatamente dopo il parto, o
durante il parto,
quando il fatto è determinato da
condizioni di abbandono materiale e

Come risulta chiaramente dal raffronto delle due norme, l'art. 578 è speciale sia per specificazione (poiché specifica tanto il soggetto attivo che il soggetto passivo dell'omicidio comune), sia per aggiunta poiché presenta gli ulteriori elementi rappresentati dalle circostanze di tempo e di luogo e dalle condizioni psico-fisiche della madre, le quali non sono direttamente raffrontabili con nessun elemento della norma generale.

Ora, nei termini sopra precisati, la sussistenza di un rapporto di specialità è fuori discussione. Le diatribe cominciano però quando si inizia a discutere sulle conseguenze da riconnettere alla sussistenza di tale rapporto. L'art. 15 c.p, sembrerebbe infatti qualificare l'esistenza del rapporto di specialità come requisito necessario e sufficiente per la configurazione del concorso apparente di norme. In particolare, l'inciso “[la legge o la disposizione di] *legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale*” dovrebbe far concludere per la sola applicabilità della norma speciale, “*salvo che sia diversamente stabilito*”.¹⁸⁵

Sul punto, tuttavia, il consenso non è unanime, Più particolarmente, dottrina risalente¹⁸⁶, seguita da una parte consistente della giurisprudenza¹⁸⁷, richiede, ai fini dell'apprezzamento sull'apparenza del concorso, oltre alla sussistenza di un rapporto di genere a specie tra le norme, l'ulteriore requisito che le due norme abbiano la stessa oggettività giuridica, o per lo meno, tutelino interessi omogenei. La necessità di tale ulteriore requisito viene comunemente fatta discendere dalla notazione che l'art. 15 c.p. subordina l'operatività della sola norma speciale all'ulteriore requisito che le due norme

185Sull'interpretazione di tale inciso v. infra. Par. 4 e 5

186Bettiol - Pettoello MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit. p. 717; Spezia, *il reato progressivo*, Udine, 1937; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*. Cit. p. 275. Sul punto rinviamo a MANTOVANI, *Concorso*, cit. p. 79 e a MORO, *Unità e Pluralità di Reati*, Milano 1956 [Rist. 2a ed. Milano, 1959], p. 52 per ulteriori rimandi ad altri autori.

187Si vedano Cass. II 17 Novembre 1992, in *Foro Italiano* 1993, p. 564. Vanno poi segnalate le due pronunce delle sezioni unite in senso adesivo all'orientamento citato: Cass. S.U. 21 Aprile 1995, in *Cass. Pen.* 1995, p. 58; Cass. S.U. 29 Ottobre 1997, in *Cass. Pen.* 1998, p. 1331. Il Le Sezioni Unite hanno poi, con una recente pronuncia, mutato il loro orientamento. Nonostante ciò, il requisito della stessa oggettività giuridica continua ad essere richiesto nelle ultime pronunce in merito rese dalla suprema corte. Si veda.

regolino la stessa materia; requisito, quest'ultimo, identificato con la stessa oggettività giuridica.

La tesi però presta il fianco a numerose critiche. In primo luogo, così opinando, si cerca di inserire come presupposto dell'operatività del criterio di specialità, un apprezzamento di valore che, in quanto tale, risulta essere ontologicamente estraneo al rapporto di specialità, che ha una natura logico-formale.¹⁸⁸ In secondo luogo, anche a voler ammettere l'operatività di un tale giudizio di valore, esso non potrebbe che deporre nel senso dell'esclusiva spettanza della norma speciale a disciplinare i casi in essa previsti; e ciò in ragione del fatto che tale giudizio sarebbe operato dallo stesso legislatore nel momento della creazione della norma speciale, pertanto l'interprete non potrebbe disattenderlo. È come se il legislatore avesse presunto l'idoneità della norma speciale a tutelare quel certo bene giuridico, sia esso o meno conforme a quello tutelato nella norma generale.¹⁸⁹ La tesi che richiede l'identità o l'omogeneità dei beni giuridici va dunque respinta. Essa ha avuto un ulteriore effetto deteriore, quello cioè di limitare in maniera consistente l'ambito di operatività del concorso apparente di norme: così impoverito, il criterio di specialità è risultato essere inadeguato a risolvere, da solo, tutti i casi di concorso di norme, e il ricorso ad ulteriori criteri è apparso inevitabile.¹⁹⁰

3 *Insufficienze e limiti dell'art. 15 c.p. La specialità c.d. Bilaterale.*

Anche prescindendo dall'ulteriore requisito dell'identità del bene giuridico, la configurabilità di un rapporto di specialità è apparsa comunque problematica in un numero considerevole di ipotesi che raggrupperemo, per comodità di esposizione, con la comune etichetta di “Specialità Bilaterale”.

Tali ipotesi sono caratterizzate dal fatto che in esse non ricorre un rapporto di

188FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit. p. 670.

189Ci sembra interpretabile in questo senso il pensiero di MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit. p. 54 ss.

190MANTOVANI, *Concorso*, cit. p. 78

specialità nei termini su precisati, ma bensì ogni norma ha elementi speciali e generali insieme; ciascuna norma sarebbe pertanto speciale rispetto all'altra.

¹⁹¹ Un'altra ipotesi di specialità bilaterale si ha quando una delle due norme presenta elementi ulteriori non raffrontabili, in quanto manca nell'altra norma un termine omologo rispetto a cui stabilire il paragone. L'esempio comunemente addotto, ancorché non incontrovertito¹⁹², è rappresentato dal rapporto tra gli art. 501 c.p. (aggiotaggio semplice) e l'art. 2668 c.c. (aggiotaggio societario) *prima della riforma operata dal d.lg. 51/2002*.

Art. 501 c.p.

Chiunque, al fine di turbare il mercato interno dei valori o delle merci, pubblica o altrimenti divulga notizie (2) false, esagerate o tendenziose [265, 269, 656] o adopera altri artifici atti a cagionare un aumento o una diminuzione del prezzo delle merci, ovvero dei valori ammessi nelle liste di borsa o negoziabili nel pubblico mercato, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa cinquecentosedici euro a venticinquemilaottocentoventidue euro

Art. 2628

Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori che diffondono notizie false o adoperano altri mezzi fraudolenti atti a cagionare nel pubblico mercato o nelle borse di commercio un aumento o una diminuzione del valore delle azioni della società o di altri titoli ad essa appartenenti, sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore a L. 600.000 (2640).

Mentre, infatti l'art. 2628 è speciale per quanto riguarda la cerchia dei soggetti attivi del reato (“amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori” rispetto al “chiunque” dell'art. 501), l'art. 501 c.p. Presenta il

¹⁹¹ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, p. 177.

¹⁹²Si vedano in proposito i pervasivi rilievi di DE FRANCESCO, *Lex specialis, cit.*, p. 25 s.s.

dolo specifico non richiesto dall'art. 2628.¹⁹³

Ora, anche qui l'analisi del rapporto che si instaura tra i singoli elementi costitutivi risulta imprescindibile ancor più che nelle ipotesi di specialità unilaterale. Possiamo infatti notare come anche la specialità bilaterale segua *le stesse tecniche di specificazione* proprie della specialità unilaterale: la specificazione di un elemento generico già contenuto nell'altra norma, oppure l'aggiunta di un ulteriore elemento non contenuto nell'altra norma e quindi ad essa non raffrontabile. Analizziamoli separatamente.

La prima ipotesi, comunemente definita *specialità bilaterale per specificazione o reciproca* è caratterizzata, come abbiamo detto, dal fatto che gli elementi costitutivi di una norma sono in parte generali, in parte speciali, e in parte in rapporto di identità rispetto agli elementi costitutivi dell'altra.

Il linguaggio formalizzato rende nitido il concetto:

N1: (A), B, y
N2: x, B, (C)

L'elemento x presente nella norma N2 risulta essere speciale rispetto all'elemento A della norma N1¹⁹⁴; la norma N1, però, a sua volta, presenta l'elemento costitutivo y speciale rispetto al corrispondente elemento costitutivo C della norma N2. Si prendano, come esempio, gli articoli 572 c.p. (maltrattamenti) e 581 c.p. (percosse):

581 Percosse

Chiunque percuote taluno, se dal fatto non deriva una malattia nel corpo o nella mente (582), è punito, a querela della persona offesa (c.p.120-126), con

193Che poi tale dolo specifico sia una specificazione del dolo generico, come i più ritengono, o un elemento ulteriore a questo non assimilabile qui non rileva. Si vedano in proposito gli acuti rilievi di DE FRANCESCO, *Op. ult. e loc. cit.*

194Se immaginiamo, per esempio che l'elemento costitutivo A rappresenti la cerchia dei soggetti attivi, l'elemento x risulterà essere una specificazione di tale cerchia: per esempio gli amministratori o i sindaci dell'esempio precedente.

la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a lire 600.000 (c.p.587 n.4)

572 Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli

Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

Scomponiamo ora le due norme nei loro rispettivi elementi costitutivi:

581 Percosse

Chiunque

Percuote

Taluno

572 Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli

Chiunque

Maltratta

Una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura

Dal raffronto risulta evidente che, mentre l'art. 581 è speciale per quanto riguarda l'elemento costitutivo condotta (le percosse sono una species del genus maltrattamenti: possono cioè darsi casi di maltrattamenti non costituiti da percosse, ma non è vero il contrario), l'art. 572 è a sua volta speciale per quanto riguarda l'elemento costitutivo del soggetto passivo (Una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura è ovviamente una *species* del *genus* taluno).

Come abbiamo già avvertito, però, la fenomenologia della specialità bilaterale non si lascia ridurre a queste sole ipotesi: se, infatti, esaminiamo in modo analitico la categoria della specialità bilaterale, notiamo come essa tuttavia, non si esaurisca nella relazione sopraesposta, ma sia riscontrabile altresì in un'ipotesi ulteriore¹⁹⁵. Si Immaginino due norme una delle quali specifichi uno o più elementi generici presenti nell'altra; quest'ultima norma, da parte sua, abbia un ulteriore elemento non raffrontabile con la prima norma, Formalizziamo tale relazione:

N1: A,B,C,D

N2: x,B,C.

La norma N2 risulta essere speciale (per specificazione) rispetto a N1 in quanto contiene l'elemento specializzante x; la norma N1, per converso, è a sua volta speciale (per aggiunta) rispetto a N2, poiché presenta l'ulteriore elemento costitutivo D non raffrontabile con nessun elemento costitutivo della norma N2. Possiamo definire questa seconda categoria come *specialità*

¹⁹⁵Ci riferiamo qui di seguito ai rilievi apportati in materia da DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., p. 62 ss.; in senso adesivo v. pure PAPA, *Le qualificazioni*, cit., passim. e PADOVANI, *Diritto Penale pt. g.*, Milano, 2008, p. 379. Il resto della dottrina ha pressoché ignorato le ulteriori distinzioni di cui di seguito nel testo. Per un'esame critico di queste ultime categorie cfr. CAMAIONI S. *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *Giust. Pen.*, 1992, fasc. 4, p. 230-248

bilaterale unilateralmente per aggiunta.

Se ci spingiamo ancora oltre nello sforzo di concettualizzazione, possiamo ricavare ancora una categoria che presenta vari punti di contatto con le precedenti, tant'è che, proprio in forza di tali affinità, è stata ricondotta da parte della dottrina¹⁹⁶ nell'ampia categoria della specialità bilaterale. Essa è stata definita dallo stesso autore che l'ha introdotta¹⁹⁷ *specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta*. Cerchiamo di approfondirla. Questa categoria si differenzia dalle altre ipotesi di specialità bilaterale (per aggiunta e per specificazione) per la presenza, *in entrambe le norme*, accanto ad un nucleo comune di elementi (anche in rapporto di genere a specie tra di loro), di ulteriori elementi estranei e ulteriori, e, dunque non raffrontabili. Poiché, a differenza della specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta, tali elementi eterogenei sono distribuiti non in una soltanto delle due norme prese in considerazione ma in entrambe, la conseguenza è che fra tali elementi è possibile istituire un raffronto, e tale raffronto, porterà inevitabilmente a concludere per la *diversità* (eterogeneità) di tali elementi, non sussistendo, infatti tra di essi, né un rapporto di identità, né un rapporto di specialità. Chiariamo attraverso l'uso del linguaggio simbolico.

N1: A,B,C

N2: B,C,D

Come detto sopra, accanto al nucleo comune, le norme presentano ulteriori elementi (nell'esempio A e D) tra loro eterogenei. Sussiste pertanto un'ipotesi di *interferenza tra gli elementi costitutivi*. Il fenomeno resterebbe invariato

¹⁹⁶DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit. p 59 ss. Tale inclusione, che viene qui seguita più per chiarezza di esposizione che per la sua esattezza, è stata sottoposta ad una serie di rilievi e di obiezioni difficilmente superabili. Si veda sul punto. CAMAIONI S. *Specialità ed interferenza*, cit., p. 232. Secondo il pensiero di tale autore la specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta (o interferenza) non può essere ricompresa nella categoria della specialità, “perché presuppone che anche nell'interferenza sia sempre possibile stabilire un rapporto di genere a specie.”. Il che, notiamo, non accade quando il settore interferente tra le due norme è costituito da elementi costitutivi che si pongono in rapporto di identità.

¹⁹⁷DE FRANCESCO, *Op. ult. e loc. cit.*

se gli elementi costitutivi interferenti, fossero tra di loro in rapporto di genere a specie, anziché in rapporto di identità.

N1: A,B,C.

N2: D,x,y

Volendo sintetizzare, abbiamo visto come la specialità bilaterale sia una categoria ampia, atta a ricomprendere al suo interno una triplice serie di fenomeni: la specialità bilaterale per specificazione, la specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta e la specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta.

Ora, al di là dell'efficacia e dell'indubbia suggestione rappresentata dall'unificazione, all'interno della macrocategoria della specialità bilaterale, di ipotesi così diversificate, non possono tacersi alcune perplessità. Sembra, infatti, che quest'ultima categoria identificata, non sia riconducibile ad un rapporto di specialità, nemmeno latamente inteso.

La differenza è piena di significato, non solo a livello teorico. Come si vedrà infatti, mentre le ipotesi di specialità bilaterale (per specificazione e per aggiunta), sono riconducibili, se pur con molteplici approcci, al fenomeno del concorso apparente di norme, tale riconducibilità è esclusa nel caso di specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta, dove, al contrario, si verifica un concorso reale di norme, e quindi di reati. Più precisamente, ove l'area di elementi costitutivi interferenti sia costituita dalla condotta, si verserà nell'ipotesi di concorso formale di reati.

Prescindendo da questo ultimo punto, prima di passare oltre, vale la pena soffermarsi su alcune questioni tangenti al discorso. La dottrina, per differenziare graficamente le ipotesi di specialità unilaterale dalle ipotesi di specialità bilaterale, è solita avvalersi, per la prima, dell'immagine dei sottoinsiemi già sopraesposta; per la seconda, invece, si ricorre convenzionalmente all'immagine di due insiemi intersecatisi.¹⁹⁸ Ora, tale impiego va sottoposto ad un vaglio critico: se, infatti, non vi sono obiezioni

¹⁹⁸Per esempio, PAGLIARO A., *Relazioni logiche, cit.*, p. 220

all'impiego dell'immagine dei sottoinsiemi nel caso della specialità unilaterale, così non può dirsi per l'uso degli insiemi intersecatisi nel caso della specialità bilaterale. Ciò perché la rappresentazione degli insiemi intersecatisi, oltre che logicamente sbagliata¹⁹⁹, è foriera di equivoci e confusione, in quanto appiattisce e uniforma in un'unica immagine ipotesi tra loro variegata e spesso irriducibili ad un comune denominatore. Da un punto di vista grafico, l'immagine degli insiemi intersecatisi risulta essere atta a ricomprendere tanto nell'ipotesi di interferenza per fattispecie (specialità bilaterale per specificazione e per aggiunta), quanto le ipotesi di interferenza tra elementi costitutivi, fossero anche della minima importanza.

Un esempio varrà a chiarire: si prendano rispettivamente le norme sulla truffa (art. 640 c.p.) e sul millantato credito (art. 346 c.p.); e le norme sull'omicidio (art. 575 c.p.) e il furto (art. 624 c.p.). Se ci proponiamo di rappresentare graficamente le due situazioni, in entrambi i casi otteniamo la stessa immagine, e cioè i cerchi intersecatisi. E tanto dovrebbe bastare per abbandonare prontamente un impiego così improprio di tali ausili grafici.

Tirando le fila della discussione, è proprio facendo leva sulle ipotesi di specialità bilaterale, che la una parte cospicua della dottrina ha affermato l'inadeguatezza dell'art. 15 c.p. a disciplinare tutti i casi di concorso apparente. Muovendo dall'assunto – invero più predicato che dimostrato – che in queste ipotesi, pur non essendo riconducibili alla sfera di operatività dell'art. 15 c.p. il, si versi comunque in situazioni di concorso apparente di norme, molti autori hanno invocato la necessità di nuovi ed ulteriori criteri, oltre a quello di specialità, in grado di distinguere le ipotesi di concorso apparente da quelle di concorso reale.

Sia detto per inciso che il bisogno di estendere l'area di operatività del concorso apparente di norme oltre i limiti dell'astratto rapporto di specialità unilaterale, era particolarmente avvertito prima della riforma dell'art. 81 c.p., avvenuta, come si sa, nel 1974. Tale novella, avendo sostituito molte ipotesi

¹⁹⁹Per ottenere tale rappresentazione attraverso l'impiego dei diagrammi di Venn, si fa finta che gli elementi costitutivi siano elementi singoli; invece essi sono propriamente dei sottoinsiemi, poiché contengono a loro volta una classe di elementi.

in cui era previsto il cumulo materiale delle pene con il più benevolo trattamento del cumulo giuridico, ha di fatto, stemperato di molto la differenza sul piano del trattamento sanzionatorio, prima presente, tra il regime del concorso apparente e quello del concorso effettivo di reati (*sub species* concorso formale, omogeneo ed eterogeneo, e reato continuato)²⁰⁰.

Come che sia, vuoi per necessità teoriche, vuoi per contingenze storiche legate al diritto positivo, la dottrina ha elaborato, come si diceva prima, una molteplicità di criteri ulteriori rispetto al criterio di specialità disciplinato dall'art. 15 c.p. e di cui è necessario dare conto.

4 *Le teorie pluraliste.*

Punto di partenza comune a tutte le varie teorie c.d. pluraliste è la denuncia dell'insufficienza del solo criterio di specialità a risolvere compiutamente tutti i casi di concorso apparente di norme²⁰¹; di qui la necessità di fare ricorso a criteri ulteriori, concorrenti o alternativi al principio di specialità. Un ulteriore comune denominatore di tali teorie è che esse, seppur in termini diversi, fanno perno su considerazioni di valore per risolvere il convergere delle norme nel senso dell'apparenza del concorso.

Tuttavia, a parte tali comuni premesse, le teorie in questione divergono in modo marcato per il numero dei criteri proposti alternativi alla specialità, e per il contenuto dei criteri medesimi. A ciò si aggiunga che l'opera

200Non di meno, il problema, anche se ha perso consistenza da punto di vista delle conseguenze applicative, resta non di meno uno dei settori dogmaticamente più incerti. Come è stato bene sottolineato "Tra il circoscritto gruppo di casi in cui il concorso indiscutibilmente si impone per la immediata evenienza del rapporto tra genere e specie tra fattispecie legali, ed il gruppo di casi in cui altrettanto pacificamente si ravvisa il concorso formale di reati, vi è un'ampia zona grigia costantemente esposta alle opposte soluzioni. [...] In questi controversi settori non di rado la dottrina, utilizzando gli stessi criteri risolutivi, perviene a soluzioni diametralmente opposte, o, viceversa, partendo da differenti criteri, perviene ad identiche soluzioni: le motivazioni, poi, sia delle identiche che delle opposte soluzioni si presentano, sovente, notevolmente diverse." MANTOVANI, *Concorso, cit.*, p. 160 e 163.

201Insufficienza, va detto, che è stata ulteriormente acuita dall'ulteriore limitazione che tali teorie operano nei confronti del criterio di specialità, circoscrivendolo alle sole ipotesi in cui, oltre ad un astratto rapporto tra genere e specie, le norme presentino l'ulteriore requisito dell'identità del bene giuridico tutelato. V. *supra par. 3*. Sul punto cfr. pure MANTOVANI, *Concorso, cit.* p. 76-77.

classificatoria viene ulteriormente frustrata dall'uso spregiudicato che gli autori hanno fatto delle varie etichette: troviamo infatti che uno stesso criterio viene usato, a seconda dell'autore che lo impiega, per descrivere fenomeni tra loro, non solo eterogenei, ma addirittura antitetici; problema, questo, già avvertito dal MORO, il quale, in un'opera risalente²⁰², aveva già denunciato che ciò che alcuni denominano sussidiarietà è da altri definito come consunzione. Verrebbe quasi da dire – aderendo ad uno schietto nominalismo – che non esiste, per esempio, un concetto superiore che, al di là delle peculiarità teoriche di ciascun autore, possa essere denominato criterio della sussidiarietà, ma ce ne sono tanti quanti sono gli autori gli autori che ne trattano²⁰³.

Una ricognizione esauriente, seppur a fini puramente descrittivi, si profila dunque come un'impresa decisamente sproporzionata rispetto all'economia del presente lavoro. Si impone, per forza di cose, una semplificazione che, come tutte le semplificazioni, ha come contrappasso l'accettazione di un certo margine di inevitabile arbitrarietà. Verranno ricostruiti i vari criteri in grandi linee così come vengono intesi nell'uso corrente degli addetti ai lavori.

Il primo criterio che si impone all'esame è quello c.d. della *sussidiarietà*. In estrema sintesi, in forza di tale criterio, una norma risulta essere applicabile a condizione che il fatto non integri un'altra fattispecie, la quale risulta essere l'unica a dover trovare applicazione: *lex primaria derogat legi subsidiariae*.²⁰⁴

202Cfr. MORO, *Unità e pluralità di reati*, cit., p. 76, il quale rileva che Lent e Frosali chiamano sussidiarietà quello che Beling chiama consunzione.

203Per rimanere all'esempio, il criterio di sussidiarietà assume una latitudine più o meno estesa a seconda che si accolga o meno l'ulteriore principio di consunzione. Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit. p. 181, il quale accoglie entrambi i criteri.

204 ROMANO, *Commentario sistematico*, cit. p. 182; FROSALI R., *Concorso*, cit., p. 395 s.s. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit. p. 419. Bettiol - Pettoello MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 718; CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, cit., p. 430. Emblematica la posizione dell'Antolisei: l'illustre autore, in uno scritto risalente (*Concorso formale di reati e concorso apparente di norme*, in *Giust. Pen. II*, 1942, p. 609-614) aveva accolto, insieme alla specialità, anche il principio di sussidiarietà (denominato principio di progressione); tale posizione è stata poi riveduta dall'autore negli scritti successivi, il quale si è assestato su una posizione monista, improntata al solo principio di specialità, seppure inteso in un'accezione notevolmente dilatata. (si vedano ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1948, p. 1; Id, *Manuale di diritto Penale*, Milano, 2003, p.)

Il fenomeno si manifesta, in primo luogo, in presenza delle c.d. clausole di riserva²⁰⁵: tali clausole, espressamente contenute nell'enunciazione della norma, subordinano la loro applicabilità a condizione che il fatto non integri una norma diversa; tale ulteriore norma può essere espressamente indicata nella clausola di riserva (c.d. *clausole di riserva espresse*); oppure la clausola può contenere un generico riferimento ad un più grave reato (c.d. *clausole di riserva relativamente indeterminate*, del tipo “salvo che il fatto non costituisca un più grave reato); infine la clausola può presentarsi con un richiamo ad un semplice fatto integrante un reato (c.d. *clausole di riserva indeterminate*, del tipo “se il fatto non è previsto come reato da una particolare disposizione di legge”). Vanno invece escluse le clausole pleonastiche che non fanno altro che ribadire il rapporto di specialità.²⁰⁶

Passando dalla descrizione del fenomeno alle ragioni dello stesso, le norme soggette clausole di riserva sarebbero espressione di una progressione nell'offesa di uno stesso bene giuridico o, ma è controverso, di beni giuridici affini, di modo che la norma che rappresenta l'ultimo stadio di offesa al bene sarebbe sufficiente da sola ad esaurire il significato illecito del fatto, rendendo così inutile l'applicazione delle norme che rappresentano gradi di offesa intermedi rispetto all'offesa finale. Nelle parole di uno dei più autorevoli sostenitori di tale teoria, “si tratta di stadi o gradi di offesa di uno stesso bene in modo che l'offesa maggiore assorbe la minore e pertanto l'applicabilità di questa è condizionata alla non applicabilità dell'altra.”²⁰⁷.

Secondo questa impostazione, il fenomeno delle clausole espresse, essendo espressione di un più ampio principio che postula la continenza dell'interesse tutelato da una norma nell'interesse tutelato dall'altra, può essere esteso anche ad ipotesi in cui, pur sussistendo tale rapporto di continenza, mancano clausole di riserva a risolvere il fenomeno, dichiarando l'esclusiva applicabilità di una soltanto delle due norme. Accanto quindi ad

205Nega invece che in presenza di tali clausole si verifichi addirittura un'ipotesi di concorso CONTI F., (voce) *Concorso apparente di norme*, in *Noviss. Dig. It. II*, Torino, 1958, p. 1053

206FROSALI, *Concorso*, cit., p. 408; MANTOVANI, *Concorso*, cit., p. 87.

207BETTIOL, *Diritto Penale*, cit., p. 518

una *sussidiarietà espressa* mediante clausola di riserva si riconosce spazio ad una *sussidiarietà tacita* anche in assenza di una clausola di riserva, in tutte le ipotesi in cui due norme tutelino lo stesso bene in differenti gradi di offesa²⁰⁸.

Nel solco di questa impostazione, è stato ulteriormente chiarito che, affinché possa instaurarsi un rapporto di sussidiarietà tacita, non basta la gradualità dell'offesa ad uno stesso bene, ma occorre l'ulteriore requisito dell'essere le norme in rapporto strutturale di specialità reciproca²⁰⁹.

Volendo condensare in una definizione le considerazioni sinora svolte intorno a questo primo punto, possiamo quindi definire la sussidiarietà come la disponibilità vicaria di una norma rispetto ad un'altra che da sola esaurisce compiutamente il significato illecito del fatto, in quanto le norme rappresentano stadi progressivi di offesa ad uno stesso bene.

Il secondo criterio ulteriore rispetto alla sussidiarietà, e con quest'ultima destinata a concorrere nella risoluzione dei casi di concorso apparente di norme²¹⁰, è il criterio della *consunzione*. La genesi di tale principio risale all'elaborazione compiuta dalla dottrina tedesca²¹¹, ma è stato poi importato nel dibattito dottrinale italiano da diversi ed autorevoli autori. Nella ricostruzione della sua fisionomia, così come è stata fatta da un autorevole dottrina²¹² che da tempo risalente ne invoca il diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento, esso appunta, più di ogni altro criterio, il fuoco dell'attenzione

208ROMANO, *Commentario sistematico*, cit. p. 183

209FROSALI, *Concorso*, cit., p. 404, Il quale (p. 464 s.s.), ben conscio dell'indeterminatezza congenita alla nozione di sussidiarietà tacita la costruisce come *eccezione al concorso di reati*, con il logico corollario dell'eccezionalità che nei casi di dubbio bisogna propendere per il concorso reale (di reati) anziché apparente (di norme). Pur muovendo da premesse solo parzialmente simili anche il MORO, *Unità e pluralità*, cit., p. 87, aderisce all'impostazione secondo cui nei casi dubbi bisogna propendere per il concorso effettivo di reati.

210Contra: PAGLIARO A., *Concorso di norme*, cit., p. 551 s.s., il quale riconosce la consunzione come unico criterio onnicomprensivo. Id. *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C. F. Grosso, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Milano 2007

211V. DE FRANCESCO, (voce) *Concorso apparente di norme*, cit., p. 419 nota 1 e autori ivi richiamati. Cfr. per ulteriori approfondimenti e richiami MANTOVANI, *Concorso*, cit., p. 77 s.s.

212 PAGLIARO A., *Relazioni logiche*, cit., p. 219 s.s. ; Id, *Concorso di norme*, cit., p.; in senso adesivo Fiandaca – Musco, *Diritto Penale pt. g.*, cit. p. 674 s.s.; ROMANO B., *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*. Milano, 1996, p. 219 s.s., il quale ha cura di specificare, però, che “gli altri criteri per risolvere il rapporto convergente tra più norme non possono che essere sussidiari rispetto al principio di specialità.”.

su considerazioni di valore: esso troverebbe applicazione in tutte le ipotesi in cui, pur convergendo su un fatto una pluralità di norme, una di esse, e precisamente quella che prevede la pena più grave, esaurisca da sola l'intero disvalore oggettivo e soggettivo del fatto; in tali ipotesi, solo quest'ultima norma dovrebbe trovare applicazione.

Nel tentativo di dare maggiore concretezza a tale principio, che altrimenti risulterebbe minato da un coefficiente insuperabile di vaghezza²¹³, la stessa dottrina ha prodotto le seguenti precisazioni: in primo luogo esso dovrebbe trovare applicazione in quelle ipotesi in cui, alla stregua di un giudizio normativo sociale, il fatto risulti sostanzialmente accadere all'interno di un quadro di vita unitario²¹⁴, sicché la realizzazione di un reato prevede la statisticamente normale commissione anche di un altro; in secondo luogo, opererebbe la consunzione in tutti i casi in cui le norme comportino un'omogeneità delle violazioni, realizzate sempre in unità di contesto²¹⁵; in ultimo, e siamo nella zona di in cui tale criterio viene portato alla sua massima capacità espansiva, possono essere ricondotte nella sfera di operatività di tale principio tutte quelle situazioni che si articolano in una pluralità di condotte snodate in intervalli di tempo anche di apprezzabile durata, (antefatto e postfatto non punibili progressione criminosa)²¹⁶. In tutti questi casi, anche prescindendo da un rapporto strutturale tra fattispecie, si realizzerebbe una sorta di unità del significato illecito dell'accadere, unità che non potrebbe essere artificiosamente divisa dal giudizio normativo attraverso una plurima qualificazione del fatto.²¹⁷

213Per questa critica v. infra par. 5

214PAGLIARO A., *Relazioni logiche*, cit., p. 225. In trono ai quadri di vita si vedano le lucide pagine di PAPA, *Le qualificazioni*, cit., p. 72 s.s. e 202 s.s. L'autore giustamente rileva che anche in questa teoria "L'unità [del reato] è ancora l'oggetto di una ricerca che procede attraverso lo strumento concettuale della fattispecie. Tale strumento viene però utilizzato, se così si può dire, non tanto come <<facti species>>, forma speculare del fatto da cui scaturiscono gli effetti giuridici; la fattispecie è qui piuttosto, una sorta di finestra aperta sui più ampi, ma in qualche modo costanti, <<tipici>> quadri della vita, cui le norme sono destinate ad applicarsi." (p. 72 -73).

215PAGLIARO A., *Relazioni logiche*, cit., p. 226.

216Id, *Relazioni logiche*, cit., p. 225 s.s. VASSALLI, voce *Antefatto non punibile postfatto non punibile* in *Enc. Giur. Trrec.*, VII ; Id, (voce) *Progressione criminosa*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, p. 1150; FIANDACA MUSCO, *Diritto Penale pt. g.*, cit. p. 677 s.s.

217Non possiamo fare a meno di notare che, così costruito, il criterio dell'assorbimento o

Circa il fondamento giuridico di tali ulteriore principio, in mancanza di un espresso riconoscimento normativo, come invece accade per il canone della specialità, i suoi sostenitori cercano di garantirgli diritto di cittadinanza nell'ordinamento positivo, facendo leva sull'espressa deroga contenuta nell'art. 15 c.p., dove viene sancito che la norma speciale deroga rispetto a quella generale “salvo che sia diversamente stabilito”. Tale clausola di salvezza farebbe riferimento proprio, secondo la dottrina in esame, alle ipotesi in cui dovrebbero trovare applicazione criteri diversi ed ulteriori rispetto alla specialità²¹⁸.

5 *Critiche alle teorie pluraliste.*

La rassegna svolta nel precedente paragrafo ha messo in evidenza una più ampia capacità espansiva di tali criteri rispetto al più rigido criterio di specialità. Proprio in virtù di tale maggiore capacità comprensiva essi sarebbero idonei a far rientrare nell'alveo del concorso apparente di norme ipotesi che altrimenti ricadrebbero nella più rigida disciplina del concorso di reati.

Tuttavia, nonostante questa maggiore capacità comprensiva, contro le impostazioni pluraliste sono state avanzate una serie di obiezioni difficilmente superabili. Semplificando, le critiche più penetranti ruotano intorno a due diversi ordini di ragioni: da un lato vengono criticati i contenuti stessi di tali criteri, o meglio la mancanza di un contenuto determinato ed afferrabile; dall'altro lato, viene messo in discussione lo stesso fondamento positivo di tali principi.

Passando in rassegna il primo ordine di ragioni, nonostante i ripetuti tentativi di riempire di forma e contenuti tali criteri, essi sembrano rimasti

consunzione aspira a risolvere in modo praticamente monopolistico i casi di concorso apparente di norme: facendo leva, infatti, su un principio sovraordinato destinato a regolare in via esclusiva del concorso di nome, questa teoria pluralista finisce anch'essa per risolversi in un approccio monistico alla tematica in questione. Per rilievi in parte analoghi cfr. PAPA, *Le qualificazioni*, cit., p. 72 s.s.

²¹⁸Critico ROMANO M., *Commentario*, cit., p. 180, Ulteriori dimostrazioni di fondamento giuridico vengono svolte prendendo le mosse dall'art. 84 c.p. (reato complesso)

inficiati da una strutturale vaghezza insita nella stessa nozione di oggettività giuridica²¹⁹, perno di qualsiasi assorbimento di valore: se non si sa come determinare con esattezza l'oggetto giuridico, è giocoforza ammettere l'impossibilità di ricavare criteri sufficientemente determinati in grado di assistere l'interprete nel difficile compito di misurare l'interesse maggiormente comprensivo, rispetto a cui gli altri interessi dovrebbero considerarsi assorbiti²²⁰.

La polemica intorno alla reale praticabilità di giudizi di valore costituisce un problema vecchio quanto il mondo, su cui da tempo di è affannata la filosofia: ripercorrerla sarebbe vacuo; restando nel campo giuridico, basta qui riportare la graffiante critica che un colto giurista ha sferrato intorno a questo genere di considerazioni assiologiche: “il mondo delle norme non contiene nudi fatti ma fatti valutati secondo una misura e, quindi, uno o alcuni criteri di valutazione. Abbiamo a che fare con dei valori. Parola ambigua come poche e prediletta da un certo tipo di parlatori con i quali è difficile intendersi, alieni come sono dalla logica e inclini ai discorsi in penombra. Inutile provarli a essere più chiari e a rispettare le regole del gioco: rispondono che distinguere e contrapporre sono giochi da menti esigue; altra cosa l'ispirazione: ci sono verità che non si rivelano. L'iniziato le vive. Niente di male se tutto finisse nel silenzio, il solo atteggiamento che si addica ai mistici. Ma questo misticismo è di un genere loquace: i suoi invasati parlano a torrenti, e <<valori>> è una delle parole che usano senza risparmio. Hanno

219Problema esemplarmente descritto da PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955 [ora in *Diritto Penale, vol. II. Scritti di parte speciale*, Milano 2003]. L'autore, con la consueta chiarezza che lo contraddistingue, confuta l'eccessivo ottimismo riposto nella dottrina dell'oggettività giuridica, quale soluzione a tutti i problemi (p. 3 s.s.). L'illustre autore, nonostante la riduzione, ritiene comunque di riservare un'utilizzazione seppure marginare al criterio dell'assorbimento (p. 77 s.s.).

220MANTOVANI, *Concorso, cit.*, p. 108 s.s.; DE FRANCESCO, *voce concorso, cit.*, p. 418; Id., *Lex specialis., cit.*, p. 4 s.s. ; Conti, *voce Concorso apparente di norme, in Noviss. Dig. It, II*, Torino, 1958, p. 1007. Quest'ultimo autore, ha rappresentato il tentativo di definire il contenuto dei criteri di valore come “un conato di Serse sull'Ellesponto” (p. 1016). Ma non sono solo i detrattori delle teorie pluraliste a denunciare l'eccessiva vaghezza di tali principi: tali limiti sono sentiti anche da alcuni tra i più acuti sostenitori dell'indirizzo pluralistico. Si veda, a titolo di esempio, la posizione del MORO, *Unità e pluralità, cit.*, p.170 s.s. che ripetutamente ammette la difficoltà di individuare criteri univoci e fa ripetutamente appello al prudente apprezzamento dell'interprete. In termini analoghi ROMANO, *Commentario, cit., passim*

il carisma della visione e, infatti, vedono cose nascoste agli altri, tra i quali i valori, di cui il loro mondo pulula. C'è chi li dispone in ordine geometrico e chi li lascia fluttuare come figure d'acquario; uno li intuisce e un altro li deduce; questo li vede eterni e immobili e quelli soggetti ad un ciclo di nascita e di morte.”²²¹

Ma, anche se per ipotesi la via di tali giudizi fosse praticabile, resta comunque un'ulteriore obiezione derivante dal dato positivo: gli assorbimenti di valore, postulano che ad un'unità di lesione debba corrispondere un'unità di reato e, viceversa, ad una pluralità di lesioni debba corrispondere una pluralità di reati; ora, proprio quest'ultimo corollario risulta essere smentito dal diritto positivo, il quale pacificamente contempla l'eventualità di reati plurioffensivi, reati, cioè, in cui la pluralità di lesione non intacca l'unità del reato. L'argomento, invero, potrebbe essere superato attraverso questa silloge: se è vero che di fronte ad una pluralità di lesioni può corrispondere una unicità di reato, non è vero il contrario: di fronte ad un'unicità di lesione bisognerebbe in ogni caso optare per l'unicità di reato. L'argomento, anche se plausibile su un piano strettamente logico, risulta tuttavia non probante sul piano normativo: invero, proprio l'esistenza di reati plurioffensivi dimostra come il legislatore non sia vincolato dall'unità della lesione nel processo di tipizzazione delle fattispecie penali. Il che costituisce un'ulteriore riprova, se mai ce ne fosse stato bisogno, dell'inadeguatezza di criteri basati sull'unità della lesione o sull'assorbimento a disciplinare il fenomeno del concorso apparente: “dieci prati verdi reastano dieci prati verdi ed un prato, in parte verde e in parte giallo, resta un solo prato. Così pure l'unità o la pluralità dell'oggetto di tutela conforme alla norma non da alcun contributo a questa determinazione”²²²

Venendo ora al secondo ordine di ragioni, quello cioè della mancanza di fondamento positivo di criteri diversi dalla specialità, anche qui le obiezioni non sono meno pervasive.

²²¹CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme.*, Milano, 1967, p. 124 s.s.

²²²Così efficacemente Beling, citato da MORO, *Unità e pluralità di reati, cit.*, p. 178.

Cominciando dal criterio della consunzione, la sua giustificazione prende le mosse dalla deroga contenuta nell'inciso dell'art. 15 c.p. "salvo che sia diversamente disposto". Si può agevolmente obiettare che "pur ammettendo che tale disposto schiuda le porte ad apprezzamenti di valore sul criterio logico di specialità, non si può tuttavia da queste premesse trarre l'ulteriore illazione secondo la quale la figura della consunzione consentirebbe di affermare il concorso apparente tra norme che non si trovino in rapporto di specialità." ²²³

Ad esiti non dissimili porta il tentativo di spiegare il principio di sussidiarietà partendo dalle clausole di riserva. Una prima notazione di carattere descrittivo si impone: la maggior parte delle clausole di riserva non fanno altro che ribadire *ad abundantiam* il rapporto di specialità e sono pertanto prive di una reale capacità normativa.²²⁴ Sgombrato il campo da queste clausole pleonastiche, il fenomeno di clausole che disciplinano un fenomeno diverso dal rapporto di specialità risulta ridursi notevolmente. Le poche clausole destinate a svolgere una reale funzione normativa, sembrano il prodotto di scelte meramente contingenti, anziché espressione di un principio sistematico come invece asserito dai fautori della sussidiarietà²²⁵.

Ma la ricostruzione di un principio sovraordinato incontra un'ulteriore obiezione. Tanto per la sussidiarietà, quanto per la consunzione l'iter argomentativo appare identico: trovata una espressa previsione normativa che contiene una disciplina conforme all'asserito principio (di sussidiarietà o di consunzione), si postula che tale norma, proprio perché espressione di un principio più ampio, debba trovare applicazione *per necessitatem logicam* anche a casi analoghi. Siamo al cuore del problema: così delineato il procedimento invocato si palesa per quello che è, e cioè un procedimento per analogia²²⁶. In

²²³Così testualmente DE FRANCESCO, (voce) *Concorso apparente di norme*, cit., p. 418; Pur accettando il criterio della consunzione, critica che esso sia ricavabile dalla deroga contenuta nell'art. 15 ROMANO M., *Commentario*, cit., p. 180.

²²⁴Si veda *amplius* MANTOVANI, *Concorso*, cit. p. 467 s.s.; DE FRANCESCO voce *concorso*, cit., p. 418.

²²⁵Cfr. DE FRANCESCO voce *concorso*, cit., p.p. 418 419

²²⁶La bibliografia sull'argomento è sterminata.

altre parole, l'interprete induce dalla norma il principio, e da esso deduce gli altri casi non espressamente disciplinati in cui esso può comunque trovare applicazione. Ma l'analogia richiede l'assenza di una disposizione che espressamente regoli il fatto (art. 12 prel.). Nelle ipotesi non disciplinate da una clausola di riserva, la norma che disciplina il fatto esiste, ed è costituita dall'art. 81 c.p. che stabilisce, per tali ipotesi, la disciplina del concorso di reati. Una volta costruite la sussidiarietà e la consunzione come eccezioni al concorso di reati²²⁷, le teorie che postulano un'estensione analogica di tale disciplina cadono necessariamente in un'aporia.

Ma l'ammissione di uno spazio di operatività per criteri ulteriori diversi dalla specialità conduce necessariamente ad un ulteriore paradosso: ammettendo infatti che tali criteri *non espressamente enucleati al legislatore*, ricavabili soltanto attraverso l'interpretazione sistematica di un complesso di norme, possano intervenire a disciplinare tutte le ipotesi di specialità reciproca, di progressione criminosa e addirittura di antefatto e postfatto non punibili, “si dovrebbe arrivare alla singolare conclusione che il nostro legislatore si sia preoccupato di regolare espressamente (nell'art. 15 c.p.) le sole ipotesi meno frequenti di concorso apparente, rinunciando invece a sancire una disciplina ad hoc [...] per quelle di gran lunga più numerose²²⁸”.

Non resta quindi che concludere che, fuori dai casi di sussidiarietà espressa e di consunzione espressa (art. 84 c.p.), non possano rinvenirsi casi ulteriori in cui la disciplina possa venire in applicazione.

Volendo raccogliere i risultati dell'indagine fin qui svolta intorno ai criteri

227Si veda gli autori richiamati alla nota 43

228Così testualmente DE FRANCESCO, (voce) *Concorso apparente di norme*, cit., p. 418. Non è un caso quindi, che in una recente trattazione sull'argomento adesiva alle teorie pluraliste (ROMANO B., *Il rapporto tra norme penali : intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996)

, p. 186 nota 20) si sia addirittura lamentata la scelta del legislatore di codificare il principio di specialità: “Probabilmente la positivizzazione del solo principio di specialità si è tradotta addirittura in un danno per le esigenze di ricerca e di studio. Piuttosto che effettuare un'indagine sul campo di tipo induttivo, al fine di verificare linee prevalenti e positivizzazioni costanti, ricostruendo dal basso l'istituto e poi adattare alle applicazioni concrete, si sono seguite vie diverse. Soluzioni “intuizionistiche”, scelte personali o rinunce al sano esercizio dogmatico di ricostruzione dei principi, hanno reso più incerto e confuso un settore già intrinsecamente complesso e delicato.

proposti dalle teorie pluraliste, possiamo dire che essi sembrano dotati di un incerto fondamento di diritto positivo: i vari tentativi di enucleare un principio più ampio dall'interpretazione di singole norme non sembra infatti destinato a buon fine. Ma anche qualora problema di legittimazione potesse essere superato attraverso un intervento del legislatore che li codifichi espressamente, essi resterebbero comunque tacciati da una strutturale indeterminatezza che li renderebbe incapaci di offrire all'interprete dei criteri oggettivi e verificabili, ancorché discrezionali, su cui fondare il giudizio di assorbimento. Il margine di discrezionalità risulterebbe essere talmente ampio da rasantare l'arbitrio.²²⁹

Il punto merita qualche ulteriore riflessione; sono pochi, infatti, i contributi che si sono soffermati sul tema con la dovuta attenzione. Un primo problema riguarda se la discrezionalità affidata all'interprete, lasciato solo nel decidere sull'assorbimento o meno di un reato dell'altro, sia compatibile con un sistema improntato al principio di legalità come il nostro. Gli assertori delle teorie pluraliste, invero, lo danno per postulato senza offrire dimostrazioni appaganti, ma non sembra che su ciò si possa convenire. Pare infatti che, anche volendo considerare accettabile un simile momento di discrezionalità, esso, se sommato a tutti gli altri ambiti in cui il giudice opera in modo discrezionale, raggiungerebbe soglie decisamente inaccettabili²³⁰. Soprattutto, se si tiene in considerazione l'ampissimo margine di manovra di cui il giudicante è investito in tema di commisurazione della pena, appare del tutto evidente che l'interprete, se fosse messo nelle condizioni di poter decidere senza possibilità di confutazioni in sull'unità o pluralità di reati, potrebbe in concreto attribuire ad uno stesso fatto una risposta sanzionatoria

²²⁹MANTOVANI, *Concorso, cit.*, p. 105.

²³⁰Cfr. PAPA, *Definizioni legislative e concorso apparente di norme. Note comparatistiche*. In A.A.V.V. *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Milano, 1996, p. 437: “Non sfugge infatti il rischio che il la discrezionalità possa crescere in progressione geometrica al sommarsi delle singole ipotesi di discrezionalità attribuite da vari istituti funzionalmente connessi. Ogni ipotesi di discrezionalità, conferita teoricamente entro limiti accettabile e per scopi determinati, finisce di fatto per confluire in un complessivo ed indistinto potere, il quale essendo insuscettibile di qualsivoglia verifica di legalità, potrebbe nella prassi tramutarsi in arbitrio.”

eterogenea oltre i limiti di tolleranza. Per non parlare poi degli esiti distorti che potrebbero registrarsi nelle ipotesi di giustizia negoziata: in particolare, consentire al p.m. di qualificare un certo reato assorbente rispetto ad altri, potrebbe dilatare la sfera di operatività del patteggiamento oltre i limiti legalmente fissati²³¹.

L'economia della trattazione impone di non svolgere ulteriormente tali rilievi. Chiudiamo questo breve esame critico delle teorie pluraliste, citando il monito di uno dei più grandi penalisti del passato che, seppur in tutt'altro contesto, ebbe a svolgere considerazioni che riteniamo essere qui assolutamente riproponibili: "Se non ci sono leggi generali che rendono tutti uguali di fronte alla legge perché ogni fatto trova la sua configurazione nella singola decisione, anche il trattamento penale (le conseguenze penali) seguirà il destino del suo presupposto: ad ogni fatto la sua qualificazione [...] ad ogni delinquente il suo trattamento."²³²

6 *Teorie moniste e nozione allargata dell'art. 15 c.p. Alle ipotesi di specialità bilaterale.*

L'esame delle teorie moniste e pluraliste sembra averci condotto in un vicolo cieco: da un lato l'impostazione monista, pur soddisfacendo, in quanto rapporto logico, i criteri di certezza propri di un moderno ordinamento penale, sembra essere inadeguata di fronte ai casi di specialità reciproca, in cui un'elementare esigenza di razionalità impone l'applicazione di una norma soltanto²³³; dall'altro lato, le teorie pluraliste, pur mostrandosi apparentemente idonee a ricomprendere queste ultime ipotesi, risultano affette da un coefficiente di indeterminatezza che le rende difficilmente conciliabili con le istanze garantiste.

L'aporia, tuttavia, risulta essere puramente apparente. Nella ricerca di una

²³¹PAPA, *op. e loc. ult. cit.*

²³²BETTIOL, *Verso un nuovo romanticismo giuridico*, in: *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1979. Ora in *Scritti Giuridici: 1966-1980*. Padova, 1980,

²³³Esigenza particolarmente sentita specie in ordinamento come il nostro, caratterizzato da una legislazione prettamente casistica, foriera di continue sovrapposizioni ed interferenze tra fattispecie. Per queste considerazioni si rinvia a quanto detto nel cap. I.

possibile via d'uscita, le teorie moniste hanno elaborato una diversa nozione di specialità, atta a ricomprendere anche le ipotesi di specialità reciproca, senza rinunciare alle certezze che caratterizzano un'impostazione strutturalista del concorso di norme²³⁴.

Il primo punto di partenza di tale teoria è l'impostazione e la soluzione del concorso apparente di norme sulla base dello studio delle relazioni strutturali tra fattispecie astratte, al di fuori di ogni considerazione relativa al fatto concreto e ai beni giuridici tutelati dalle norme stesse.²³⁵ Ogni volta che le relazioni tra fattispecie mostrano di contenere almeno un'*ipotesi criminosa comune* (o sottofattispecie), è fuori discussione²³⁶ che per tale ipotesi una sola tra queste due norme debba trovare applicazione²³⁷. Richiamandoci all'analisi già svolta sulle relazioni che si possono instaurare tra fattispecie²³⁸, notiamo che tale requisito è sicuramente soddisfatto emblematicamente nelle ipotesi di specialità reciproca per specificazione²³⁹: in tale rapporto, infatti, è chiaramente individuabile un'*ipotesi criminosa comune* ad entrambe le norme o, detto altrimenti, un fatto capace di effetti giuridici ad opera di entrambe le norme²⁴⁰.

Abbiamo ottenuto, quindi, come primo risultato, un allargamento del concetto di specialità, atto a ricomprendere un'ipotesi diversa dalla specialità unilaterale.

Tuttavia, l'analisi dei rapporti strutturali tra fattispecie *nel loro complesso*,

234Il riferimento imprescindibile per l'ampiezza e per il rigore dell'impostazione è la monumentale monografia MANTOVANI, *Concorso, cit.*, Nel solco di questa impostazione, si è mossa un'ulteriore corrente (DE FRANCESCO, *Lex specialis, cit.*; DE FRANCESCO, (voce) *Concorso apparente di norme*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p. 416 che, cogliendo i frutti più maturi di tale impostazione ha modificato la prospettiva iniziale, facendo lumi su alcuni casi particolari a cui l'impostazione del MANTOVANI non riusciva a dare risposte convincenti. Aderisce all'impostazione PADOVANI, *diritto penale*, Milano, 2008.

235Cfr. DE FRANCESCO, *Lex specialis, cit.*, p. 22.

236Tale apodittica affermazione sarà oggetto di apposita dimostrazione nel successivo paragrafo.

237Problema ulteriore costituisce lo stabilire quale tra le due norme debba trovare applicazione.

Su cui v. *infra* in questo paragrafo,

238*Supra par. 2 e 3.*

239Tale relazione, giova ripeterlo, sussiste nei casi in cui i rispettivi elementi costitutivi di una norma sono in parte generali, in parte speciali, e in parte in rapporto di identità rispetto agli elementi costitutivi dell'altra, *la quale non presenta ulteriori elementi.*

240MANTOVANI, *Concorso, cit.*, p. 581 s.s.

non può fare di più; anzi essa reca con se un inconveniente non trascurabile: se si assume come punto di riferimento l'idea di un fatto capace di effetti giuridici ad opera di entrambe le norme, risulta evidente la difficoltà di spiegare la sussistenza di un rapporto di specialità così inteso nei casi di specialità unilaterale per aggiunta²⁴¹. Senza contare il fatto che essa non risulta in grado di ricomprendere al suo interno le ipotesi che abbiamo denominato di specialità bilaterale per aggiunta, dove manca ugualmente un fatto capace di effetti giuridici ad opera di più norme.²⁴²

Incassato questo primo risultato, sembrerebbe di non poter andare oltre lungo questa direttrice. Le cose in realtà non stanno così: è infatti possibile offrire una ricostruzione diversa del fenomeno che, attraverso il riferimento obbligato ad un approccio strutturalista, riesca a ricomprendere le ipotesi di specialità bilaterale per aggiunta nell'alveo del concorso apparente.

Per capire, dobbiamo muoverci dalla constatazione che una diversità di fatti non è ostativa alla configurazione del fenomeno dell'apparenza del concorso apparente di norme²⁴³: a rigore, infatti, un'identità del fatto sussiste solo tra norme in rapporto di identità. Ora, nemmeno tra le norme in rapporto di specialità unilaterale tale identità del fatto può dirsi sussistente, specie nell'ipotesi di specialità unilaterale per aggiunta, dove, a rigore, manca un fatto capace di effetti giuridici ad opera di entrambe le norme, poiché, in tale ipotesi, la norma presenta *un elemento in più*.

Possiamo quindi arguire che il requisito della “stessa materia”, richiesto ai fini della configurazione del fenomeno del concorso apparente, non richiede l'identità del fatto. L'indagine allora si sposta sulla “misura in cui la diversità tra fattispecie sia espressione di una convergenza apparente ovvero reale”²⁴⁴. Spostando il fuoco dal raffronto delle fattispecie nel loro complesso, al

241La critica, pur se non esplicitata, sembra arguibile dai rilievi mossi da DE FRANCESCO, *Lex specialis, cit.*, p.31 s.s., 38-39 e 45-46.

242Idem. Ritiene invece di poter ricondurre entro lo schema del fatto capace di effetti giuridici ad opera di più norme anche quest'ultima ipotesi MANTOVANI, *Concorso cit.*, p. 510 s.s. Tale impostazione, che fa leva su una particolare ricostruzione che prende le mosse dall'art. 84 c.p., pur se suggestiva e riccamente argomentata, non sembra tuttavia accoglibile.

243DE FRANCESCO, *lex specialis, cit.*, p. 50 e 59.

244DE FRANCESCO, *op. e loc. ult. cit.*

*raffronto tra singoli elementi costitutivi*²⁴⁵, possiamo “cogliere il limite giuridico entro il quale la diversità di elementi - riscontrabile in tutte le norme che non si trovino in rapporto di assoluta identità – non è tale, tuttavia, da escludere il concorso apparente di norme e, correlativamente, individuare i casi in cui, superando tale limite, si entra nel ben diverso fenomeno, del concorso di reati.”²⁴⁶ Il requisito della stessa materia, diventa quindi il presupposto indefettibile perché possa aversi un concorso apparente di norme.

Facendo puntuale applicazione di tali principi, notiamo che l'identità di materia sussiste sicuramente quando gli elementi costitutivi di una norma e gli elementi costitutivi di un'altra norma siano in rapporto di genere a specie²⁴⁷, *indipendentemente dal fatto che gli elementi specifici siano distribuiti in una soltanto o in entrambe le norme*; rientrano in questa categoria le ipotesi di specialità unilaterale per specificazione e di specialità bilaterale per specificazione: in tali ipotesi bisogna giocoforza optare per il concorso apparente di norme.²⁴⁸

Ma è possibile spingersi ancora oltre: notiamo infatti che l'identità di materia – e correlativamente il concorso apparente di norme - sussiste anche nelle ipotesi di specialità unilaterale per aggiunta; ipotesi questa che, come sappiamo, risulta caratterizzata dalla presenza di un ulteriore elemento in più non raffrontabile. Se così è, risulta allora possibile affermare che non è ostativo al configurarsi del requisito della “stessa materia” la presenza, *in una sola della due norme*, di un elemento in più non raffrontabile. Le implicazioni di tale assunto dovrebbero essere chiare: se in presenza di un elemento diverso, ulteriore e non raffrontabile, sussiste comunque l'identità di

245 È ovvia la considerazione che il raffronto tra singoli elementi non può essere arbitrario, ma deve essere svolto tra elementi tra loro omogenei (p.es. Soggetto attivo di un reato e soggetto attivo dell'altro). Altrimenti qualsiasi norma potrebbe essere arbitrariamente resa “diversa” mediante il raffronto di elementi tra loro non comparabili perché eterogenei. Cfr. CAMAIONI, *Specialità e interferenza*, cit. p. 232 s.s.

246 DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., p. 50.

247 Per esempio la norma che specifichi i soggetti attivi, dando luogo ad un reato proprio, rispetto ad una norma che contenga un reato comune.

248 DE FRANCESCO, *lex specialis*, cit., p. 56. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit. p. 380 – 381.

materia, è possibile allora affermare l'apparenza del concorso, oltre che nell'ipotesi di specialità unilaterale per aggiunta, anche in quella ben più problematica della specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta.²⁴⁹

Svolgendo tali premesse, il sillogismo porta ad affermare che l'identità di materia è compatibile anche l'ipotesi di specialità reciproca parte per specificazione e parte per aggiunta.²⁵⁰

Tiriamo le fila della discussione: l'anatomia delle relazioni strutturali tra fattispecie (rectius: di rapporti intercorrenti tra i singoli elementi costitutivi) ci ha portato a ricondurre al fenomeno del concorso apparente di norme, facendo leva esclusivamente sul criterio di specialità ancorché in un'accezione lata, la maggior parte delle relazioni di interferenza tra fattispecie incriminatrici; delle ipotesi considerate,²⁵¹ solamente una non è stata presa in considerazione: quella che abbiamo denominato specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta²⁵². Non si tratta di omissione colposa: in questa ipotesi, caratterizzata da un'interferenza per un nucleo di elementi costitutivi, versiamo già oltre la frontiera del concorso apparente di norme, e, precisamente, nel ben diverso fenomeno del concorso di reati; in particolare, qualora il nucleo di elementi comuni sia rappresentato dalla condotta, ci

249DE FRANCESCO, *lex specialis, cit.*, p. 59. Si vedano anche le limpide pagine di PADOVANI, *op. e loc. ult. cit.* “La valutazione di identità di materia implica in realtà un raffronto logico strutturale. Quando esse presentano elementi in parte identici e in parte specifici per specificazione, non si può affermare che la materia sia diversa, dal momento che l'elemento specifico è, per definizione, ricompreso nell'elemento generico, di cui rappresenta uno dei possibili contenuti. Ciò appare evidente nel caso di specialità per specificazione, ma emerge altresì nell'ipotesi di specialità reciproca pure per specificazione [...] *la circostanza che gli elementi generali e speciali siano distribuiti alternativamente non esclude che le due fattispecie regolino la stessa materia, proprio perché esse risultano costituite da elementi che di per sé risultano compatibili con tale identità.*

“*anche la specialità unilaterale per aggiunta [...] è compatibile con l'identità della materia regolata, perché, essendo l'elemento aggiuntivo estraneo alla fattispecie generale, non è possibile stabilire alcuna relazione di diversità tra elementi costitutivi: nella fattispecie generale manca per l'appunto un termine correlativo che possa essere qualificato come diverso.*” (corsivi nostri).

250PADOVANI, *op. ult e loc. cit.*

251V. *supra* par. 2 e 3.

252Il fenomeno si manifesta nei casi in cui *entrambe le norme*, accanto ad un nucleo comune di elementi (anche in rapporto di genere a specie tra di loro), presentano *ulteriori elementi estranei*. V. *supra* par. 3. In tale ipotesi mancherebbe il requisito della “stessa materia”, presupposto indefettibile perché possa aversi un concorso apparente di norme. (Contra CAMAIONI S. *Specialità ed interferenza, cit.*, p. 233)

troveremo di fronte al peculiare fenomeno del concorso formale eterogeneo, unanimemente riconosciuto come il vero punto di frizione tra il fenomeno del concorso apparente di norme e il concorso reale (di norme e quindi) di reati.²⁵³

7 *Il ne bis in idem sostanziale. Un'ipotesi da dimostrare.*

Possiamo tentare una prima sintesi. Abbiamo visto come, nel campo del concorso apparente di norme, le teorie moniste aspirino a risolvere l'intera tematica attraverso lo studio delle relazioni strutturali tra fattispecie (o tra elementi costitutivi della fattispecie). Per converso, le teorie pluraliste, dichiarando l'inadeguatezza di tali criteri a risolvere la totalità di casi di concorso apparente, fanno perno su una logica dei valori. Ora, la contrapposizione, così come è stata proposta, può apparire artificiosa e manichea: le teorie moniste, infatti, non hanno mai disconosciuto, nello studio delle relazioni strutturali, la possibilità di avvalersi di considerazioni riguardanti l'oggettività giuridica²⁵⁴; dal canto loro, le teorie pluraliste, almeno nelle loro formulazioni più compiute, muovono dalla premessa della sussistenza di determinati rapporti strutturali tra fattispecie per avviare l'indagine intorno all'apparenza o alla realtà del concorso²⁵⁵, anche se poi la soluzione viene ricavata in base a considerazioni assiologiche.

Inoltre, entrambi gli approcci, monista e pluralista, muovono dalla comune esigenza di allargare la sfera di operatività del concorso apparente di norme²⁵⁶, pur se gli itinerari seguiti per raggiungere il comune punto di arrivo

253Per quadro complessivo dell'istituto del concorso formale di reati, evidentemente esorbitante dalla nostra trattazione, si rinvia a PROSDOSIMI, *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova, 1984.

254Si veda in proposito MANTOVANI, *Concorso, cit.*, p.542 s.s. che parla di unità della lesione legislativamente presunta di fronte al verificarsi di dati rapporti strutturali.

255Per quanto riguarda il principio di sussidiarietà, come già ricordato, già Frosali (*Concorso, cit.*, p.464 s.s.) richiedeva la presenza almeno di un rapporto di specialità bilaterale. affinché potesse aversi un assorbimento in base al principio di sussidiarietà, Nel campo della consunzione, e sempre nell'ottica di considerazioni strutturali, è stato sostenuto che il contemporaneo venire in considerazione di fattispecie a forma libera darebbe luogo, nella maggior parte dei casi, a un concorso effettivo di reati, mentre quelli a forma vincolata ad un concorso apparente. Cfr. ROMANO B., *Il rapporto tra norme penali, cit.* p. 267.

256Cfr. *ex multis* MUSCATIELLO V.B., *Pluralità e unità di reati : per una microfisica del*

appaiono assai diversificati.

Ora, posto di fronte al bivio, l'interprete è costretto ad operare una scelta tra i due diversi orientamenti. Per le ragioni esposte nei precedenti paragrafi, riteniamo di aderire ad un'impostazione del problema in chiave monista: se, infatti, per quanto riguarda il rapporto di specialità, ancorché ampliato ai casi di specialità reciproca, l'interprete dispone, per risolvere i casi di concorso, dei chirurgici strumenti della logica formale, al contrario le teorie che invocano assorbimenti di valore, esibiscono arnesi da maniscalco; e in casi in cui viene in gioco o meno l'applicazione della norma penale, non ci si può accontentare di soluzioni che abbiano il sapore di un onesto lavoro artigianale.²⁵⁷

La costruzione proposta, fondata sul concetto di stessa materia, orientata intorno al raffronto dei singoli elementi costitutivi, permette anche di superare quella critica che ha da sempre costituito il *vulnus* della teoria strutturalista fondata sul fatto capace di effetti giuridici²⁵⁸: l'esistenza – o meglio, l'inesistenza - di un principio capace di vietare la qualificazione multipla di uno stesso fatto ad opera di più norme penali.

Riper corriamo la questione nei suoi termini fondamentali: per poter affermare che nei casi di specialità reciproca su cui ci siamo soffermati debba trovare applicazione una sola norma – non importa, per ora, quale – si era soliti preliminarmente affermare l'esistenza di un principio in forza del quale uno stesso fatto non può essere addossato più volte al medesimo soggetto anche se riconducibile a più norme penali. Tale principio può essere denominato, in ossequio ad una consolidata tradizione nomenclatoria, *ne bis in idem sostanziale*.²⁵⁹

molteplice, Padova, 2002, p. 429: “non è del resto casuale che, al di là delle premesse dogmatiche, spesso assai differenti, si raggiunga un medesimo risultato interpretativo, ispirato all'esigenza di individuare una sola tra le norme applicabili.”

²⁵⁷Per rilievi analoghi cfr. MANTOVANI, *Diritto Penale pt. g., cit.*, p. 460,

²⁵⁸V. *supra par.* 6.

²⁵⁹MANTOVANI, *Concorso, cit.*, p. 71 s.s. Per ulteriori rimandi bibliografici. Cfr. pure in argomento: LOZZI, *Profili di un'indagine, cit.*, p. 82 s.s.; Id., *Fatto antecedente e successivo nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1959, p. 940; SINISCALCO, *Il concorso, cit.*, p. 61 s.s.; FROSALI R., *Concorso, cit.*, p. 221, 561 e 610; Per un'approfondita disamina, in una prospettiva congiunta *de iure conditio*

L'indagine su tale principio implica la soluzione di due distinti problemi, l'uno pregiudiziale rispetto all'altro: il primo problema che si pone è, come detto sopra, stabilire se tale principio possa considerarsi vigente, o se, piuttosto, costituisca una semplice aspirazione *de iure condendo*; solo una volta data risposta affermativa a questo quesito, è possibile affrontare l'ulteriore nodo costituito dal problema se tale principio, oltre che vigente, sia anche cogente. Quest'ultima caratteristica, propria solo dei principi che hanno raggiunto uno sviluppo compiuto, si verifica quando un principio risulta dotato di una sufficiente determinatezza, in modo che da esso siano ricavabili dei paradigmi che svolgano una duplice funzione: da un lato essi dovrebbero essere parametro per un giudizio di conformità rispetto alla legislazione vigente; dall'altro, dovrebbero assumere, per così dire, una funzione paradigmatica, nel senso di costituire unità di misura della loro attuazione rispetto alle norme da adottare, e porsi, pertanto, in funzione direttiva-programmatica rispetto alla produzione legislativa²⁶⁰. Esaminiamo le due questioni separatamente.

Cominciando dalla questione fondante, riguardante la plausibile esistenza di tale principio nel nostro ordinamento, il primo tentativo che si è svolto è stato quello di far discendere *il ne bis in idem* sostanziale dall'omonimo e codificato principio del *ne bis in idem* processuale²⁶¹. La tesi, tuttavia, non resiste ad un serio vaglio critico: i due principi, pur essendo tra loro

e *de iure condendo*, cfr. PAPA, *Le qualificazioni*, cit., p. 19 s.s..

²⁶⁰PAPA, *Op. ult. Cit.*, p. 25: “Rispetto ai principi, non si può dunque porre una vera e propria questione di determinatezza; il problema è semmai quello di verificare se la loro naturale indeterminatezza/elasticità non nasconda, talora, sia l'assenza di un afferrabile e pregnante contenuto di valore, sia l'incapacità di assolvere anche solo le più tradizionali tra le sue funzioni tipiche.”. La distinzione tra principi “argomentativi” (di indirizzo) e “dimostrativi” (e quindi cogenti), risale a MENGONI (*I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *A.a.Vv.*, *i principi generali del diritto*, (atti del convegno dei lincei), Roma, 1992. L'importazione di tale distinzione dogmatica in campo penalistico si deve a DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, pp. 25-47, e per una applicazione particolare al principio di offensività p. 137-158; Id., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 88 s.s.; Id., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2, p. 338 soprattutto nota 14 a p. ; Id., (voce) *Teoria del reato*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. XIV, Torino, 1999,, passim

²⁶¹Tale itinerario è stato seguito dall'ordinamento giuridico statunitense. Sul punto cfr. PAPA, *Definizioni legislative e concorso apparente di norme*, cit., p. 439.

interferenti²⁶², hanno radici storiche, funzioni teleologiche e presupposti applicativi divergenti²⁶³; mentre, infatti, il *ne bis in idem* sostanziale mira a ragioni che potremmo definire di giustizia del trattamento sanzionatorio, il suo omologo processuale ha come *ratio* ispiratrice delle ragioni di certezza²⁶⁴ e di economia processuale²⁶⁵, e mira ad evitare la reiterazione di plurimi giudizi (e non necessariamente di sanzioni) sullo stesso fatto. In questa prospettiva, esso non opera solo rispetto a sentenze irrevocabili di condanna, ma altresì nei confronti delle sentenze irrevocabili di proscioglimento,²⁶⁶ rispetto a cui, non sussiste nessun rischio di doppia punizione. Ed è proprio questa eterogeneità teleologica a spiegare come mai i due principi adottino una nozione di “medesimo fatto” tra loro differente.

In forza di queste ragioni, appare chiaro come non sia possibile far discendere l'effettività del principio del *ne bis in idem* sostanziale dall'esistenza dell'omonimo principio in sede processuale.²⁶⁷

La seconda via, battuta sicuramente con più successo, nel tentativo di trovare un fondamento positivo al *ne bis in idem* sostanziale, prende le mosse da un articolata interpretazione sistematica di alcune norme di diritto penale sostanziale.²⁶⁸ In estrema sintesi, l'apparenza del concorso non sarebbe limitata ai soli casi disciplinati dall'art. 15 c.p., ma si verificherebbe anche in ipotesi ulteriori, caratterizzate da espressa previsione normativa. Particolare

262MANTOVANI, *Concorso*, cit., p. 421; il rapporto di interferenza tra i due principi del *ne bis in idem*, sostanziale e processuale, è stato particolarmente indagato dalla letteratura processual-penalistica. Si veda, a titolo di esempio, CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009, p. 82 s.s.

263CORDERO, *Procedura Penale*, cit., p. 1223: “la cosa giudicata penale è simmetrica alla civile e nessuna delle due costituisce l'epifenomeno del diritto ivi applicato”. Cfr. pure ID, *Procedura Penale*, Milano 1983, p. 1046 e 1058; CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 82.

264Cfr. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, p. 90 nota 34: “[il *ne bis in idem* processuale], costituisce un espediente pratico volto a sottrarre il singolo da una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale e, quindi, dall'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo”. V. pure, tra i tanti, CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 89; CORDERO, *op. ult. Cit.*, p. 1038; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p.19 s.s..

265CORDERO, *Procedura Penale*, cit., p. 1223; CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 82 s.s.; SCAPARONE, *Procedura Penale*, vol II, Torino, 2008, p. 300.

266Idem, p. 423 ; per rilievi analoghi v. pure PAPA, *Le qualificazioni*, cit., p. 31 s.s.

267Cfr. gli autori citati alle note 98 e 95.

268 MANTOVANI, *Concorso*, cit., p. 435 s.s.

rilevanza assumono, in questa prospettiva, gli art. 84 c.p.; le numerose clausole di riserva disseminate nella parte speciale e l'art. 68 c.p.²⁶⁹. in materia di concorso di circostanze. Da queste disposizioni sarebbe ricavabile l'esistenza di un principio generale sovraordinato, regolatore dell'intera materia, il quale imporrebbe la qualificazione unitaria del medesimo fatto, pur se riconducibile a più fattispecie.²⁷⁰

La ricostruzione sopra riportata, pur non andando esente da critiche²⁷¹, sembra, in definitiva accoglibile, almeno per quanto riguarda il profilo della presenza di tale principio nel nostro ordinamento.

Veniamo al secondo problema. Come già detto, vigenza non vuol dire ancora coerenza²⁷²: per poter dire che il principio del *ne bis in idem* sostanziale sia operante, occorre, oltre che rintracciarne fondamenti normativi, anche esaminare se esso sia dotato di un sufficiente grado di determinatezza, tale da consentirgli di incidere sulla legislazione vigente e su quella in via di produzione. Se il principio risulta, all'esito di tale esame, non sufficientemente determinato, la sua presenza nell'attuale contingenza risulterà pressoché inutile, salvo ulteriori concretizzazioni in momenti posteriori.²⁷³ Ora, proprio sotto questo secondo profilo, non sembra potersi pervenire a conclusioni positive: nonostante il grande sforzo di

269 Id., p. 510 s.s. (per il reato complesso), p. 480 s.s. (per le clausole di riserva), 548 s.s. (per il concorso di circostanze).

270 Id., p. 577 s.s. Tale principio, sarebbe contrapposto ad un altro distinto principio denominato "dell'integrale valutazione del fatto", ricavabile dal complesso degli art. 71-81, il quale, al contrario, impone di optare per i casi diversi dalla convergenza, in favore del concorso di reati. I due principi, oltre ad essere distinti, opererebbero in complementarità, ognuno con la rispettiva sfera di applicazione, e la possibilità di estendere il suo ambito di operatività ai casi non espressamente disciplinati ma ispirati dall'identica *ratio*.

Pare superfluo sottolineare il carattere artificioso di tale contrapposizione: i due principi, infatti, lungi dall'essere distinti, si presentano, semmai, due aspetti di un unico fenomeno; tale fenomeno esprimerebbe l'esigenza che il fatto sia integralmente valutato, il che, nei casi di convergenza, imporrebbe l'unità del reato, mentre nei casi diversi dalla convergenza, richiederebbe l'affermazione della realtà del concorso. Per rilievi analoghi cfr. MANTOVANI, *Concorso*, cit., p. 579

271 Su cui cfr. DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., p. 22 s.s.; Id, (voce) *Concorso apparente di norme*, cit., p.; Dubbi e rilievi critici anche in PAPA, *Le qualificazioni*, cit., p. 48 s.s. Il quale pone giustamente in rilievo la presenza, all'interno di tale impostazione, di una ispirazione di fondo, caratterizzata da una cripto ontologismo dell'azione di carattere naturalistico.

272 Cfr. gli autori citati in nota 92.

273 In proposito afferma incisivamente PAPA, *Le qualificazioni*, cit., *passim*

concretizzazione, volto a dare forma e contenuto a tale principio, sembra che le conclusioni siano, allo stato dei fatti, ancora inappaganti. Ma c'è di più: come accennato precedentemente, pur ammettendo l'esistenza e la cogenza di tale principio, rimane il fatto che esso non è idoneo a spiegare quelle numerose ipotesi, caratterizzate dalla mancanza di un fatto capace di effetti giuridici ad opera di più norme²⁷⁴; ipotesi, però, in cui nessuno dubita della necessaria operatività della disciplina del concorso apparente di norme. Ci riferiamo in special modo a quel gruppo di casi che avviamo denominato specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta: in queste ipotesi - invero la maggioranza, se si accoglie una ricostruzione che riporta all'interno di tale categoria la maggiorparte delle ipotesi comunemente come casi di specialità bilaterale per specificazione²⁷⁵ - a rigore manca il fatto capace di effetti giuridici ad opera di entrambe le norme.

Questo lungo *excursus* sull'articolata vicenda relativa al *ne bis in idem* sostanziale, ci permette di ribadire l'affermazione svolta in apertura del paragrafo, e cioè l'utilità di un raffronto che, muovendo esclusivamente dall'interpretazione dell'art. 15 c.p., sia in grado di fornire risposta adeguata alla variegata fenomenologia in cui intuiamo la necessità di operare una qualificazione giuridica unitaria, senza bisogno di invocare la presenza di ectoplasmatici principi e nebulosi assorbimenti di valore.

Il punto capitale delle cose che stiamo dicendo è questo: se assumiamo l'art. 15 c.p. come perno fondamentale intorno a cui ruota tutta la disciplina del concorso apparente, possiamo arguire che l'inciso "stessa materia" disciplini i presupposti dell'apparenza del concorso; il che permette, come ulteriore risvolto, di ritenere sussistente tale requisito in tutte le ipotesi diverse dalla specialità bilaterale bilateralmente per aggiunta.

Poiché, come abbiamo visto, il limite per la sussistenza del requisito della stessa materia è rappresentato dall'esistenza, in una delle due norme convergenti, di un elemento in più, ulteriore, si può spingere la frontiera del

274 V. *supra* par. 6.

275 DE FRANCESCO, *Lex specialis*, *cit.*, p. 22 s.s.

concorso apparente di norme fino a questo limite. Il che, lo ripetiamo per ragioni di chiarezza, si verifica nelle seguenti ipotesi: specialità unilaterale (per specificazione e per aggiunta); specialità bilaterale (unilateralmente per specificazione e per aggiunta).

8 *Il problema della norma applicabile*

L'analisi dei rapporti strutturali che possono instaurarsi tra fattispecie ci ha permesso di isolare i casi in cui si verifica il concorso apparente di norme. Un problema, però, è rimasto inesplorato: quello della norma applicabile. Il nodo della questione è questo: un volta identificato un caso di concorso apparente di norme, sorge l'ovvia necessità di individuare quale tra le due norme convergenti debba trovare applicazione e quale, per converso, debba rimanere inapplicata.

Un primo indizio, utile ai fini della ricostruzione del sistema, è rappresentato dall'inciso finale dell'art. 15 c.p., a tenore del quale “la norma speciale deroga la norma generale”. Facendo leva su tale criterio, l'individuazione della norma applicabile nei casi di specialità *unilaterale* risulta abbastanza intuitiva: essa non potrà essere che la norma speciale. La soluzione, si badi, è imposta, prima ancora che dal disposto dell'art. 15 c.p., da una necessità logica: se infatti si opinasse diversamente, nel senso di attribuire prevalenza alla norma generale, si giungerebbe all'esito paradossale non dover mai fare applicazione della norma speciale; ricadendo, infatti, tutti i casi previsti nella norma speciale, anche sotto la previsione della norma generale, quest'ultima finirebbe per elidere qualsiasi possibilità di applicazione della norma speciale.

Chiarito questo primo punto, praticamente incontroverso, sono finite le certezze e si apre una vasta zona esposta all'opinabile: il problema si pone per tutti i rapporti strutturali diversi dalla specialità unilaterale, e in cui, non di meno, abbiamo riconosciuto la necessità di dover propendere per l'apparenza del concorso; in queste ipotesi, a cui si può applicare la comune etichetta di

specialità bilaterale²⁷⁶, non c'è propriamente una norma che possa qualificarsi come generale e una norma che possa qualificarsi come speciale; la contrapposizione non tiene, in quanto entrambe le norme presentano elementi che le rendono reciprocamente speciali e generali insieme²⁷⁷. Data questa premessa, il disposto finale dell'art. 15 c.p. sembrerebbe inapplicabile; si pone pertanto il problema dell'enucleazione di criteri atti ad individuare la norma prevalente.

Senza bisogno di percorrere complessi itinerari nei più disparati luoghi del diritto penale, processuale e sostanziale, alla ricerca di tali criteri, considerazioni feconde possono svolgersi rimanendo ancorati all'art. 15 c.p. : se infatti isoliamo, come abbiamo fatto, il requisito della “stessa materia” come il presupposto necessario e sufficiente al fine della configurazione del concorso, notiamo che l'articolo in esame presenta una serie ulteriore di referenti normativi che, non risultando necessari ai fini della determinazione dell'apparenza o della realtà del concorso, possono, se fatti oggetto di attenta analisi, risultare preziosi al fine di risolvere il diverso problema della norma prevalente.

In quest'ottica, in punto di riferimento obbligato, è rappresentato dall'inciso “quando più *leggi* penali o più *disposizioni* della medesima *legge* penale”. Ora, la frase si presenta, al vaglio ermeneutico, suscettibile di una pluralità di interpretazioni. La più ovvia è quella di ritenere che questo inciso permetta di configurare il rapporto di specialità, oltre che tra norme presenti in un medesimo testo legislativo, anche tra norme tra dislocate in testi legislativi diversi, dovendosi ritenere pertanto l'impiego differenziato del binomio disposizione/legge, sia legato semplicemente a ragioni stilistiche, senza ulteriori significati giuridici. Tale interpretazione presta intuitivamente il fianco alla critica di rendere superfluo l'inciso in esame, essendo assolutamente incontrovertibile l'estensione del rapporto di specialità anche a norme collocate in leggi penali diverse. Scartato questo approccio

²⁷⁶Per tutte le specificazioni in ordine all'articolata fenomenologia sottesa a questa comune denominazione V. *supra par. 2 e 3*.

²⁷⁷Cfr. DE FRANCESCO, (voce) *Concorso, cit.*, p. 424 s.s.; id., *Lex Specialis, cit.*, p. 123 s.s.

riduzionista, è ipotizzabile anche una soluzione diversa, quella cioè di ritenere che la frase sia la traduzione in chiave normativa di un *diverso indice di specialità* che ha la precipua funzione di indicare la norma prevalente nei casi di specialità reciproca. Tale indice sarebbe la c.d. *Specialità tra leggi* o tra corpi legislativi, di tal che, tra due norme in rapporti di specialità bilaterale, prevarrebbe la norma contenuta nel corpo legislativo ritenuto speciale, in quanto destinato a regolare rapporti più peculiari²⁷⁸. Tale criterio opererebbe solo nelle ipotesi di norme in rapporto diverso dalla specialità unilaterale: in quest'ultimo caso è ovvio che a prevalere sia sempre la norma speciale, indipendentemente dal fatto che essa si trovi in un testo legislativo speciale o generale; opinando diversamente, infatti, la norma speciale non troverebbe mai applicazione²⁷⁹.

L'enunciazione del criterio in esame, vale a risolvere una congerie di casi di specialità reciproca, ma non è da solo sufficiente a rintracciare la norma applicabile nella totalità di casi. In particolare, esso risulta inadeguato in tutte le ipotesi in cui le norme reciprocamente speciali si trovino presenti nello stesso testo legislativo, oppure anche in testi legislativi diversi ma entrambi speciali oppure generali. In tutti questi casi il criterio in esame risulta inservibile e non sembra possibile ricavare ulteriori criteri dall'interpretazione dell'art. 15 c.p.

In verità, un più attento esame, ci rivela che dal criterio della specialità tra leggi è possibile ricavare ulteriori criteri idonei a identificare la norma prevalente in tutte le ipotesi controverse. In particolare, tale criterio fungerebbe, per così dire, da matrice: dal suo modo di regolare l'individuazione della norma prevalente è possibile estrarre delle indicazioni

278Cfr. MANTOVANI, *Concorso*, cit., p. 441 s.s. “nei casi di leggi distinte il rapporto di specialità va stabilito attraverso il raffronto dei distinti corpi legislativi presi ciascuno nel suo complesso”. Cfr. pure DE FRANCESCO, (voce) *Concorso*, cit., p. 424 s.s.; id., *Lex Specialis*, cit., p. 123 s.s.; In senso adesivo PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 381 s.s.

279Facendo applicazione del principio sopra enunciato, possiamo risolvere lo spinoso problema dell'individuazione della norma prevalente nell'ipotesi in cui la norma generale sia posta in una legge speciale, e la norma speciale (unilateralmente) sia sita in una legge generale. In tale ipotesi non può che trovare applicazione la norma speciale. Cfr. DE FRANCESCO, *Lex Specialis*, cit., p. 125 s.s.

esaustive per risolvere i casi residuali²⁸⁰. Notiamo infatti, che la legge speciale opera innanzitutto su una sfera più ristretta di destinatari rispetto alla legge generale. Quest'ultima indicazione risulta preziosa, in quanto permette di estrapolare un ulteriore criterio, precisamente quello della *specialità dei soggetti attivi*, criterio esportabile in tutte le ipotesi in cui non opera il criterio della specialità fra leggi.

Abbiamo quindi individuato un ulteriore criterio in grado di restringere ulteriormente il campo delle ipotesi problematiche. Residuano tuttavia, ancora ipotesi in cui, in base ai criteri sopra enunciati, non è ancora possibile individuare la norma applicabile: si pensi, a due norme reciprocamente speciali, contenute nello stesso testo legislativo e rivolte entrambe agli stessi destinatari (per ipotesi, due reati propri, contenuti nel codice penale, con identità del soggetto attivo del reato). Anche questo stallo è, tuttavia, superabile, sempre prendendo le mosse dal criterio guida della specialità tra leggi: tale criterio esprime la prevalenza della norma speciale, in quanto contenente un elemento specializzante, il soggetto attivo, *qualitativamente* diverso rispetto agli altri; fuori da questa ipotesi, la differenza tra elementi specializzanti è di ordine meramente *quantitativo*, dovendosi perciò concludere che, se gli altri criteri sopra enunciati non possono trovare applicazione, la norma applicabile andrà identificata con quella che, tra le due, contiene il maggior numero di elementi specializzanti²⁸¹.

Con l'ausilio di tale ulteriore criterio, l'individuazione dell'unica norma applicabile diventa agevole; tuttavia, il campo non è stato ancora sgombrato da tutti i dubbi: restano alcune limitate ipotesi che resistono all'uso di tutti i criteri sopra esposti; si tratta, con tutta evidenza, di ipotesi particolarmente controverse e problematiche; problematicità, questa, che non è sfuggita al legislatore, il quale ha provveduto a risolvere direttamente una cospicua parte di casi incerti attraverso il meccanismo delle clausole di riserva²⁸², molte

280Cfr. DE FRANCESCO, *op. ult. cit.*, p. 135 s.s.

281 DE FRANCESCO, *Lex specialis*, cit., p. 138 s.s.; MANTOVANI, *Concorso*, cit., p. 462.

282Come già detto in precedenza, si allude qui alle sole clausole di riserva dotate di una reale funzione normativa, restando fuori considerazione tutte quelle che si limitano a ribadire, nei casi di specialità unilaterale, l'applicazione della norma speciale: soluzione, questa, già

delle quali, infatti, sono state disseminate nella parte speciale proprio allo scopo di individuare la norma prevalente nei casi più controversi²⁸³.

Rimane da esplorare la soluzione da adottare per le ipotesi controverse non risolte legislativamente mediante l'inserimento della clausola di riserva. In tali ultimi casi, l'unica strada percorribile per sgombrare il campo da ogni incertezza è quella di ritenere applicabile la norma presidiata dalla sanzione più grave.²⁸⁴

Terminata la rassegna dei criteri utilizzabili per procedere all'individuazione della norma applicabile e prima di passare all'esame dei rilievi critici che sono stati mossi a tali criteri, vale la pena mettere in evidenza una caratteristica peculiare di essi: la loro *relatività*. A differenza dei casi di specialità unilaterale, dove la norma applicabile viene individuata in forza di uno stringente rapporto logico e che, pertanto, non può subire deroghe, pena l'esclusione di qualsiasi spazio applicativo per la norma speciale, le soluzioni delle ipotesi di specialità reciproca presentano una maggiore elasticità: poiché, infatti, fuori dalle ipotesi comuni alla norme reciprocamente speciali, residua sempre per entrambe una sfera di applicazione, i criteri sopraesposti vanno considerati *derogabili*. E numerose sono le deroghe legislativamente previste; ad esse, in particolare farebbe

individuabile in base al disposto finale dell'art. 15 c.p., rispetto a cui le clausole si presentano come semplici epigoni, risultando, pertanto, pleonastiche.

283 Molto critico rispetto a questa impostazione ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 254 nota 17. In senso adesivo cfr. pure CONTI, (voce) *Concorso apparente di norme*, *cit.*, p. 1015 s.s. “Ora, salvo che non si voglia dilatare all'infinito la nozione e di concorso apparente di norme, è gioco forza riconoscere che tale nozione va ristretta ai casi in cui più disposizioni di un medesimo ordinamento e contemporaneamente vigenti, si presentano ad un primo esame dell'interprete e cioè prima facie ed apparentemente, entrambe applicabili alla medesima situazione di fatto. Per tanto, salvo i sempre possibili dubbi sull'interpretazione della formula di riserva, di concorso apparente non è lecito parlare quando una espressa disposizione legislativa esclude in nuce qualsiasi possibilità di incertezza sulla norma applicabile.”

Vale la pena di rilevare come l'ottimistica previsione di quest'ultimo autore (cfr. *Id.*, p. 1014), secondo cui l'individuazione della norma applicabile nei casi di specialità reciproca “non presenta di consueto difficoltà per l'interprete”, si è rivelato un idillo vacuo.

284 Se le norme presentano lo stesso trattamento sanzionatorio, pare inevitabile riconoscere l'insolubilità del dilemma in base ai criteri sopra esposti; vero è che, in una simile ipotesi limite, il problema perde gran parte dei suoi riflessi sull'applicazione pratica: essendo infatti le norme ugualmente sanzionate, l'applicazione dell'una invece dell'altra darà lo stesso risultato in termini sanzionatori.

riferimento l'inciso che apre l'art. 15 c.p. “salvo che sia diversamente disposto”; deroghe poi puntualmente indicate dalle varie clausole di riserva che derogano all'applicazione della norma “più speciale”, ricavata in base ai vari criteri, in favore della norma più gravemente sanzionata.

Esaurita la rassegna dei criteri che presidiano l'individuazione della norma applicabile, occorre dire che tali criteri non sono andati esenti da critiche. Riproponiamo qui di seguito le principali obiezioni, cercando di vedere se e in quale misura siano superabili, allo scopo di saggiarne la loro effettiva tenuta.

Per quanto riguarda il criterio della specialità tra leggi, esso è stato severamente criticato da parte di alcuni autori. Le obiezioni principali si articolano principalmente su due fronti: da un lato si denuncia l'inadeguatezza di tale criterio di fronte all'ipotesi due norme poste in corpi legislativi entrambi speciali²⁸⁵; dall'altro, non si è mancato di sottolineare come la collocazione di una norma nella legge speciale piuttosto che quella generale sia spesso, più che il riflesso di una scelta sistematica, il frutto del puro caso. In questa prospettiva l'indice topografico non avrebbe nessuna valenza discretiva in ordine alla norma da applicare²⁸⁶. Nonostante tali rilievi, le critiche sembrano superabili. In ordine alla prima, basta ribadire che il criterio della specialità fra leggi non ha una portata generale e indiscriminata, ma esso si limita a risolvere l'ipotesi di norme reciprocamente speciali che si trovino rispettivamente in testi legislativi qualificabili come speciali e generali, soccorrendo nelle ipotesi diverse altri criteri. Venendo al secondo e ben più pervasivo rilievo, sembra che la tendenza della legislazione speciale, pur nella degenerazione che questo filone legislativo ha subito, continui ad esprimere, almeno tendenzialmente, esigenze sistematiche, legate alla disciplina di casi peculiari. Non sembra, quindi, cogliere nel vero la tesi che fa leva sull'assoluta aleatorietà da cui dipende la collocazione topografica di una norma in un testo legislativo piuttosto che in un altro.

285 CAMAIONI S. *Specialità ed interferenza*, cit., p. 237 s.s.

286 PAPA, *Le qualificazioni*, cit., p. 150

Passando poi ai rilievi mossi al secondo indice di prevalenza, quello dei soggetti attivi, la critica principale è rappresentata dal dubbio fondamento di tale indice, basato su un richiamo analogico a quanto avviene nella specialità fra leggi; in particolare, si obietta che la legge speciale, spesso si caratterizza per la specificazione di altri elementi costitutivi, diversi dal soggetto attivo del reato, e che proprio in tale specificazione sta il senso e la prevalenza della norma speciale²⁸⁷. Tuttavia, la critica non sembra idonea a pregiudicare il criterio in esame: in particolare essa si fonda sull'assunto di una uguale capacità specializzante ad opera di qualsiasi elemento della fattispecie; il che appare quantomeno dubbio, poiché, se è vero che la legge speciale può anche specificare elementi diversi dal soggetto attivo, ciò non toglie che, quando tale specificazione avviene, essa è in grado di caratterizzare anche la specificazione di ulteriori elementi. In altre parole, se risulta specificato il soggetto passivo, non possiamo non notare come esso influenzi in modo indefettibile la specificazione di altri elementi²⁸⁸; non sembra quindi potersi mettere in discussione una diversità *ontologica* tra l'elemento costitutivo rappresentato dai soggetti attivi e gli altri elementi costitutivi che pure possono essere soggetti ad una specificazione ulteriore.²⁸⁹

La critica passa poi al criterio fondato sul diverso numero di elementi costitutivi presente in ciascuna norma. Le censure vertono sul fatto che si farebbe dipendere l'applicazione di una norma rispetto all'altra solo in ragione di un mero dato quantitativo.²⁹⁰ Anche qui, tuttavia, l'obiezione non sembra cogliere nel segno: se è vero infatti che, fuori dall'elemento costitutivo del soggetto attivo, non è possibile tracciare una gerarchia tra gli altri elementi su

287 CAMAIONI S. *Specialità ed interferenza*, cit., p. 238 s.s. Per rilievi coincidenti (in quanto alle premesse, ma non alle conclusioni) cfr. MANTOVANI, *Concorso*, cit., p. 474

288 Si pensi all'esempio classico dell'aggiotaggio ad opera degli amministratori: è evidente che il dolo specifico, "il fine di turbare il mercato", si presenta come una peculiarità su cui la norma si sofferma proprio in ragione del particolare novero di soggetti a cui essa si rivolge.

289 Può ben darsi che il procedimento per specificazione cada su elementi diversi dal soggetto attivo, il quale non venga specificato, ma, in tale ipotesi, siamo fuori dall'ambito di operatività del criterio in esame, e la critica pertanto non è pertinente. Ciò che rileva, è che, quanto tale specificazione avviene, essa è dotata di una capacità denotativa particolare, di cui gli altri elementi sono privi.

290 CAMAIONI S., *op e loc ult cit.*

cui si può esercitare la specificazione, ciò non di meno va detto che la specificazione non è mai fine a se stessa, ma riflette una maggiore vicinanza della norma al fatto concreto, di tal guisa che sembra più che pertinente affermare che a prevalere sia la norma dotata del maggior numero di elementi specializzanti, in quanto più aderente al fatto comune ad entrambe le norme.

Venendo all'ultimo dei criteri di selezione della norma prevalente, quello della sanzione più grave, si dice che accogliendolo si darebbe ingresso ad una soluzione che non sarebbe in sintonia con la disciplina codicistica: se, infatti, nelle ipotesi di specialità unilaterale, la norma speciale non è necessariamente presidiata da una sanzione più severa ma anzi più mite, e ciò non di meno nessuno dubita che sia proprio quest'ultima e non la norma generale a dover trovare applicazione, non si vede la ragione per cui nei casi diversi dalla specialità unilaterale si dovrebbe ragionare diversamente, propendendo incondizionatamente per l'applicazione della norma più severa. Il rilievo, pur esatto nelle premesse, non sembra accoglibile quanto alle conclusioni. Innanzitutto, se è vero che la norma speciale può anche essere più mite rispetto a quella generale, resta comunque da vedere se si tratti di un fenomeno regolare, ovvero di un'eccezione alla regola del generale trattamento sanzionatorio più severo della norma speciale; superfluo aggiungere che, qualora il rilievo risultasse fondato, la critica mossa al criterio perderebbe ogni consistenza.²⁹¹ Prescindendo da questo rilievo, resta comunque il fatto che la possibilità di scegliere, tra le varie norme convergenti, una norma diversa da quella con sanzione più grave, è affidato agli altri indici di prevalenza sopraesposti, rispetto ai quali il criterio della sanzione più grave risulta sussidiario. In mancanza di tali indici, non sembra arbitrario ritenere che la norma assistita dalla sanzione più grave abbia una maggiore capacità di esprimere più compiutamente il significato illecito del

²⁹¹Esponiamo l'argomento per coerenza metodologica: esso infatti non è mai stato preso in considerazione dalle teorie che hanno criticato il criterio della sanzione più grave. Passando dal metodo al merito, non riteniamo possa rinvenirsi un principio regolatore che imponga un trattamento sanzionatorio più severo per la norma speciale. La questione della validità o meno del criterio della sanzione più grave resta, quindi, impregiudicata, essendo inaccoglibile questa obiezione preliminare.

fatto.²⁹²

Tiriamo le fila di quanto esposto nel paragrafo: nelle ipotesi di specialità unilaterale non può porsi un problema in ordine alla norma prevalente, in quanto tale profilo è espressamente risolto dall'art. 15 c.p. che impone univocamente e inderogabilmente l'applicazione della norma speciale; nelle ipotesi di specialità bilaterale, invece, la ricerca della norma prevalente risulta essere più problematica; essa può essere risolto facendo ricorso ad una serie di indici di prevalenza gerarchicamente ordinati (specialità tra leggi, specialità dei soggetti attivi, maggior numero di elementi specializzanti, norma che prevede la sanzione più grave); tali indici, a differenza di quanto accade nelle ipotesi di specialità unilaterale, hanno un carattere relativo, potendo essere sempre smentiti attraverso un'apposita previsione normativa; il fenomeno, oltre che teoricamente possibile, risulta essere anche normativamente realizzato da un cospicuo numero di clausole di riserva che derogano all'applicazione della norma più specifica in favore della norma meno specifica ma sanzionata più gravemente.

9 Il rapporto tra norme penali e norme sanzionatorie amministrative. L'art. 9 l. 689/1981

Finora il fenomeno della concorso apparente è stato focalizzato unicamente sulla convergenza tra norme penali. Tale impostazione non può essere esaustiva, e peccherebbe di miopia se non si allargasse il raggio anche alle ipotesi di convergenza che possono instaurarsi tra illecito penale e illecito amministrativo.

Il fenomeno, come si sa, è stato disciplinato dalla l. 689/1981 recante “Modifiche al sistema penale”.²⁹³ Di particolare interesse, ai fini dello studio

²⁹²Non è certo un caso che il criterio della sanzione più grave è l'unico criterio ammesso dalle teorie pluraliste per risolvere il problema della norma prevalente. A differenza di tale approccio, riteniamo, invece, che un simile criterio non sia generalizzabile in maniera indiscriminata, ma vada circoscritto come ipotesi – limite. La presenza di un indice di prevalenza sovraordinato, infatti, induce a ritenere la prevalenza della norma indicata dall'indice stesso anche se sottoposta ad un regime sanzionatorio più benevolo.

²⁹³L'economia della trattazione non consente di spingersi oltre una trattazione puramente incidentale di tale complesso fenomeno. Per maggiori approfondimenti rimandiamo a

del fenomeno del concorso apparente, sono gli art. 8 e 9 della legge citata che disciplinano rispettivamente le ipotesi di concorso effettivo e di concorso apparente tra illeciti. L'art. 9, in particolare, traccia le basi della disciplina del concorso apparente, sia tra fattispecie di illecito amministrativo, sia tra fattispecie costituenti rispettivamente illecito penale e illecito amministrativo: in forza di tale disciplina “Quando uno *stesso fatto* è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la *disposizione speciale*. Tuttavia quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione regionale o delle province autonome di Trento e di Bolzano che preveda una sanzione amministrativa, si applica in ogni caso la disposizione penale, salvo

DOLCINI - PALIERO, *I «principi generali» dell'illecito amministrativo nel disegno di legge «Modifiche al sistema penale»*, RIDPP, 1980, 1154 ss.; Id., *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa*, ivi, 1980, 1134 ss.; Larizza, *Profili critici della politica di depenalizzazione*, RIDPP, 1981, 61 ss.; AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del Convegno di Varenna, Milano, 1982; Amatucci, in *Modifiche al sistema penale*, I, Milano, 1982, 181 ss.; Di Nanni, Vacca, Fusco, *Depenalizzazione e sanzioni amministrative*, Napoli, 1982; Dolcini, in *Commentario delle «Modifiche al sistema penale»*, Milano, 1982, 55 ss.; Grosso, *Principi ispiratori e linee di tendenza della legge*, in *Modifiche al sistema penale*, Milano, 1982, 11 ss.; Patanè, *Concorso apparente di norme, criteri selettivi. La legge 24 novembre 1981, n. 689, e il suo art. 9 per le sanzioni amministrative ed i reati*, GP, 1982, I, 206 ss.; Vigneri, *Profili generali della sanzione amministrativa*, NLCC, 1982, 1110 ss.; De Roberto, *Principio di specialità e rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella legge 24 novembre 1981, n. 689*, RIDPP, 1983, 1583 ss.; PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima «codificazione» del diritto penale amministrativo in Italia*, PD, 1983, 117 ss.; Sgubbi, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, IP, 1983, 253 ss.; Vinciguerra, *La riforma del sistema punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, 1983; Dallacasa, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, IP, 1984, 29 ss.; Nuvolone, *La legge di depenalizzazione*, Appendice al terzo vol., di Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1984; Pica, *I rapporti tra illecito penale ed amministrativo alla luce dell'art. 9 L. 24 novembre 1981, n. 689: spunti critici e profili di costituzionalità*, GP, 1985, II, 367 ss.; Ambrosi Andrea, *Sanzioni amministrative e principio di specialità nei rapporti tra norme statali e norme regionali*, in *Diritto e società*, 1987 fasc. 1, pp. 81 – 111; Travi Aldo, *Concorso di sanzioni penali ed amministrative e nuovi limiti alla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 1987 fasc. 5, pp. 1089 – 1115; Minerva Clara, *Interpretazione di disposizioni tra loro concorrenti*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1988 fasc. 11, pp. 1309 – 1310; Ambrosi, *Ancora dubbi sui rapporti tra sanzioni penali e sanzioni amministrative regionali*, in *Le Regioni*, 1991 fasc. 4, pp. 1121 – 1138; Di Martino, *Dalla "campana senza battaglia" al concorso di norme*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992 fasc. 3, pp. 995 – 1028; Piegallini, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del "tipo"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994 fasc. 2, pp. 457 – 537; Giannelli -Maglio, *Limiti di portata delle disposizioni penali: il concorso apparente di disposizioni coesistenti*, in *Rivista penale*, 1999 fasc. 11, pp. 929 – 948.

che quest'ultima sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali.” [corsivi nostri].

Presupposto dell'apparenza del concorso è quindi l'identità del fatto²⁹⁴, mentre la prevalenza è assicurata alla norma speciale, sia essa di natura penale o amministrativa, a meno che la norma contenente l'illecito amministrativo non sia di fonte regionale; quest'ultima ipotesi, tuttavia, non è integrata se la norma penale risulti applicabile solo in mancanza di altre norme penali²⁹⁵, il che significa – trattandosi di eccezione all'eccezione, avente cioè funzione di ripristinare la regola – che in tale ipotesi troverà applicazione la norma speciale amministrativa pure se di fonte regionale²⁹⁶.

Questa, per sommi capi, la ricostruzione più attendibile della disciplina, anche se tutt'altro che incontrovertibile, a causa dell'oscura formulazione della norma. Vanno ora esaminati, similmente a quanto fatto precedentemente per il concorso apparente di norme penali, rispettivamente i presupposti dell'apparenza del concorso, e il problema dell'individuazione della norma prevalente. Vediamoli separatamente.

La norma in esame subordina l'apparenza del concorso al presupposto che le due fattispecie, penale e amministrativa, puniscano uno stesso fatto. L'uso

294Se non sussiste identità del fatto, si esula dalla disciplina del concorso apparente e si versa nella ben diversa disciplina del concorso reale, rispettivamente tra illeciti amministrativi e tra illeciti amministrativi e illeciti penali. La disciplina di tali casi è contenuta nell'art. 8 della legge citata, e stabilisce per il caso di concorso tra illeciti amministrativi il cumulo materiale, salve ipotesi di concorso formale e (limitate ipotesi) di continuazione; il cumulo materiale è poi stabilito in caso di concorso tra illecito penale e amministrativo, salvi i casi di concorso apparente di cui all'art. 9.

295La criptica denominazione sembra alludere alle clausole di riserva. Risulta problematico, poi, stabilire se il riferimento valga per tutte le clausole di riserva o solamente per quelle assolutamente indeterminate. Sul punto cfr. DALLACASA, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, cit., p. 62. Secondo un'altra opinione, invece, l'inciso finale non sarebbe ostativo alla configurazione di una sorta di sussidiarietà tacita dell'illecito penale rispetto a quello amministrativo. Il che si verificherebbe ogni volta che la norma penale presenti dei contenuti così generici, tali da poter ricavare la sua disponibilità vicaria rispetto a norme sanzionatorie più specifiche, siano esse anche di natura amministrativa. In tale ipotesi, sarebbe comunque ipotizzabile la sola applicabilità della norma contenente l'illecito amministrativo di fonte regionale, pur difettando la norma penale dell'espressa clausola di riserva richiesta dall'art. 9 ai fini della prevalenza dell'illecito amministrativo di fonte regionale. Cfr. DE FRANCESCO, (voce) *Concorso apparente di norme*, cit., p. 435 s.s.

296Con gli evidenti problemi di costituzionalità in ordine all'incrinatura del monopolio statale in campo penale. Cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale pt. g.*, cit., p. 566; PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 384 s.s.

della differente locuzione “stesso fatto” da parte dell'art. 9, rispetto alla “stessa materia” di cui all'art. 15 c.p., potrebbe far congetturare che alla diversità terminologica corrisponda una diversità di significati. In particolare, il riferimento allo stesso fatto potrebbe far ritenere che il legislatore abbia accolto, come chiave di volta dell'apparenza del concorso tra illecito penale e amministrativo, la concezione del fatto capace di effetti giuridici ad opera di più norme²⁹⁷. Se si accogliesse una tale ipotesi, le conseguenze non sarebbero di poco conto: come detto in precedenza²⁹⁸, resterebbero fuori dalla sfera di operatività del concorso apparente, le ipotesi, invero la maggiorparte, di specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta²⁹⁹. Perciò, prima di giungere a una soluzione così drastica, vale la pena di soffermarsi con attenzione sul disposto in esame: a ben vedere, esso risulta compatibile con la nozione di stessa materia, così come l'abbiamo delineata; anzi, proprio quest'ultima sembra essere l'interpretazione più assennata, per una serie di ragioni. In primo luogo, per fatto ai fini dell'art. 9, non può certo ritenersi un fatto concreto; non resta, quindi, che ammettere che si tratti del fatto così come astrattamente previsto; in una parola: della fattispecie. Ma, una volta riconosciuta la necessità di procedere ad un raffronto astratto tra le fattispecie, rispettivamente penali e amministrative, è giocoforza ammettere che per esso debbano valere gli stessi criteri impiegati per il raffronto tra fattispecie penali; non sussiste nessuna plausibile ragione che giustifichi il diverso trattamento.³⁰⁰

Una volta constatata l'identità di contenuti tra la nozione di “stesso fatto” e quella di “stessa materia”, è agevole rispondere anche ad un ulteriore interrogativo: se possano rientrare nella sfera di operatività dell'art. 9 le ipotesi di specialità reciproca. Ora, proprio la constatazione della sovrapponibilità delle due nozioni, induce a ritenere che esse siano atte a disciplinare le stesse ipotesi: perciò, come abbiamo ritenuto sussistente il

297In questo senso, MANTOVANI F., *Diritto Penale pt. g., cit.*, p. 565 s.s.

298V. *supra par.* 7

299Con conseguente realtà del concorso tra illecito penale amministrativo, e derivante regime del cumulo materiale della sanzione penale e amministrativa.

300Cfr. DE FRANCESCO, (voce) *Concorso apparente di norme, cit.*, p. 431 s.s.

requisito della stessa materia nelle ipotesi di specialità reciproca tra fattispecie penali (con il limite non superabile della specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta), così riteniamo che lo stesso debba valere per le ipotesi di specialità reciproca tra fattispecie penali e amministrative³⁰¹.

Una volta stabiliti i presupposti dell'apparenza del concorso, è possibile passare all'esame del distinto problema della norma prevalente. L'art. 9, in proposito, fa riferimento alla norma speciale con le eccezioni di cui abbiamo già parlato.

Separiamo le varie ipotesi, cominciando dalla specialità unilaterale: in forza del principio logico di specialità, bisogna sempre ammettere la prevalenza della norma speciale, sia essa penale o amministrativa, salvo che la norma unilateralmente speciale sia costituita da un illecito amministrativo di fonte regionale; in tale ultima ipotesi, dobbiamo constatare che non sussiste alcuno spazio di operatività per la norma³⁰², a meno che la norma penale non sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali.

Venendo adesso alle ipotesi di specialità reciproca, il problema è intuitivamente rappresentato dalla trapiantabilità o meno nella convergenza tra illecito penale e amministrativo, degli indici di prevalenza elaborati per stabilire la prevalenza tra norme penali reciprocamente speciali. Al dilemma sembra potersi fornire risposta affermativa: una volta constatata l'identità dei presupposti del verificarsi della convergenza apparente tra fattispecie (tutte) penali, tra fattispecie penali e amministrative, e tra fattispecie (tutte) amministrative, non c'è ragione di discriminare in ordine ai criteri per stabilire quale sia la norma prevalente. Anche in tale ipotesi, si farà ricorso

301Cfr. DE FRANCESCO, *op. ult. cit.*, p. 432; SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, *cit.*, p. 258; DALLACASA, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, *cit.*, p. 43; PADOVANI, *Diritto Penale*, *cit.*, p. 384 s.s.; MANTOVANI F., *Diritto Penale pt. g.*, *cit.*, p. 566 s.s.

302Non convince la ricostruzione di Dallacasa, *op. ult. Cit.*, p. 57 s.s., secondo cui in tale ipotesi, al fine di salvaguardare uno spazio di operatività per l'illecito amministrativo regionale unilateralmente speciale rispetto alla norma penale, bisognerebbe optare per l'applicabilità di entrambe le norme. L'assunto non convince perché l'espressa previsione della deroga in favore della norma penale è contenuta proprio nell'articolo che disciplina il concorso apparente di norme; non si vede, quindi, come una simile deroga possa essere impiegata per fondare un'ipotesi di concorso reale. Sul punto cfr. DE FRANCESCO, (voce) *Concorso apparente di norme*, *cit.*, p. 431 s.s.

agli stessi indici di prevalenza gerarchicamente ordinati (specialità tra leggi, specialità dei soggetti attivi, maggior numero di elementi specializzanti, norma che prevede la sanzione più grave). Resta ovviamente fuori discussione l'ipotesi di specialità reciproca tra fattispecie penale e fattispecie amministrativa di fonte regionale: in questo caso, le ipotesi comuni troveranno la loro disciplina unicamente nella norma penale, a meno che quest'ultima non sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali

CAP. III

LE PRINCIPALI FATTISPECIE IN TEMA DI EMITTENTI E IL LORO CONCORSO CON ALTRE DISPOSIZIONI

ABUSO DI INFORMAZIONI PRIVILEGIATE

1 Premessa. Cenni sull'abuso di informazioni privilegiate.

Le condotte costituenti abuso di informazione privilegiate (*Insider Trading*) sono state fatte oggetto di rilievo penale nel nostro ordinamento solo da un

ventennio a questa parte³⁰³. Sotto questo aspetto, la fattispecie in esame si differenzia profondamente dall'altra norma cardine in tema di Abusi di Mercato (aggiotaggio, altrimenti detta manipolazione del mercato), la quale, come si vedrà, ha una storia molto più risalente.

Il primo provvedimento legislativo in argomento risale infatti al 1991, poi successivamente ricollocato ne T.U.F. (art. 184 T.U.F, come da ultimo modificato dalla l. 52/2005 che ha inciso su aspetti capitali della disposizione in esame).

I motivi di questo ritardo non sono semplici da decifrare: una ragione certamente rilevante è rappresentata dal fatto che la reale dannosità delle condotte di *insider trading* è stata da sempre controversa.³⁰⁴

La norma in concreto mira a reprimere lo sfruttamento borsistico di determinate informazioni da parte di soggetti qualificati³⁰⁵ che le detengono in ragione del ruolo da essi ricoperto o dalla funzione svolta all'interno della compagine societaria.

La disposizione penale, in altre parole, isola delle posizioni di vantaggio ingiustificato e inibisce ai soggetti attivi del reato di sfruttare per il loro tornaconto la conoscenza fisiologica di informazioni di carattere riservato con cui vengono a contatto.

I principali soggetti agenti della norma sono i soci e coloro che rivestono cariche sociali ma anche coloro che per ragioni dell'attività professionale (avvocati, commercialisti, revisori, ecc., o funzionale (si pensi ai funzionari della Consob o della banca d'Italia) possano venire a contatto con informazioni di carattere riservato.

Le principali condotte sanzionate sono: il compimento di operazioni (anche

303 Si tenga a mente che nella via dell'intervento penale e le successive vicende di questo, un ruolo fondamentale ha svolto il diritto comunitario.

304 Non è possibile qui approfondire l'argomento. Si veda in proposito SGUBBI (RIELABORAZIONE DI TRIPODI), *L'abuso di informazioni privilegiate*, in SGUBBI – FONDAROLI – TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, p. 28 s.s.

305 Nonostante il tenore della norma, che intitola "chiunque", è pacifico che si tratti di reato proprio, in quanto «<i> i soggetti attivi del reato sono individuati dal legame intercorrente tra l'acquisizione dell'informazione privilegiata e la qualifica ricoperta o l'attività svolta >>». Così SGUBBI (RIELABORAZIONE DI TRIPODI), *op. cit.*, p. 33

per interposta persona) in forza dell'informazione privilegiata³⁰⁶; la comunicazione dell'informazione; l'induzione di altri soggetti al compimento di un'operazione senza comunicare l'informazione.

Figura peculiare è poi quella rappresentata dal *criminal insider*, cioè colui che si ritrova in possesso dell'informazione privilegiata in ragione della preparazione o del compimento di un'attività delittuosa. Su quest'ultima figura si avrà modo di ritornare.

La definizione di informazione privilegiata viene fornita da un'apposita disposizione (art. 181 T.U.F.). Non è richiesto che l'agente persegua o consegua un profitto dallo sfruttamento dell'informazione.

L'economia della presente trattazione impone di limitare l'esposizione a questi cenni e di passare ai problemi di concorso tra la disposizione in esame e altre norme contigue.

Viene primariamente in rilievo il rapporto tra il *delitto* di abuso di informazioni privilegiate e l'omologo *illecito amministrativo*, previsto sempre all'interno del T.U.F.

2 Il problema del concorso con il corrispondente illecito amministrativo

Come accennato in chiusura del precedente paragrafo, il fenomeno dell'abuso di informazione privilegiata risulta rilevante sia come illecito amministrativo, sia come reato. La scelta sanzionatoria nasce dall'esigenza di adempiere ad un obbligo comunitario: tale obbligo poteva essere comunque adempiuto prevedendo anche una sola delle due sanzioni, penale e amministrativa, con il solo vincolo rappresentato dalla proporzionalità e dell'efficacia dissuasiva dello strumento sanzionatorio prescelto³⁰⁷.

Il nostro legislatore, invece, ha scelto di ricorrere ad entrambi gli strumenti sanzionatori. Il che costituisce una buona norma di politica criminale se le due

³⁰⁶Non basta la mera successione cronologica tra l'acquisizione della notizia e il compimento dell'operazione: occorre questa sia stata originata dal possesso dell'informazione. Cfr.

SGUBBI (RIELABORAZIONE DI TRIPODI), *op. cit.*, p. 37 s.s.

³⁰⁷ Cfr. art. 14 e considerando n° 38 direttiva 2003/6/Ce

disposizioni, penale e amministrativa, vengono modulate in base al principio di sussidiarietà e di progressione nell'offesa. Ma, come vedremo, questo canone è stato ampiamente disatteso.

L'illecito amministrativo, infatti, nella prima parte (commi 1-3) riproduce pedissequamente la disposizione penale, estendendo poi la punibilità a soggetti che pongono in essere le stesse condotte ma che risultano provvisti della qualifica soggettiva per poter integrare la fattispecie penale. Una clausola posta all'esordio dell'illecito amministrativo fa salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato.

Il tentativo è equiparato alla consumazione (comma 6), disposizione emblematica su cui torneremo al successivo paragrafo.

Il binomio in esame – sanzione penale e amministrativa – ha sollevato delicati problemi di coordinamento tra gli interpreti.

Parte della dottrina ritiene che tra le due disposizioni sussista un rapporto di *identità* che, in quanto tale, esorbiterebbe dall'ambito di operatività del principio di specialità, con conseguente cumulo materiale delle sanzioni penali e amministrative³⁰⁸. Conclusione avvalorata dalla citata clausola di apertura, ma che potrebbe raggiungersi anche in difetto di essa.

La tesi, pur se autorevolmente sostenuta, va sottoposta a vaglio critico: un esame attento dei rapporti strutturali intercorrenti tra la fattispecie penale e quella amministrativa, palesa immediatamente un rapporto di *specialità unilaterale*: tutte le ipotesi della fattispecie penale ricadono anche nello spettro dell'illecito amministrativo, il quale, però, contiene ulteriori ipotesi non ricomprese nell'ambito di operatività della norma penale. Sussiste quindi un rapporto di *continenza* tra l'illecito penale e quello amministrativo: segnatamente, l'illecito penale è speciale per specificazione dal punto di vista dei soggetti attivi (reato proprio, a fronte di un illecito amministrativo comune), sia dal punto di vista dell'elemento soggettivo, essendo l'illecito amministrativo punibile indifferente-

308 PALIERO, *Market abuse e legislazione penale: un connubio tormentato*, in *Corriere di merito*, 2005, p. 811; MUCCIARELLI, *Abuso di informazione privilegiate e manipolazioni del mercato: le norme della comunitaria 2004 (II)*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2005, p. 1473; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006, p. 400

mente a titolo di dolo o di colpa,³⁰⁹

Tanto premesso, sembra comunque doversi convenire per il cumulo reale di sanzioni: la ragione, tuttavia, va esclusivamente ricercata nell'espressa volontà del legislatore di derogare ai principi del concorso apparente di norme; volontà puntualmente tradotta nel dato normativo, mediante l'introduzione di un'apposita clausola di riserva messa in esordio della disposizione amministrativa. << Resta ovviamente deplorabile la deviazione dal principio di specialità: l'averlo superato con un lieve tratto di penna è vicenda di assai dubbia coscienza, non esistendo interessi meritevoli di tutela che possano giustificare il ricorso ad una tecnica legislativa tanto rozza quanto disinvolta³¹⁰>>.

L'opzione legislativa è pertanto caduta sul modulo a "doppio binario", significativo dell'intento storicamente condizionato, di predisporre un sistema punitivo a tutto campo; o forse, più realisticamente, partendo dalla sfiducia nelle possibilità di accertamento della macchina processuale, auspicando così che almeno una delle due vetture giunga così a destinazione³¹¹.

A favore di tale modello, invero, si potrebbe replicare che esso non costituisce un esordio del tutto inedito nel nostro ordinamento, e si pone in linea con le scelte fatte da altri ordinamenti. A quest'ultimo riguardo, va però segnalata un'importante differenza: la scelta del doppio binario è stata fatta in paesi in cui non vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale. L'aver trascurato questo dato, ha condotto il legislatore a realizzare una maldestra opera di importazioni acritica di soluzioni altrove sperimentate, senza tenere in dovuto riguardo

309 La dottrina ha ritenuto che la sola diversa configurazione dell'elemento soggettivo (esclusivamente doloso il reato; doloso o colposo l'illecito amministrativo) non fosse da *solo* sufficiente, a rendere operante il principio di specialità. Cfr. gli autori citati nella nota precedente.

Sul punto, tuttavia non può convenirsi. Si prenda, a titolo di esempio, un'ipotesi analoga: un *delitto* e una *contravvenzione* formulate in termini assolutamente identici. In una simile ipotesi, nessuno dubiterebbe dell'operatività del principio di specialità (art. 15 c.p.), riservando conseguentemente all'ipotesi contravvenzionale le sole ipotesi colpose e al delitto le sole ipotesi dolose. Non si capisce, allora, perché ciò che vale nei rapporti tra reati non dovrebbe valere anche nei rapporti tra reato e illecito amministrativo, essendo anche questi regolati dal principio di specialità (art. 9 l. 689/1981).

310 Così CRESPI, *Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminatrici*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2009, p. 112 nota 3.

311 ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.*, 2005, p. 555; ZANNOTTI, *op. ult. Cit.*, p. 399; TRIPODI, *Commento agli artt. 180-187 quaterdecieses u.f.*, in *A.A.V.V., Leggi penali complementari*, (a cura di PADOVANI), Milano, 2007, p. 2558

le peculiarità del nostro ordinamento.

Per evitare che la duplicazione delle qualificazioni si traduca anche in un'ingiustificata duplicazione del carico sanzionatorio, l'art. 187 *terdecies* stabilisce che quando per uno stesso fatto sia stata inflitta una sanzione amministrativa (fisiologicamente pecuniaria) e successivamente una sanzione penale pecuniaria, l'esazione di quest'ultima venga limitata alla parte eccedente a quella già riscossa dall'autorità amministrativa³¹².

Nonostante il temperamento sanzionatorio, la scelta appare criticabile: << il coacervo di disposizioni appare improvvisato, nel nome di una reazione repressiva il più energica possibile, confidando che mettendo in una sorta di compensa sanzione penale e amministrativa, sperando che almeno una delle due riesca a giungere al traguardo.

<<L'irrazionalità sanzionatoria genera inevitabilmente grovigli interpretativi e applicativi. La sanzione amministrativa o diventa padrona del campo [...] o resta in una posizione *gradualisticamente subordinata* a quella penale, nel senso di essere chiamata ad intervenire non a tutela degli *stessi beni* ma, semmai, nel caso di identità del bene finale, in *stadi diversi dell'offesa*>>³¹³.

Notiamo peraltro che l'uso del lessema "stesso fatto", analogo a quello impiegato per stabilire l'operatività del principio di specialità tra illecito penale e amministrativo, costituisce l'ulteriore riprova della volontà di derogare alle norme sul concorso apparente di norme, in favore del concorso reale di reati, seppur temperato dallo scomputo sanzionatorio.

3 *Il difficile inquadramento del tentativo di abuso di informazione privilegiata.*

L'interpretazione congiunta della norma penale e di quella amministrativa relative all'abuso di informazione privilegiata presenta un ulteriore nodo problematico da sciogliere. La sanzione amministrativa, infatti, termina con un

312 Il sistema peraltro si presenta lacunoso, ove non prevede l'ipotesi inversa: l'esazione della sanzione amministrativa della sanzione penale precedentemente riscossa. Ipotesi puramente teorica, dati il maggior tempo necessario per la celebrazione di un processo penale.

313 ALESSANDRI, *op. e loc. ult. cit.*

comma finale, in forza del quale il tentativo (nell'illecito amministrativo) è equiparato alla consumazione (art. 187 bis comma 6).

La norma ha carattere eccezionale e presenta all'attenzione degli studiosi un'inedita categoria dogmatica: il tentativo nell'illecito amministrativo; istituto, questo, privo di precedenti nel nostro ordinamento, che riconosce spazio solamente al tentativo nel reato doloso o, meglio: nel delitto doloso, essendo esclusa anche l'ammissibilità del tentativo nelle contravvenzioni³¹⁴.

Il carattere inedito di un simile istituto pone seri dubbi circa il suo ambito di operatività e su quali siano i rapporti con il tentativo nell'omonimo delitto di abuso di informazioni privilegiate (art.li 56 c.p. e 184 TUF).

Cominciamo dalle ipotesi che non destano dubbi: sicuramente sono da qualificare come tentativo nell'illecito amministrativo quelle condotte che, se portate a compimento, rileverebbero solo ai sensi della disposizione amministrativa (per esempio, la condotta dolosa realizzata da un *insider* secondario). Non rileveranno, invece, nemmeno ai sensi di quest'ultima norma i tentativi colposi, essendo pacifica la sola irrilevanza tanto penale quanto amministrativa.

Finché ci si muove sul piano esclusivamente amministrativo, dunque, *nulla questio*.

I casi problematici si pongono in tutte quelle ipotesi in cui ci si trovi di fronte ad una condotta di tentativo rilevante tanto ai sensi della disposizione penale che di quella amministrativa. Per esempio il compimento da parte di un insider primario di un'operazione borsistica in forza di un'informazione *price sensitive*. *Quid iuris* in una simile ipotesi?

Parte della dottrina ricomprende anche queste condotte esclusivamente sul piano amministrativo: in particolare, l'art. 187 bis comma 6, in quanto norma speciale rispetto all'art. 56 c.p., escluderebbe l'applicabilità di quest'ultimo in

314Art. 56 c.p.: <<Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un *delitto*, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica.>>. La direzione non univoca degli atti porta ad escludere anche la punibilità del tentativo a titolo di dolo eventuale.

Una previsione analoga di carattere generale non è invece prevista per l'illecito amministrativo.

forza del principio di specialità (art. 9 l. 689/1981)³¹⁵. La tesi, però, non convince: non si vede come possa configurarsi un rapporto strutturale di specialità tra una norma di parte generale ed una di parte speciale (per giunta appartenente ad un settore diverso da quello penale).

Una seconda possibilità (astrattamente sostenibile, ma, a quanto risulta, da nessuno sostenuta) potrebbe essere quella del cumulo di sanzioni, penali e amministrativa, in linea con quanto succede per il reato consumato. Tuttavia, anche questa ipotesi merita di essere accantonata: il cumulo di sanzioni, già seriamente discutibile in punto di proporzionalità sul piano delle condotte consumante, risulta manifestamente irragionevole se si passa al piano di quelle semplicemente tentate, con conseguente censura di incostituzionalità della disposizione in esame.

A nostro avviso la soluzione va ricercata facendo applicazione dei principi generali: la norma sul tentativo nell'illecito amministrativo non è una norma speciale rispetto all'art. 56 c.p., e quindi non esclude l'applicabilità di quest'ultima disposizione. Le ipotesi di tentativo nel delitto, tuttavia, rileveranno solo ai sensi della norma penale, escludendo dunque l'operatività della sanzione amministrativa. Così opinando si riesce differenziare l'ambito di applicabilità delle due disposizioni in ragione dei soggetti agenti: gli insider primari risponderanno di tentativo nel delitto, mentre quelli secondari risponderanno a titolo di sanzione amministrativa (peraltro identica al delitto consumato).

La soluzione permette di recuperare un minimo di razionalità nell'economia del sistema e conferire un profilo funzionale all'art. 187 *bis* comma 6: la norma parrebbe mirata ad estendere la punibilità anche a titolo di tentativo a quei soggetti che, in difetto di essa, risulterebbero non punibili, in quanto sprovvisti della qualifica soggettiva idonea ad integrare il delitto.

Un simile assetto resta ovviamente criticabile da un punto di vista politico –

³¹⁵MANNA, *Tutela del risparmio. Novità in tema di insider trading e di manipolazione del mercato*, in *RTDPE*, 2005, p. 267; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 400; PLANTAMURA, *Insider trading e la Manipolazione del mercato*, in A.A.V.V., *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di MANNA, Padova, 2010, p. 681

criminale: se il legislatore riteneva le condotte degli *insider secondari* così pericolose da meritare un'anticipazione della tutela fino alla soglia del tentativo, meglio sarebbe stato penalizzarle direttamente invece che nascondersi dietro lo spauracchio della sanzione amministrativa.

4 *Il criminal insider: il problema del concorso con la fattispecie di false comunicazioni sociali e l'aggiotaggio (rinvio)*

Le ipotesi problematiche sollevate dal sistema sanzionatorio anti *insider* non si esauriscono in una semplice questione di ripartizione dei ruoli tra la sanzione penale e quella amministrativa. Vengono in rilievo anche le ipotesi di concorso con altre disposizioni penali, sia interne sia esterne al diritto penale dell'economia. Viene primariamente in rilievo il concorso tra il delitto di abuso di informazione privilegiata e quello di manipolazione del mercato. Come vedremo, la condotta che fa da ponte tra le due disposizioni è quella del c.d. *Criminal insider*.

Ragioni di chiarezza consigliano di trattare questo argomento dopo aver esaminato le fattispecie di aggiotaggio. Per cui si rinvia all'apposito paragrafo (v. *infra* n°II, par. 5).

5 *Il problema del concorso con l'art. 326 c.p.*

Finora sono state prese in considerazione solamente le ipotesi concorso tra l'abuso di informazioni privilegiate e altre norme comunque appartenenti al diritto penale economico. Tuttavia, come anticipato, la latitudine della norma è più estesa: includendo tra i soggetti attivi del reato anche chiunque si trovi in possesso dell'informazione privilegiata in ragione di una pubblica funzione (art. 184 comma 1 TUF)³¹⁶, la disposizione in esame apre le porte del concorso a fattispecie penali poste a tutela della pubblica amministrazione.

Viene segnatamente in rilievo l'art. 326 c.p. che punisce la rivelazione e

³¹⁶La norma non prevede trattamenti sanzionatori differenziati in ragione della natura pubblica del soggetto agente. L'ampio compasso edittale, tuttavia, permette al giudice di recuperare il maggior disvalore di tali condotte in sede di commisurazione della pena.

l'utilizzazione da parte del pubblico ufficiale dei segreti d'ufficio³¹⁷.

A titolo di esempio si consideri l'acquisizione di un'informazione privilegiata da parte di un funzionario CONSOB: la rivelazione di tale informazione a soggetti terzi, rileva senza dubbio come condotta di abuso di informazione privilegiata (*sub species*: comunicazione di tali informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio – art. 184 comma 1 lett.b) TUF); ma risulta parimenti qualificabile come rivelazione di una notizia destinata a rimanere segreta (art. 326 comma 1 c.p.). Analogamente il compimento di un'operazione vietata in forza della stessa informazione sarebbe inquadrabile sia come abuso di informazione privilegiata, sia come utilizzazione di segreti d'ufficio (sempre che sussista l'ulteriore requisito, espressamente previsto dall'art. 326 c.p., del dolo specifico, caratterizzato dal fine di conseguire per se o per altri un ingiusto profitto o di cagionare un danno ingiusto³¹⁸).

Sotto il vigore della precedente formulazione del delitto di *indier trading* (art. 3 l. 157/1991), la maggior parte della dottrina si era orientata nel senso del concorso apparente di norme, propendendo per la sola applicazione della più grave fattispecie codicistica(art. 326 c.p.)³¹⁹.

Nonostante il mutamento di disciplina, vi è chi ritiene di mantenere ferma la soluzione³²⁰ del concorso nel senso dell'apparenza, invertendo però la norma

317Art. 326 c.p.: Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie d'ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Se l'agevolazione è soltanto colposa, si applica la reclusione fino a un anno.

Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie d'ufficio, le quali debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Se il fatto è commesso al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto, si applica la pena della reclusione fino a due anni.

318In argomento cfr. ROMANO M., *sub. Art. 326*, in *Commentario sistematico del codice penale. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, p. 319.

319Diversamente opinando, cioè ritenendo l'applicazione della sola norma anti *insider*, si sarebbe pervenuti all'incongruo risultato di rendere la disposizione in esame una norma di favore per il pubblico ufficiale. In argomento cfr. TENCATO, *Gli aspetti negativi del segreto d'ufficio penalmente tutelato*, in *Rivista Penale*, 1992, p. 612; FIORAVANTI, *Profili penali dei segreti pubblici*, Padova, 1991, p. 111.

320ROMANO M., *sub. Art. 326*, cit., p. 319.

prevalente che, a seguito dei ripetuti aumenti di pena, sarebbe l'art. 184 TUF e non più l'art. 326 c.p.³²¹.

A nostro avviso, tuttavia, la soluzione del concorso apparente non pare convincente: tra le due disposizioni in esame, infatti, non è dato rinvenire una norma speciale; le due fattispecie si presentano in rapporto di *interferenza* per quanto riguarda l'oggetto materiale: non ogni informazione privilegiata costituisce un segreto d'ufficio, e viceversa. Conseguentemente, essendo diverso l'oggetto materiale su cui ricadono le condotte, si versa in un ipotesi di concorso formale di reati.

321ROMANO M., *op. e loc. ult. Cit.*

MANIPOLAZIONE DEL MERCATO

I Premessa

Il sistema penale italiano contiene, per tradizione più che secolare, disposizioni che hanno la funzione di reprimere fenomeni che possano insidiare la corretta formazione del prezzo di un dato bene.

Accanto alla “storica” e generale fattispecie contenuta nel codice penale (art. 501 c.p.), si incontrano numerose disposizioni derivate, il cui ambito di applicazione è determinato a seconda della tipologia di beni oggetto della negoziazione (merci, azioni di società non quotate, azioni o strumenti finanziari di società quotate).

L’insieme di queste disposizioni viene raggruppato sotto la comune etichetta di delitti di *aggiotaggio*³²², formula sintetica che riflette il substrato fattuale comune a tutte le fattispecie coinvolte: l’incriminazione di condotte *latu sensu* manipolative che sortiscono o possono sortire l’effetto di alterare il prezzo del bene oggetto di scambio.

La pluralità di incriminazioni aveva raggiunto un livello ipertrofico: diverse fattispecie risultavano prive di una reale giustificazione, non sussistendo ragioni valide per motivare l’emancipazione dalla norma generale³²³. Di qui l’insorgere di un dibattito circa l’esatta individuazione dei rispettivi ambiti di applicazione, nonché dei punti di interferenza tra le varie disposizioni.³²⁴

Per ovviare agli inconvenienti derivanti da questo sovraffollamento di

322 La parola deriva dal vocabolo *aggio*, coniato in Italia, pare, XV secolo per indicare la differenza positiva di prezzo conseguente ad un’operazione di cambio di moneta. Cfr. PATERNITÀ, (voce) *Aggiotaggio*, in *Dizionario dei reati contro l’economia*, Milano, 2000

323 Nello specifico, il quadro normativo era così articolato: *aggiotaggio comune* (art. 501 c.p.); *aggiotaggio societario* (art. 2628 c.c.); *aggiotaggio bancario* (trasmigrato in diversi corpi normativi, l’ultimo dei quali art. 138 dlgs. 385/1993); *aggiotaggio finanziario o mobiliare* (art. 181 d.lgs. 581998).

324 Per un’accurata ricostruzione del dibattito cfr. AZZALI, *Lineamenti del delitto di aggiotaggio nell’attuale legislazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1998, p. 765 s.s.

A questo proposito, si consideri che la diversa connotazione dell’elemento soggettivo rendeva le diverse fattispecie, irriducibili ad un rapporto di specialità, sollevando così delicati problemi di concorso di norme. Veniva in rilievo soprattutto il dolo specifico previsto dall’art. 501 c.p. Per superare l’ostacolo era stata proposta un’interpretazione sostanzialmente abrogante di tale requisito, avvallata anche in una pronuncia della corte costituzionale (n° 73/1983).

figure incriminatici, il legislatore del 2002³²⁵ è intervenuto al preciso scopo di riunire << le diverse diverse figure di aggio c.d. speciali in un'unica, fattispecie, ma soprattutto in un'unica *sedes materiae*³²⁶>>.

Il risultato di questo intervento fu la cancellazione di tutte le ipotesi speciali di aggio, e la loro contestuale riformulazione in un'unica norma incriminatrice, l'art. 2637 c.c., destinata ad affiancarsi alla disciplina comune dettata dall'art. 501 c.p.³²⁷.

A seguito della riforma, l'assetto complessivo della disciplina sembrava aver sicuramente recuperato di armonia e sistematicità, ma già lo stesso legislatore aveva già avvertito che si trattava di una sistemazione precaria, destinata ad essere rivista in ragione della prossima approvazione in sede comunitaria di una direttiva sull'abuso di mercato³²⁸.

L'annuncio si è poi puntualmente avverato con l'emanazione della direttiva comunitaria 2003/6/Ce, attuata nell'ordinamento italiano con la l. 18 Aprile 2005 n° 62 che ha profondamente inciso sull'assetto complessivo della disciplina penale dell'aggio.

In particolare, le forze centrifughe hanno nuovamente prevalso, emancipando l'aggio su strumenti finanziari dall'art. 2637 c.c. per ricollocarlo nell'originaria sede, (art. 185 T.U.F.), sotto l'inedita rubrica di "manipolazione del mercato".

La fattispecie di manipolazione del mercato è un reato comune di pericolo concreto che può essere realizzato attraverso due distinte condotte: la diffusione di notizie false (manipolazione del mercato c.d. informativa); il compimento di operazioni simulate o di "altri artifici" (manipolazione del

325 dlgs. 11 Aprile 2002 n° 61

326 Così la relazione al provvedimento legislativo. In *Guida al diritto*, 2002, fasc. 16, p. 28. Il legislatore aveva così recepito le istanze e i suggerimenti da tempo segnalati dalla dottrina. Si veda già MAJANI, *I riflessi penalistici nel mercato dei titoli*, in A.A.V.V., *Il diritto penale delle società commerciali*, (a cura di) Nuvolose, Milano, 1971, p. 290.

327 A seguito dell'introduzione dell'art. 2637 c.c. la dottrina si era divisa tra chi riteneva l'art. 501 c.p. parzialmente abrogato relativamente a tutte le condotte ora riconducibili alla nuova disposizione, e chi, invece, lo riteneva ancora interamente vigente, seppur inoperante nelle ipotesi attratte dalla disposizione speciale, in forza dell'art. 15 c.p.

Per una ricostruzione del dibattito, cfr. Melchiona, *art. 2637 c.c. – art. 198 d.lgs. 58/98*, in Lanzi – Cadoppi, *I reati societari*, Padova, 2007, p. 246 s.s.

328 V. la citata relazione al d.lgs. 61/2002, p. 33

mercato c.d. manipolativa). È che la condotta sia idonea ad alterare in modo sensibile il prezzo di uno strumento finanziario (*price sensitive*³²⁹).

L'intervento legislativo non si è comunque risolto in una semplice operazione di rilievo topografico: accanto alla disposizione penale è stata prevista un'apposita disposizione amministrativa (art. 187 *ter* T.U.F.) destinata ad operare in diretta sinergia con quella penale³³⁰.

L'assetto complessivo della disciplina, a seguito di questo fare e disfare legislativo, risulta particolarmente aggrovigliato.

Problematici, soprattutto, i rapporti tra la fattispecie penale di manipolazione del mercato e il corrispondente illecito amministrativo. Difficoltoso appare anche determinare i rispettivi ambiti di applicazione tra queste ultime disposizioni e le altre fattispecie di aggio tuttora vigenti (art. 2637 c.c. e 501 c.p.).

Accanto a questi nuovi problemi sollevati dalla riforma, residuano poi i nodi mai compiutamente risolti circa i rapporti del delitto di aggio con altre fattispecie contigue, in particolare quelle di diritto societario e di diritto fallimentare.

Cerchiamo di abbozzare un quadro di queste problematiche nei paragrafi che seguono.

2 *Il problema del concorso con il rispettivo illecito amministrativo*

Analogamente a quanto accaduto per il reato di abuso di informazioni privilegiate, il legislatore ha ritenuto di affiancare alla fattispecie penale un omologo illecito amministrativo³³¹ destinato a sovrapporsi anziché alternarsi al

329 <<Per informazione che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di strumenti finanziari si intende un'informazione che presumibilmente un investitore ragionevole utilizzerebbe come uno degli elementi su cui fondare le proprie decisioni di investimento>>. Art. 184 comma 4 TUF

330 Sono state poi previste apposite norme per regolare la disciplina dei due procedimenti, penale e amministrativo (artt. 187 *septies* – 187 *quater decies* T.U.F.). Si segnala, infine, l'introduzione per gli illeciti in esame della responsabilità penale delle persone giuridiche (art. 187 *quinquies* T.U.F.), estesa non solo al reato di manipolazione del mercato, ma anche all'omologo illecito amministrativo.

331 Peraltro, il peso sanzionatorio dell'illecito amministrativo, già estremamente elevato in origine, risulta esasperato a seguito dell'aumento disposto dalla l. 265/005, spaziando oggi da

corrispondente reato³³².

Almeno queste appaiono le intenzioni del legislatore storico³³³: resta da vedere se tali intenti siano stati fedelmente tradotti nel dato normativo, o se piuttosto l'interprete possa scongiurare il cumulo di sanzioni.

Preliminarmente occorre esaminare i rapporti strutturali intercorrenti tra le due disposizioni.

Diversamente da quanto osservato per l'abuso di informazioni privilegiate, in questo caso l'illecito penale e amministrativo non sono identici, almeno sotto la formulazione letterale. In particolare, le condotte della fattispecie amministrativa risultano maggiormente tipizzate rispetto a quella penale.

Entrambe le fattispecie in esame sono reati comuni³³⁴.

Riguardo alla manipolazione del mercato cd. Informativa, mentre la disposizione penale punisce la diffusione di *notizie false*, quella amministrativa fa riferimento, oltre che alle notizie, alle *voci* e alle *informazioni*. Assumono rilevanza, poi, non solo le voci o le notizie false, ma anche quelle semplicemente *fuorvianti*³³⁵.

Un altro profilo differenziale è costituito dal requisito del carattere *price*

20000 a 15 milioni di euro (raggiungibili in forza della circostanza aggravante prevista dal comma 5 art. 187 *ter* T.U.F.

332 In proposito è stato efficacemente sottolineato che <<in conseguenza dell'entrata in vigore della l.n° 62/2005 i penalisti dovranno procedere ad un'attenta rivisitazione della problematica relativa ai rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo, i cui reciproci confini appaiono sempre più sfumati, ed aprono pertanto ulteriormente la strada all'elaborazione di concetti nuovi nel quadro di una seducente teoria generale dell'illecito comunque sanzionatorio>>. Così GROSSO, *Cinque anni di riforme*, cit., p. 535.

333 Cfr. MEDICO, *La manipolazione del mercato: reato o illecito amministrativo?*, in *Le società*, 2007, p. 633

334 Critico nei confronti di tale scelta, SEMINARA, in GIARDA-SEMINARA, *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 551.

Per i giornalisti, l'illecito amministrativo prevede in un apposito comma una regolamentazione più rigorosa circa la diffusione di dati non veri da parte di questa cerchia di soggetti. Cfr. art. 187 *ter* T.U.F. comma 2. In argomento v. FONDAROLI, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in SGLUBBI – TRIPODI – FONDAROLI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 110 s.s.; LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2005, p. 1476 s.s.

335 Dubitativa circa la plausibilità del concetto di "voce falsa" FONDAROLI, *op. ult. Cit.*, p. 106 s.s., la quale rileva che "i rumors possono essere abbinati alla coppia concettuale "esistente/inesistente" ma appaiono incompatibili con il paradigma "vero/falso".

Va rilevato che le notizie fuorvianti venivano ritenute comunque rilevanti ai fini della sussistenza del *delitto* di aggio. Sul punto cfr. Seminara, in Giarda – Seminara, *i nuovi reati societari*, cit., p. 555

sensitive della notizia: espressamente richiesto ai fini della sussistenza della fattispecie penale; assente invece nella formulazione dell'illecito amministrativo. Per contro, l'illecito amministrativo richiede la capacità decettiva della notizia/informazione/voce³³⁶.

Per quanto riguarda la manipolazione del mercato c.d. operativa le condotte risultano formulate in modo differenziato: la norma penale fa riferimento alle operazioni simulate, assenti nell'illecito amministrativo. Il reato fa poi perno sulla nozione potenzialmente onnicomprensiva di "altri artifici", mentre le operazioni rilevanti ai fini dell'illecito amministrativo vengono analiticamente definite (art. 187 *ter* comma 3 lett. a),b),c), T.U.F.³³⁷). Tuttavia anche per l'illecito amministrativo è stata inserita una clausola di chiusura (art. 187 *ter* comma 3 lett. d)) consistente in altri artifici idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, facendo applicazione dei principi generali che disciplinano l'imputazione soggettiva dei rispettivi illeciti, il reato sarà punibile esclusivamente a titolo di dolo, mentre l'illecito indifferentemente a titolo di dolo o di colpa.

È inoltre prevista una clausola identica a quella già incontrata in materia di abuso di informazioni privilegiate: "salvo le sanzioni penali se il fatto costituisce reato".

Questi i profili salienti della fattispecie.

I rapporti intercorrenti tra le rispettive disposizioni sono, invece,

336 Idoneità della notizia a fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari. Fuorviante è la notizia, di per sé non falsa, ma che può destare un'apparenza di significato diverso da quello reale. Quindi si tratta di notizie non necessariamente false, in qualche modo attinenti a circostanze fattuali esistenti, ma ciononostante la cui diffusione è vietata,

337 Art. 187 *ter* comma 3 Salvo le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria di cui al comma 1 chiunque pone in essere:

- a) operazioni od ordini di compravendita che forniscano o siano idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari;
- b) operazioni od ordini di compravendita che consentono, tramite l'azione di una o di più persone che agiscono di concerto, di fissare il prezzo di mercato di uno o più strumenti finanziari ad un livello anomalo o artificiale;
- c) operazioni od ordini di compravendita che utilizzano artifici od ogni altro tipo di inganno o di espediente;

estremamente controversi. Riportiamo di seguito gli orientamenti fondamentali.

Un primo filone ritiene sussistere un rapporto di continenza strutturale tra le due norme: l'illecito amministrativo sarebbe più ampio di quello penale. Tutte le ipotesi di reato sarebbero quindi anche riconducibili al corrispondente illecito amministrativo, il quale, però, comprenderebbe anche condotte ulteriori.

Si profilerebbe, quindi un rapporto di *specialità unilaterale* tra la disposizione penale e quella amministrativa.

Da questa comune premessa, la dottrina in esame giunge a conclusioni divergenti: vi è chi ritiene la realtà del concorso e del cumulo di sanzioni (soluzione allineata all'*insider trading*), attesa l'inoperatività del principio di specialità (art. 9 l. 649/1981), in quanto espressamente derogato dalla clausola di apertura che fa salve le sanzioni penali³³⁸; altri invece ritengono comunque applicabile la sola fattispecie penale, vuoi facendo ricorso ad un'interpretativa della clausola, vuoi attraverso criteri quali l'assorbimento o la consunzione³³⁹.

Un secondo orientamento al fine di scongiurare il cumulo sanzionatorio ricostruisce le due norme in modo da renderle tra loro *alternative e incompatibili*. In particolare, la fattispecie penale si applicherebbe solo a quelle condotte che abbiano causato l'evento (di pericolo concreto) della sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari; l'illecito amministrativo, di riflesso, sarebbe limitato alle sole ipotesi in cui la condotta manipolativa non fosse *ex ante* idonea ad alterare il prezzo degli strumenti finanziari, ovvero ad alterare tale prezzo ma in misura non sensibile³⁴⁰. La

338 LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, cit., p.1479; ROSSI, *Market abuse e insider trading: l'apparato sanzionatorio*, in *Dir. Pen. E proc.*, 2006, p. 89; TERZI, *Rilievi critici in tema di manipolazione del mercato*, in *Riv. Pen.*, 2008, p. 1107. In Giurisprudenza v. Gip. Trib. Milano, ord. 3/10/2005, in *Foro Ambrosiano*, 2005, fasc. 3, p. 329 s.s. (spec. p. 333)

339 PALIERO, *Market abuse e legislazione penale: un connubio tormentato*, cit., p. 811.

340 Ritene invece le due fattispecie non sovrapponibili in base alla diversa oggettività giuridica CRESPI, *Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminative*, cit., p. 188, il quale ritiene il reato di manipolazione del mercato reprime le fraudolente alterazioni del prezzo dei valori in borsa, mentre l'illecito amministrativo le fraudolente interferenze con le scelte degli investitori.

Si è osservato che la sanzione amministrativa si presti a ricomprendere quelle attività che costituiscono una fase ancora prodromica dell'eventuale reato, in cui è sufficiente una condotta

distinzione tra fattispecie penale e amministrativa correrebbe lungo il crinale dell'evento di pericolo: pericolo astratto (a sfondo anche colposo) nell'illecito amministrativo; pericolo concreto nel reato³⁴¹.

Questo secondo orientamento ha trovato anche l'avvallo della suprema corte³⁴².

Sul punto, tuttavia, non sembra potersi convenire. La tesi, pur se suggestiva, ed effettivamente rispondente a criteri di razionalità, non risulta persuasiva: pare difficile parametrare la rilevanza penale di un fatto facendo leva sui diversi stadi di aggressione del bene giuridico³⁴³.

Ma l'accogliibilità della tesi in esame sembra confutata anche da altri elementi normativi. Vale la pena richiamare gli argomenti già esposti in tema di abuso di informazioni privilegiate: in primo luogo, l'identità della rubrica, indice di identità dei fatti; in secondo luogo, la già citata clausola che sembra univocamente indicare il cumulo sanzionatorio. A riguardo, si consideri *a contrario* che ci sono altre clausole contenute all'interno dello stesso testo legislativo e dalle quali può ricavarsi l'apparenza del concorso, le quali risultano formulate in modo diverso³⁴⁴. La previsione, poi, della non sospendibilità dei procedimenti, penale e amministrativo, contestualmente pendenti, (art. 187 *septies* T.U.F.), nonché l'esazione dalla pena pecuniaria della sanzione amministrativa precedentemente irrogata (art. 187 *terdecies* T.U.F.) sembrano tutti indici della realtà del cumulo.

Le ragioni qui indicate sono state poste a fondamento di una recente

che, al più, può costituire solo il presupposto per l'eventuale alterazione del prezzo degli strumenti finanziari. Cfr. Magro, cit. alla nota successiva.

341 Si parla di evento di pericolo per contrapporlo all'evento naturalistico, ma l'accostamento genera confusione: il pericolo altro non è che la probabilità di verificazione di un evento naturalistico. Si verifica che la condotta abbia contribuito ad aumentare le probabilità di verificazione dell'evento, non rilevando né che quest'ultimo si sia effettivamente prodotto, o che sia stato prodotto da una causa diversa dalla condotta dell'agente.

Deve trattarsi, ovviamente, di un apprezzabile aumento delle probabilità.

342 Cass. VI 16 Marzo 2006 n° 15199, *Labella*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, p. 985 con nota di AMATI, *La disciplina della manipolazione del mercato fra reato e illecito amministrativo. Primi problemi applicativi*; e in *Cass. Pen.*, 2007, p. 56, con nota di MAGRO, *Le manipolazioni del mercato tra illecito penale e illecito amministrativo*; e in *Le società*, 2007, p. 621, con nota di MEDICO, *La manipolazione del mercato: reato o illecito amministrativo?*

343 Per questo rilievo cfr. AMANTI, *op. ult. Cit.*, p. 1001; ma già SEMINARA, *Insider Trading e diritto penale*, Milano, 1989, p.322 s.s.

344 Si veda l'art. 192 *bis* T.U.F. "salvo che il fatto costituisca reato"

pronuncia del giudice di merito³⁴⁵ che consapevolmente si discosta dalla ricostruzione tracciata dalla corte di Cassazione, affermando il cumulo sanzionatorio.

Assodato, quindi, il cumulo della sanzione penale amministrativa per tutti quei fatti riconducibili contemporaneamente ad entrambe le disposizioni, resta da chiarire quali siano tali ipotesi, e quali, per contro, vadano inquadrare nel solo ambito dell'illecito amministrativo.

3 (segue:) *i rispettivi ambiti di applicazione della fattispecie penale e di quella amministrativa.*

Restano quindi da delineare i rispettivi ambiti di applicazione dell'illecito penale e amministrativo di manipolazione del mercato.

Prima di procedere, occorre un'avvertenza che funge anche da premessa metodologica: il carattere decisamente anomalo e irrazionale della disciplina del cumulo di sanzioni, consiglia di interpretare in modo restrittivo la fattispecie di reato, in modo da ridurre il più possibile, nei limiti consentiti dall'attività ermeneutica, le ipotesi di cumulo.

Per quanto riguarda la *manipolazione del mercato c.d. informativo*, vanno esclusi dall'ambito del reato e pertanto relegati esclusivamente nell'illecito amministrativo, le voci, le notizie fuorvianti, esagerate e tendenziose. Prima dell'introduzione dell'illecito amministrativo, tali categorie venivano ricondotte nell'ambito della fattispecie penali. A seguito dell'introduzione dell'illecito amministrativo va pertanto ritenuta la depenalizzazione di tali condotte³⁴⁶. Le notizie false (dolosamente diffuse) continueranno, invece, ad assumere il duplice rilievo, penale e amministrativo.

Ma il vero nodo gordiano è rappresentato dalla manipolazione del mercato

345 App. Torino 23 Gennaio 2008 (caso Fiat), in *Le società*, 2008, p.1101 con nota adesiva di SPORTA CAPUTI, *La manipolazione del mercato nella forma del comunicato stampa decettivo su iniziative societarie*. Critico nei confronti della pronuncia Crespi, *Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminatrici*, cit.,

346MAGRO, *Le manipolazioni del mercato tra illecito penale e illecito amministrativo*, cit., p. 68 s.s.; contra: MELCHIONA, *art. 2367 c.c. – 185 d.lgs. 58/98*, in A.A.V.V., *I nuovi reati societari*, a cura di LANDI – CADOPPI, Milano, 2002 p. 265, il quale non esclude a priori la rilevanza anche penale di tali condotte.

c.d. operativa. La norma penale infatti contiene una descrizione delle condotte operative evanescente e potenzialmente onnicomprensiva: gli “altri artifici”, i quali hanno sempre reso critico il tasso di determinatezza della norma penale.

Peraltro, si tratta di difetto genetico: già sotto il vigore del codice Zanardelli si discuteva sul significato da attribuire all'inciso. Ci si domandava, in particolare, se si dovesse trattare necessariamente di operazioni illecite o fossero ricomprese operazioni anche lecite ma dotate di capacità ingannatoria.

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie optarono per la nozione più estesa di altri artifici: potevano costituire ipotesi di manipolazione del mercato operazioni anche *lecite* purché *intrinsecamente* fraudolente, cioè capaci indurre nel destinatario una falsa rappresentazione della realtà.

Tuttavia, l'esigenza di colmare asseriti vuoti di tutela, ha spinto la giurisprudenza più recente a dilatare ulteriormente la nozione di “altri artifici” fino a ricomprendervi operazioni che singolarmente considerate risultano sprovviste di capacità ingannatoria, ma che alla luce del contesto in cui si inseriscono, possono risultare idonee a fornire indicazioni false o fuorvianti³⁴⁷.

Seguendo questo ragionamento, la frode smette di essere una caratteristica intrinseca dell'operazione per divenire *estrinseca*: l'operazione sarà fraudolenta o meno a seconda del contesto in cui si situa: la conseguenza di questa precisazione è quella di far dedurre l'artificiosità dell'operazione solo *ex post*, attraverso il monitoraggio delle transazioni compiute, del volume e dell'andamento del corso dei prezzi, allorché si registri un repentino mutamento ed un altrettanto repentino riassetarsi immediato dei prezzi al livello precedente dopo il concludersi dell'operazione (ovvero ad evento già verificato e solo dopo che il risultato criminoso perseguito si è realizzato)³⁴⁸.

Intuibili le conseguenze: la fattispecie subisce una metamorfosi da reato di pericolo in reato di danno: la verifica dell'evento, consistente nella sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari, diviene

347 Trib. Milano, 11 novembre 2002, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 747, con nota di FONDAROLI, *Aggiotaggio mediante "altri artifici": "disvalore del fatto" e "disvalore del contesto"*

348 TRIPODI, *commento agli artt. 180-187 terdecises*, in A.A.V.V., *Leggi penali complementari*, cit., p. 2548 s.s.; BIANCONI, *sub. Art. 2637 c.c.*, ivi, p. 2481

indispensabile per il successivo giudizio sulla natura artificiosa della condotta.

Ora, questa dilatazione del penalmente rilevante, già discutibile nel precedente sistema normativo³⁴⁹, va sicuramente respinta a seguito dell'introduzione dell'illecito amministrativo, nel cui ambito troveranno esclusivamente spazio le ipotesi in questione³⁵⁰.

La rilevanza esclusiva sul piano delle operazioni in questione trova, a nostro avviso, un'ulteriore conferma nel dato normativo: il comma 4 dell'art. 187 *ter* T.U.F. esclude la punibilità qualora chi abbia posto in essere l'operazione incriminata dimostri di avere agito per motivi legittimi e in conformità alle prassi ammesse nel mercato interessato³⁵¹. Ora, tale esenzione ha senso solo se riferite ad operazioni lecite e non intrinsecamente fraudolente. L'assenza di un'omologa previsione nella corrispondente fattispecie penale rafforza il convincimento dell'esclusiva pertinenza per tali ipotesi dell'illecito amministrativo³⁵².

Un ultimo rilievo in chiusura. Da quanto esposto, ormai, non sembra più discutibile la rilevanza delle condotte caratterizzate da "fraudolenza da contesto". Non va tuttavia sottovalutato il fatto che l'inserimento di tali condotte tra quelle rilevanti ai fini dell'aggiotaggio, implica una profonda rivisitazione dell'oggettività giuridica posta a fondamento della norma, la quale, almeno limitatamente a queste ipotesi, sembra tutelare la libertà di concorrenza piuttosto che la trasparenza e l'efficienza del mercato; il che la rende profondamente apparentata con la disciplina antitrust³⁵³: « la tutela dell'equilibrio del mercato richiede la punizione di condotte incentrate esclusivamente sull'effetto sortito: l'idoneità della alterazione dei prezzi, a

349 Rileva giustamente FONDAROLI, *op. ult. Cit.*, p. 761 che non può essere il contesto di riferimento a determinare l'illiceità di un fatto altrimenti lecito. V. pure TRIPODI, *op. e loc. ult. Cit.*

350 TRIPODI, *op. ult. Cit.*, p. 2552., il quale giustamente rileva che decisiva ai fini dell'accoglimento dell'interpretazione qui proposta sarà l'attività di normazione secondaria svolta dall'autorità di sorveglianza. Analogamente, MAGRO, *Aggiotaggio*, cit., p. 725 s.s.

351 Vero antidoto alla penalizzazione a tappeto. Così MAGRO, *L'aggiotaggio*, cit., p. 729.

352 Contra: GIP T.Milano, 22/02/2007 che ha invece ritenuto estendibili analogicamente le prassi ammesse dal mercato anche all'illecito penale. Lamenta pure l'assenza di tale previsione nella fattispecie penale LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, cit., p.1479, il quale ne paventa un'estensione analogica anche alle ipotesi ricadenti nello spettro della norma penale.

353 MAGRO, *L'aggiotaggio*, cit., p. 725 s.s.

prescindere da una più restrittiva descrizione delle modalità con cui è posta in essere.

<< In tal modo l'aggiotaggio [...] allargato a condotte che prescindono dalla costruzione di artifici e di falsità, inizia il suo viaggio verso i lidi della tutela della concorrenza³⁵⁴>>. Disciplina, questa, che ha costantemente avuto carattere amministrativo: ad ulteriore riprova dell'esclusiva pertinenza in tale ambito delle condotte in questione.

4 *Il problema del concorso con le altre figure di aggiotaggio (501 c.p. e 2637 c.c.)*

Abbiamo esaminato finora le fattispecie di manipolazione del mercato presenti del T.U.F. Si ricordi che tale norma nasce per "scorporazione" dall'originario art. 2637 c.c.. Questa seconda fattispecie non è stata tuttavia abrogata, ma solamente riformulata.

Riguardo ai rapporti tra le due fattispecie, queste si differenziano in ragione dell'oggetto su cui ricade la condotta manipolativa: la fattispecie di aggiotaggio societario si applica solamente alle società emittenti strumenti finanziari non quotati e per i quali non sia stata presentata la richiesta di ammissione in un mercato regolamentato. Di converso, la disciplina penale del testo unico si applicherà alle società emittenti strumenti finanziari quotati o per i quali sia stata presentata la richiesta di ammissione in un mercato regolamentato.

Segnaliamo subito un primo problema: sembra arduo l'inquadramento della disciplina applicabile in caso di strumento finanziario per cui sia stata chiesta e successivamente *non* concessa la quotazione in un mercato regolamentato³⁵⁵. Interpretando in modo rigoroso il dato normativo, si dovrebbe pervenire alla conclusione dell'applicabilità della disciplina delle società quotate per i fatti commessi durante la pendenza della domanda, e l'applicazione della disciplina codicistica per i fatti commessi successivamente al rigetto della richiesta.

354 MAGRO, *op. e loc. ult. Cit.*

355 In argomento PREZIOSI, *L'aggiotaggio*, in A.A.V.V., *Reati societari*, a cura di Rossi, Torino, 2005, p. 465.

Esigenze complessive di razionalità, tuttavia, inducono a ritenere l'esclusiva pertinenza della disciplina codicistica anche per i fatti commessi durante la pendenza della domanda³⁵⁶.

Venendo invece alle possibilità di concorso tra le due norme (art.li 2637 c.c. e 185 TUF), l'ipotesi paradigmatica è rappresentata da una condotta idonea ad alterare il prezzo di strumenti finanziari di società quotate e contemporaneamente quello di società non quotate.

Parte della dottrina ritiene che in casi simili si versi in un'ipotesi di concorso apparente di norme con prevalenza della sola (più grave) fattispecie contenuta nel T.U.F.³⁵⁷.

La tesi, tuttavia, non pare persuasiva: l'analisi dei rapporti strutturali tra le due fattispecie, mostra come queste siano in rapporto di *alternatività-incompatibilità*, in quanto gli oggetti materiali rispetto a cui si verifica l'evento di pericolo (strumenti non quotati vs. strumenti quotati) sono antitetici: tale rilievo esclude dunque, la possibilità di configurare un rapporto di contenenza strutturale tra le due norme, presupposto della specialità unilaterale; parimenti da escludere anche la sussistenza di un rapporto di specialità reciproca. Esulano pertanto i presupposti applicativi del concorso apparente.

Le due norme dunque sono interferenti per quanto riguarda la condotta posta in essere, ma si differenziano riguardo all'evento (di pericolo), e questa è a ben vedere un'ipotesi paradigmatica di concorso formale³⁵⁸.

Va dunque affermata la tesi della realtà del concorso fra le due disposizioni. È auspicabile che tale conclusione, inevitabile *de iure conditio*, venga corretta attraverso un apposito intervento legislativo, bastando e sopravanzando il

356 In altre parole, è come se l'applicazione del t.u.f. costituisse un'anticipazione della disciplina da applicare a seguito dell'ammissione in un mercato regolamentato. Ma se questo ultimo evento non si verifica, non vi è ragione di applicare la corrispondente disciplina.

357 Tra gli altri, MELCHIONA, *art. 2367 c.c. – 185 d.lgs. 58/98*, cit., p. 265; SANDRELLI, *I reati di market abuse – IIa Parte*, in *Rivista231*, 2006, p. 79; SGUBBI (RIELABORAZIONE DI TRIPODI), *La manipolazione del mercato*, in SGUBBI – FONDAROLI – TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 60, il quale risolve in concorso apparente applicando il principio della consunzione; nello stesso senso MELCHIONA, *art. 2367 c.c. – 185 d.lgs. 58/98*, cit., p. 286.

358 In questo senso, MAGRO, *l'aggiotaggio*, cit., p. 691, nota 2.

trattamento sanzionatorio previsto dalla fattispecie di manipolazione del mercato prevista dal TUF.

Invero, per ottenere tale risultato, sarebbe bastato che il legislatore, si fosse astenuto dal riformulare l'art. 2637 c.c., il quale nella sua originaria formulazione aveva come oggetto materiale gli strumenti finanziari *tout court*. Se tale dizione fosse stata lasciata inalterata, si sarebbe potuto instaurare un palese rapporto di specialità unilaterale tra l'art. 2637 c.c. e 185 T.U.F. per specificazione dell'oggetto materiale e conseguente prevalenza da parte di quest'ultima disposizione.

È auspicabile, quindi, il ritorno all'originaria formulazione.

L'apparenza del concorso è invece sicuramente affermabile riguardo alla fattispecie comune di cui all'art. 501 c.p. Tale disposizione si pone, infatti, in rapporto di specialità bilaterale, sia rispetto all'art. 2637 c.p., sia rispetto all'art. 185 T.U.F. , le quali, in forza della specialità del *corpus* legislativo in cui sono contenute, prevarranno sulla disposizione comune.

Altra parte della dottrina ritiene invece l'insussistenza del concorso in esame, in quanto l'art. 185 T.U.F. e l'art. 2637 c.c., essendo entrati in vigore successivamente all'art. 501 c.p., avrebbero parzialmente abrogato quest'ultima disposizione, limitatamente alle ipotesi ora riconducibili alle nuove fattispecie di aggio³⁵⁹.

5 *Manipolazione del mercato e false comunicazioni sociali.
Premessa: Ascesa e declino del ruolo delle false comunicazioni sociali
nell'ambito del diritto penale del mercato finanziario.*

Prima della riforma del 2002, il perno del diritto penale economico era rappresentato dalla fattispecie di false comunicazioni sociali, le quali rappresentavano nella prassi applicativa lo strumento privilegiato per la repressione della criminalità economica.

Tale preponderanza aveva fatto sì che i confini applicativi della norma in esame fossero progressivamente dilatati, specialmente attraverso

359 In argomento v. BIANCONI, *sub. Art. 2637*, cit., 2481

un'interpretazione abrogante del dolo specifico; ampliamento che aveva aumentato le ipotesi di interferenza tra le norme costituenti il nucleo del diritto penale societario e settori ad esso contigui, quali ad esempio il diritto penale tributario³⁶⁰.

Questa spiccata preferenza da parte della prassi applicativa per le fattispecie di false comunicazioni sociali era avvenuta a discapito di altre fattispecie – per esempio: i delitti di aggio – che avevano finito per essere relegate nel limbo dell'ineffettività³⁶¹.

La bagatellarizzazione delle false comunicazioni sociali³⁶², operata dal legislatore del 2002, ha portato alla riscoperta dei delitti di aggio, che hanno conosciuto un'intensa stagione di inaspettata e sorprendente

360 Sotto il vigore della precedente disciplina, la dottrina e giurisprudenza prevalente ritenevano l'esclusione del concorso tra false comunicazioni sociali e frode fiscale qualora gli amministratori avessero agito *al solo fine* di frodare il fisco: si riteneva, infatti, che tale finalità non fosse riconducibile al dolo di frode previsto per le false comunicazioni sociali, mentre si riteneva altrettanto pacificamente la realtà del concorso, e conseguente cumulo delle due disposizioni in esame, qualora gli amministratori avessero agiti sia al fine di frodare congiuntamente i soci e il fisco. Cfr. Cass. 16 Ottobre 1978, Carloti; Cass. V, 3 Aprile 1979, in *Cass. Pen. Mass. ann.*, 1981, p. 457; Cass., III, 18 Dicembre 1990, *Puntello*, in *Il fisco*, 1991, p. 2394; Cass. V, 25 Febbraio 2000; Cass. V 22 Giugno 2001, *De Santis*, in *Guida Normativa*, 2001, p. 21 *contra*: Cass. III, 1 Luglio 1998, *Salemi*, in *Guida Dir.*, 1998, p. 77.

Tale posizione dovrebbe risultare ulteriormente confortata a seguito della riforma. Fottani, *Sub art.li 2621-2622*, in A.A.V.V., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 2463 Cfr. Cass. 27 Settembre 2002, in *Riv. Pen.*, 2004, p. 585; Cass. II, 9 Luglio 2000 n°39314 (in tale pronuncia la conclusione sembra implicitamente confermata dall'*iter* argomentativo seguito).

361 Prima della riforma del 2002, tali norme risultano del tutto assenti dai repertori giurisprudenziali, fatta eccezione per qualche sporadica pronuncia. Sul punto cfr., oltre agli autori citati alle successive note, BONINI, *La repressione delle turbative del mercato: aggio comune, aggio societario, aggio bancario, aggio su strumenti finanziari*, in *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, Torino, 2002, p.217 s.s. (anche per ulteriori rimandi alla sporadica prassi giurisprudenziale).

Questa storica latitanza del delitto di aggio dalle aule giudiziarie è stata fatto oggetto di spiegazioni diverse: da un lato, vi è chi ha ritenuto che tale paralisi rispondesse ad una scelta voluta e preordinata del legislatore storico che ha scientemente dato vita ad una fattispecie inutilizzabile dalla prassi applicativa; dall'altro lato, si è invece sostenuto che la disapplicazione non sia dipesa dal dato normativo ma dalla cultura liberale della magistratura dell'epoca.

Per la prima tesi cfr. Magro, *Aggio*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna, PAPA, Vol. V, T.1, p. 680 s.s.; Per la seconda, FORNASARI, *Introduzione ai delitti contro l'economia pubblica*, ivi, p. 652 s.s.

362 Unanime il coro di voci che si è levato contro l'assetto delle false comunicazioni sociali delineato dalla riforma del 2002. Tra i numerosi contributi si veda FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Dir. pen e proc.*, 2001, p. 1193 s.s. MANNA, *La riforma dei reati societari dal pericolo al danno*, in *For. It.*, 2002, pt V, p. 111

applicazione da parte degli operatori giudiziari³⁶³.

Nonostante questo apparente declino, i reati di false comunicazioni sociali continuano a conservare un interesse centrale nel diritto penale del mercato finanziario, specie riguardo ai problemi di concorso con altre fattispecie incriminatrici: non sfugge, infatti, come la realizzazione di una falsa comunicazione sociale³⁶⁴ costituisca il normale sviluppo, o addirittura un “passaggio obbligato” dell’*iter* criminoso in ambito economico³⁶⁵.

6 (segue:) *Il concorso tra le due disposizioni*

Il primo peculiare profilo in esame concerne i rapporti tra il reato di false comunicazioni sociali e quello di manipolazione del mercato cd.informativo. Lo stretto legame che lega le due norme si coglie già sulla base di una semplice considerazione criminologica: da un punto di vista statistico le comunicazioni sociali, e fra queste specialmente il bilancio, si pongono come il veicolo privilegiato di diffusione delle falsità rilevanti *ex* Art. 185 (o 187 *ter*) T.U.F. Senza considerare, poi, che l’alto grado di affidamento che gli investitori ripongono nella veridicità delle scritture contabili³⁶⁶, fa sì che queste assumano un’elevata capacità di incidere sulla formazione del prezzo degli strumenti finanziari, requisito, questo, espressamente richiesto ai fini dell’integrazione del delitto di manipolazione del mercato³⁶⁷: non sembra iperbolico affermare che l’idoneità *price sensitive* di un mendacio contabile sia

363 <<Dobbiamo pendere atto della morte del reato di false comunicazioni sociali e della sua trasfigurazione nel reato di manipolazione del mercato>> Così SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. pen. E proc.*, 2006, p. 552; ALESSANDRI, *Attività d’impresa e responsabilità penali*, in *Riv.It. Dir. e proc. Pen.*, 2005, p. 570 s.s. ; ACCINNI, *Op. obbligatoria e condotta <<artificiosa>> nel reato di aggioaggio c.d. <<manipolativo>>*, in *Rivista delle società*, 2006, p. 56; MAGRO, *Aggioaggio*, cit., p.p. 675 e 689

364 Veruna critica a tale assetto v. *supra*

365 NAPOLEONI, *I reati societari*, III, *Falsità nelle comunicazioni sociali e aggioaggio societario*, Milano, 1996, p.292. Nello stesso senso v. pure T.Milano 18/12/2008 (caso Parmlat), *par* .4, p. 52

366 L’alto valore certificativo delle scritture contabili, spinge a considerare tali documenti, prossimi in quanto ad efficacia agli atti pubblici. Cfr., NAVAIO, *Bilancio vero o bilancio credibile*, in A.A.V.V., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, (a cura di) Manna, Milano, 2004, p.43

367 Tale requisito, invece, non è richiesto, almeno espressamente, per il corrispondente illecito amministrativo (art. 187 *ter* T.U.F)

quasi in *re ipsa*.

Occorre allora interrogarsi se un fatto contestualmente integrante entrambi i reati dia luogo ad un concorso apparente oppure reale di nome (e quindi di reati).

Anticipiamo che, a nostro avviso, la questione va risolta nel senso del concorso reale di reati³⁶⁸. Le tesi che propendono per l'apparenza del concorso non paiono condivisibili. Tali orientamenti arrivano ad escludere la contemporanea applicazione di entrambe le norme facendo leva su due argomenti distinte: l'istituto del concorso apparente di norme, da un lato, e il principio del *nemo tenetur se detergere*, dall'altro.

Riguardo al primo argomento, la configurabilità del concorso apparente di norme risulta preclusa dall'assoluta *eterogeneità strutturale* delle due fattispecie. Dell'inoperatività di criteri diversi da quello strutturale, si è già discusso. Vale comunque la pena rilevare come criteri quali l'assorbimento, o la consunzione, ove si ritenessero astrattamente ammissibili, non escluderebbero la realtà del concorso nell'ipotesi in esame: le due norme, infatti, tutelano beni giuridici diversi, e l'offesa arrecata ad uno di questi non può coprire entrambe. A questo riguardo la giurisprudenza ha affermato che «il ricorso a comunicazioni tipiche e obbligatorie per legge quale mezzo di diffusione di notizie false non sia affatto ostativo alla sussistenza del delitto in contestazione ed anzi lo connota di particolare gravità in ragione della fonte qualificata di provenienza. Sotto il profilo dell'interesse tutelato, inoltre, la manipolazione di tipo informativo prescinde dall'inganno effettivo di una vittima determinata ed è, in ogni caso, posta a tutela non già del patrimonio dei destinatari della comunicazione, bensì della regolarità *tout court* delle negoziazioni del mercato mobiliare. I reati di cui agli artt. 2621 e 2622 cod. civ., al contrario, sono caratterizzati da una oggettività giuridica di tipo patrimoniale [...] In ragione della diversa oggettività giuridica caratterizzante

368 In tal senso SEMINARA, IN GIARDA-SEMINARA, *I nuovi reati societari: diritto e processo*, cit., p. 571; FOFFANI, *sub art. 2637*, in A.A.V.V., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO - PALIERO., p. 2552; CRESPI, *Studi di diritto societario*, Milano, 2004, p.294. In giurisprudenza cfr. T.Milano 18/12/2008 (caso parmalat), par. 7.1

l'aggiotaggio e il reato di false comunicazioni sociali ex artt. 2621 e 2622 cod. civ. deve, dunque, ritenersi che qualora vengano diffuse notizie non veritiere a mezzo di una comunicazione ex art. 114 TUF potranno configurarsi -in presenza degli ulteriori elementi costitutivi previsti dalla legge- entrambe le fattispecie criminose prese in considerazione³⁶⁹>>.

Il secondo argomento portato ad escludere la contestuale applicazione di entrambe le disposizioni incriminatrici – il *nemo tenetur*³⁷⁰ – ha una portata più circoscritta: esso si limiterebbe ad eludere l'addebito per le false comunicazioni sociali ogni qual volta queste siano servite per non rivelare il compimento di una precedente attività delittuosa, non potendosi esigere dall'agente una condotta che, nei fatti, equivarrebbe ad un'autodenuncia.

In quest'ottica, la falsa comunicazione sociale posta in essere per coprire la precedente attività criminosa rileverebbe (o, meglio: non rileverebbe penalmente) quale post fatto non punibile. Logica vuole, allora, che anche l'aggiotaggio conseguente alle false comunicazioni sociali venga parimenti escluso: se una condotta diversa da quella di falsità non è concretamente esigibile dall'agente, non si vede come potrebbero essergli addebitate le conseguenze derivanti da tale falsità.

L'assunto, ovviamente postula un'estensione della sfera di operatività del principio in esame: in quanto espressione del diritto di difesa costituzionalmente garantito non si potrebbe ritenerlo relegato al campo processuale³⁷¹, ma dovrebbe trovare rilievo anche in quello sostanziale.

369 T.Milano 18/12/2008 (caso Parmalat), *par.7* p.p. 98-99. La sentenza in esame, oltre ad escludere ha ritenuto persino la sussistenza dell'aggravante del nesso teleologico tra i due reati. A. Milano 17 Luglio 2010; Cass. 20 Luglio 2011 n°28932. In quest'ultima pronuncia (par. 6.c) si legge che il consorso reale delle disposizioni ricava dalla <<ragguardevole difformità strutturale [tra le due disposizioni], rilevabile in via astratta>>.

370 In argomento, con riguardo precipuo alle false comunicazioni sociali cfr. MAZZACUVA, *Il falso in bilancio. Casi e problemi*, Padova, 2004, p. 218 s.s. FORNASARI, *Cause di giustificazione Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2008, p. 909

Per la giurisprudenza formatasi in argomento, oltre alle pronunce richiamate nelle successive note, cfr. LEO, *Osservatorio dei contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2007, p. 1012

371 Così, invece, la principale dottrina SCAPARONE, *Il comma dell'art. 24. Il diritto di difesa nel processo penale*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 87 ss. e da ultimo POLICE, *Art. 24*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 501 ss.

La tesi aveva trovato diversi sostenitori nella dottrina³⁷², ed era stata recepita anche in diverse pronunce giurisprudenziali³⁷³, molte delle quali riguardanti specificatamente le false comunicazioni sociali. La giurisprudenza successiva si era però consolidata in segno contrario³⁷⁴. Tale tendenza è stata, tuttavia, smentita da una recente pronuncia³⁷⁵, la quale ha fatto leva soprattutto sul diritto di difesa costituzionalmente riconosciuto dall'art. 24.

La tesi va sottoposta a vaglio critico: occorre primariamente ribadire che il principio del *nemo tenetur se detegere* trova pieno riscontro solo in campo processuale, mentre il suo riconoscimento a livello sostanziale resta limitato alle sole ipotesi *espressamente* previste dal legislatore³⁷⁶, pertanto non estendibili analogicamente. Occorre poi ribadire che il diritto all'autotutela processuale, costituzionalmente garantito dall'art. 24 cost., copre le situazioni di pregiudizio che potrebbero derivare all'imputato di un procedimento in

372 ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 182 ss.; MAZZACUVA, *Il falso in bilancio. Profili penali: casi e problemi*, Padova, 1996, 179 (più sfumata la posizione dell'illustre autore nella successiva edizione del testo (cit. nt. 10) G. ZUCCALÀ, *Le false comunicazioni sociali. Problemi antichi e nuovi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 753, V.B. MUSCATIELLO, *Falso in bilancio e reati connessi: una moderna disapplicazione del nemo tenetur se detegere*, in A. MANNA (a cura di), *Falso in bilancio, corruzione e concussione: esperienze a confronto*, Bari, 1998, 144.

In senso critico, invece, per tutti, A. PERINI, *Ai margini dell'inesigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 561, L. FOFFANI, *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 961, C. PEDRAZZI, *Società commerciali*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 361, D. PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1276, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 356.

373 Cass., Sez. III, 21 gennaio 1987, Musselli, *Cass. pen.*, 1988, 379; Cass., Sez. I, 14 marzo 1989, De Nile, *Cass. pen.*, 1990, 2208; Cass., Sez. VI, 24 ottobre 1995, Ronchi, *Guida dir.*, 1996, 66. Tali pronunce facevano quadrato intorno ad un argomento: l'estensione analogica della disposizione di cui all'art. 384 c.p. Così formulata, la tesi prestava immediatamente il fianco ad un rilievo critico: trattandosi di cause di esclusione della punibilità in senso stretto, la loro estensione analogica risultava preclusa. Cfr. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la «famiglia di fatto»: ancora un ingiustificato «diniego di giustizia» da parte della Corte costituzionale?*, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 93 s.s.

374 Cass., Sez. V, 31 gennaio 1998, Cusani, *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 1998, 301 e da ultimo Cass., Sez. V, 16 giugno 2005, n. 22672, L., *CED* n. 231890.

375 Cass., Sez. V, 15 febbraio 2007, Giordano, in *Riv. pen.*, 2007, 759. La pronuncia in esame presenta un'iter argomentativo inedito rispetto alle precedenti pronunce esaminate: «<l'argomento utilizzato per giungere alla conclusione dell'assoluzione degli imputati non fa più leva sulla scusante dell'art. 384, comma 1, c.p. nella sua versione "allargata", bensì direttamente sul diritto alla difesa costituzionalmente sancito, il cui canale di ingresso nell'ordinamento penale viene individuato nella disposizione dell'art. 51 c.p., nel punto in cui scrimina il fatto commesso nell'esercizio di un diritto>>. Così FORNASARI, *Cause di giustificazione Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, cit., p. 909

376 L'esempio paradigmatico è rappresentato dall'art. 384 c.p.

corso, e non possono risolversi in un diritto a perpetrare indiscriminatamente delle attività delittuose al fine di mettersi indefinitamente al riparo da procedimenti *futuri*³⁷⁷.

Tirando le fila della discussione, nessuna delle tesi poste a sostegno dell'apparenza del concorso sembrano decisive. Ne consegue l'affermazione del concorso reale (*sub species* concorso formale) tra il delitto di false comunicazioni sociali e quello di aggio, in tutti i casi in cui le false comunicazioni sociali risultino idonee ad alterare il prezzo di strumenti finanziari³⁷⁸.

7 *False comunicazioni sociali, aggio e abuso di informazione privilegiata: il problema del criminal insider*

Abbiamo visto che come sia agevole identificare un'ipotesi di concorso tra la fattispecie di false comunicazioni sociali e quella di *market abuse*. In una siffatta ipotesi, l'opera dell'interprete è agevolata dai chiari punti di contatto intercorrenti tra le due disposizioni, entrambe accomunate dalla realizzazione di un fatto falsità rilevante ai sensi di entrambe le norme incriminatrici.

Non altrettanto agevole, almeno a prima vista, sembra l'identificazione di una zona di interferenza tra le false comunicazioni sociali e l'abuso di informazione privilegiata; anzi, sempre restando a livello di una prima impressione, parrebbe che tra le due disposizioni intercorra un rapporto di alternatività: l'informazione privilegiata deve avere ad oggetto un fatto vero³⁷⁹,

377 FORNASARI, *op.ult. cit.*, p. 910 s.s. La pronuncia in esame, peraltro sembra già essere destinata a costituire *revirement* isolato non seguito dalle pronunce successive. Cass. V n° 3557/2007, *Sandrelli*; Cass. pen., sez. V, 15-01-2010, n. 8252.

378 In caso di idoneità ad alterare il prezzo di strumenti finanziari *quotati* la norma concorrerà con l'art.185 T.U.F., mentre in caso di idoneità ad alterare il prezzo di strumenti finanziari *non quotati*, la norma concorrerà con l'art. 2637 c.c.; in caso di idoneità ad alterare il prezzo di strumenti finanziari quotati e non quotati insieme, le false comunicazioni sociali concorreranno formalmente con entrambe le ipotesi di aggio.

Sembra invece da escludere il concorso con l'art. 187 *ter*, qualora le false comunicazioni sociali (di una società quotate) risultino *non* idonee ad alterare il prezzo di strumenti finanziari (quotati).

Sui rapporti tra le varie figure di aggio sparse nella legislazione vigente v. *infra*

379 Nel dettaglio deve riferirsi "ad un complesso di circostanze esistente o che si possa ragionevolmente prevedere che verrà ad esistenza o ad un evento verificatosi o che si possa ragionevolmente prevedere che si verificherà". Art. 181 T.U.F

mentre le false comunicazioni sociali e l'aggiotaggio informativo hanno come presupposto la realizzazione di un fatto di falsità, donde l'apparente incompatibilità delle due disposizioni.

Si consideri inoltre che, ai sensi dell'art. 181 T.U.F, l'informazione rilevante ai fini dell'abuso di informazione privilegiata *non* deve essere stata resa pubblica, mentre la notizia falsa, rilevante per le false comunicazioni sociali (e per l'aggiotaggio informativo), deve essere indefettibilmente diffusa ai soci o al pubblico.

Non parrebbero dunque profilarsi problemi di concorso tra le due disposizioni non essendo ipotizzabile una condotta capace di integrarle contemporaneamente.

In realtà, questo stato di cose apparentemente così lineare entra in crisi a seguito dell'introduzione ad opera del legislatore di un'ipotesi particolare di abuso di informazione privilegiata: quella del *criminal insider*³⁸⁰. Tale disposizione sanziona penalmente (art. 184 comma 2 T.U.F) chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose, compia o induca a compiere determinate operazioni su strumenti finanziari³⁸¹ sfruttando l'informazione medesima; l'informazione deve essere *price sensitive*.

A questo punto, comincia a scorgersi un profilo di interferenza con i reati di falsità (aggiotaggio e false comunicazioni sociali): l'autore di una falsa comunicazione sociale *price sensitive*³⁸² dispone di una notizia (il carattere falso della comunicazione sociale) ottenuta a seguito della preparazione di un'attività delittuosa.

380 Si è giustamente rilevato che l'inserimento di una previsione così eterogenea, se da un lato è servita a colmare un necessario vuoto di tutela, dall'altro ha comunque alterato il profilo oggettivo della fattispecie. Cfr. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 288.

381 Le operazioni rilevanti *ex art.* 184 T.U.F. sono:

a) acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi, su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime;

b) comunica tali informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio;

c) raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a).

382 Come detto in precedenza, il carattere *price sensitive* ricorre sistematicamente nelle ipotesi di false comunicazioni sociali.

Un esempio varrà a chiarire: l'amministratore di una società il quale acquisti degli strumenti finanziari delle società medesima, rivendendoli dopo la pubblicazione nel bilancio (da lui falsificato) dei risultati strepitosi ottenuti dalla società, lucrando così sul rialzo del titolo.

Ora, nell'esempio proposto, non c'è dubbio che la falsità rilevi autonomamente, in quanto tale, ai sensi degli art. 2621 e 2622³⁸³ (nonchè 2637 c.c./185 TUF). Resta da chiedersi se ad esso possa aggiungersi l'ulteriore contestazione per abuso di informazione privilegiata.

In proposito, si è rilevato³⁸⁴ come la categoria dei *criminal insider* risulti assolutamente eterogenea e non determinabile a priori. Potranno infatti dare adito all'acquisizione di informazioni privilegiate le <<attività delittuose>> più disparate: dagli atti di terrorismo – in quanto idonei a determinare uno sconvolgimento dei mercati – ai delitti contro l'inviolabilità dei segreti ecc.³⁸⁵.

Ma ugualmente rilevante – e qui veniamo al profilo che ci interessa – potrebbe essere <<il compimento di un reato di manipolazione del mercato, ovvero una falsa comunicazione sociale. Il soggetto che ha fornito al mercato la falsa comunicazione, ovvero che ha effettuato la falsa comunicazione sociale, versa senz'altro nella fattispecie indicata dall'art. 184 comma 2 – pacifico essendo che sta preparando o ha eseguito un'attività delittuosa – e ben può, utilizzando la notizia privilegiata (consistente nella conoscenza da parte sua della non rispondenza al vero della notizia comunicata al mercato), decidere di compiere operazioni, avvantaggiandosi della posizione di privilegio informativo (dislivello costituito appunto dalla circostanza che l'agente conosce lo scarto tra situazione effettiva e comunicazione effettuata³⁸⁶>>. Anche la giurisprudenza pare orientata nel medesimo senso³⁸⁷.

383 Più in dettaglio, l'autore della falsa comunicazione sociale, risponderà della contravvenzione di cui all'art. 2621 nel caso in cui il mendacio non abbia cagionato un danno patrimoniale ai soci o ai creditori; se invece tale danno venga in essere, si verserà nel delitto di cui all'art. 2622.

384 FOFFANI, *sub, art. 184*, in A.A.V.V., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 720

385 FOFFANI, *op. e loc. ult. Cit.*

386 Così MUCCIARELLI, *Abuso di informazione privilegiate e manipolazioni del mercato: le norme della comunitaria 2004 (II)*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2005, p. 1472, il quale propende per la realtà del concorso.

387 Cass. V, 20 Luglio 2011 n°28932 (caso Parmalt), inedita. La sentenza – almeno a livello di

Assodato che casi come questi integrano contemporaneamente le false comunicazioni sociali, occorre domandarsi se si versi in un ipotesi di concorso apparente oppure reale.

La risposta al quesito prevede la risoluzione di una questione a monte: l'ammissibilità o meno del c.d. *insider* di se stesso. Tale figura ricorre nelle ipotesi in cui colui che sfrutta l'informazione privilegiata sia al contempo il produttore della stessa³⁸⁸: il che avviene nella maggior parte delle ipotesi di *criminal insider*.

In linea di principio, in tali ipotesi, viene pacificamente esclusa la rilevanza penale dell'abuso di informazioni privilegiate³⁸⁹: si argomenta che, ai fini della sussistenza di un abuso di informazioni privilegiate, deve sussistere un rapporto alterità tra la fonte di produzione dell'informazione e l'utilizzatore della stessa³⁹⁰. In altre parole, l'abuso di informazioni privilegiate implica un movimento traslativo del dato conoscitivo da un soggetto ad un altro. L'informazione rilevante richiederebbe perciò una diversità tra produttore e

obiter dicta -ha riconosciuto che la predisposizione di una notizia falsa (bilancio falsificato) volta a realizzare un fatto di aggio informativo, costituisce anche un'informazione privilegiata ai sensi dell'art. 181 TUF. O, meglio: l'informazione privilegiata consiste nella conoscenza del carattere falso della notizia. Cfr. p.26 della pronuncia che aderisce alle argomentazioni proposte dalla CONOB.

388 SI pensi all'ipotesi dell'amministratore di una società non particolarmente gradito al mercato, il quale avendo deciso di rassegnare le dimissioni dalla carica, acquisti titoli della società medesima, sperando di lucrare sull'incremento del prezzo dei titoli a seguito della comunicazione delle dimissioni.

389 Cfr. SGUBBI (RIELABORAZIONE DI TRIPODI), *l'abuso di informazioni privilegiate*, in Sgubbi – Fondaroli - Tripodi, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit. p. 46 s.s. (spec. Nota 67 p. 49); TRIPODI, *Commento agli artt. 180-187 quaterdecises t.u.f.*, cit., p. 2538 s.s. (spec. P. 2541).

390 GALGANO, *il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, (diretto da) Galgano, vol. XXIX, Padova, 2006, p. 1016.

Contra T.Milano, 25 Gennaio 2006, in *Corr. Merito*, 2007, p. 770 s.s. con nota di FOLADORE, *Il caso UNIPOL e la nuova disciplina dell'insider trading*. L'assunto trovava una precisa conferma testuale nella precedente formulazione del delitto di abuso di informazioni privilegiate: l'art. 2 comma 1 l. 157/1991 richiedeva espressamente che si trattasse di "informazioni riservate *ottenute* in virtù". L'uso della locuzione *ottenute* implicava necessariamente che una duplicità di soggetti. Le conclusioni raggiunte sotto il vigore delle precedenti formulazioni non sembrano dover essere mutate a seguito della scomparsa di tale inciso nella norma oggi in vigore. Si veda al riguardo il considerando n°30 della direttiva c.d. *Market Abuse* (2003/6/Ce): "Poiché l'acquisizione o la cessione di strumenti finanziari implica necessariamente una decisione preliminare di acquisire o di cedere da parte della persona che procede ad una di queste operazioni, non si dovrebbe considerare che il fatto di effettuare questo acquisto o cessione costituisca di per sé un'utilizzazione di un'informazione privilegiata".

utilizzatore dell'informazione.

L'assunto, pur se condivisibile in generale, entra in crisi proprio con riferimento all'ipotesi del *criminal insider*: proprio riguardo a tali ipotesi pare che il legislatore abbia inteso derogare al generale principio dell'irrelevanza del fenomeno dell'*insider* di se stesso³⁹¹.

La sfera di applicazione della norma non pare limitata a quelle ipotesi in cui l'informazione privilegiata è stata ottenuta attraverso il compimento di un'attività delittuosa – per esempio: un accesso abusivo ad un sistema informatico – ma vale a ricomprendere quei casi in cui l'informazione privilegiata è il *prodotto* stesso dell'attività delittuosa. In queste ipotesi è l'attività criminosa stessa ad avere un effetto *price sensitive* e non pare ragionevole ritenere il successivo sfruttamento borsistico di tale notizia irrilevante³⁹². <<Il solo limite alla configurabilità della fattispecie è costituito dall'esigenza che ricorra uno sfruttamento borsistico dell'informazione ovviamente ulteriore alla commissione del reato e che tale informazione abbia ad oggetto la previsione degli effetti di mercato conseguenti al reato stesso; donde l'esclusione dei casi in cui il profitto dell'agente discenda proprio dalla condotta illecita, come avviene nella manipolazione di mercato³⁹³>>. Ovviamente, l'esclusione vale solo per i fatti di manipolazione del mercato cd.operativo: per quanto riguarda l'aggiotaggio c.d. informativo, l'ulteriore sfruttamento borsistico degli effetti prodotti dalla notizia falsa, integreranno, ricorrendone i presupposti, anche l'abuso di informazioni privilegiate.

A suffragio della tesi qui proposta, si consideri a riguardo che la necessità

391 NAPOLEONI, in A.A.V.V., *La disciplina penale dell'economia*, a cura di Santoriello, Torino, 2008, p. 700; Mucciarelli, *Abuso di informazione privilegiate e manipolazioni del mercato: le norme della comunitaria 2004 (II)*, cit., p., 1472; Cfr. SGUBBI (RIELABORAZIONE DI TRIPODI), *l'abuso di informazioni privilegiate*, cit., p. 45; SEMINARA, *Disclose or abstain? la nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 2008, p. 359.

392 Per rilievi parzialmente difformi cfr. TRIPODI, *op. ult. Cit.*, p. 2541, per il quale la figura del *criminal insider* di se stesso assumerebbe rilievo solo se l'informazione circa il compimento dell'attività delittuosa sia fatta oggetto di un processo comunicativo. Prima di tale evento, a rigore, mancherebbe un'informazione *tour court*, prima ancora che un'informazione privilegiata.

393 Così SEMINARA, *op. e loc. ult. Cit.*

dell'introduzione della figura del *criminal insider* è sorta in sede comunitaria proprio per rispondere a fenomeni, quali gli attacchi di terrorismo, altrimenti non punibili in base alla disciplina generale dell'art. 184 T.U.F³⁹⁴.

394 Cfr. considerando n°17 direttiva *Market Abuse*: “Per quanto riguarda l'abuso di informazioni privilegiate, si dovrebbe tener conto dei casi in cui la fonte di tali informazioni non è legata a una professione o a una funzione ma allo svolgimento di attività criminali, la cui preparazione o esecuzione potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di uno o più strumenti finanziari osulla formazione dei prezzi del mercato regolamentato in quanto tale”.

OSTACOLO ALLE FUNZIONI DELL'AUTORITÀ DI VIGILANZA

1 I rapporti tra gli articoli 2638, 170 ibis e 187 quinquiesdecies TUF

Nel capitolo introduttivo si è già avuto modo di affrontare le tematiche dei beni giuridici strumentali e della tutela di funzioni: le fattispecie che saranno esaminate in questa sezione costituiscono un esempio lampante di tale fenomeno. La tutela delle funzioni svolte dall'attività di vigilanza³⁹⁵, infatti, non assume altro rilievo se non in quanto mirata a proteggere il bene giuridico finale, cioè l'attività sulla quale l'autorità vigila (mercato finanziario, attività assicurativa, ecc.)

La progressiva centralità assunta dalle autorità di vigilanza ha fatto sì che l'attività da essa svolta risulti presidiata ampiamente da un apparato sanzionatorio composto da sanzioni penali e amministrative. Tale dispiego di mezzi, tuttavia, risulta sotto diversi profili ingiustificato³⁹⁶, soprattutto se si considera la natura strumentale dell'oggetto di tutela³⁹⁷.

395 L'attività di vigilanza è stata affidata principalmente ad autorità indipendenti, il cui capostipite è rappresentato dalla CONSOB (istituita nel 1974). Successivamente, si è assistito ad un proliferare incontrollato di questo modello di vigilanza. Cfr. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, *passim*.

Superfluo sottolineare che le funzioni svolte dall'autorità sono state indiscriminatamente presidiate da sanzione penale, dando luogo ad un vero caos normativo: <<si è trattato di una proliferazione normativa non pianificata e di tipo meramente imitativo, che ha dato luogo ad innumerevoli discrasie, incoerenze, sovrapposizioni, lacune ed eccessi di disciplina penale>>. Così FOFFANI, *sub. Art. 2638*, in A.A.V.V., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 2555

396

397 Cfr. ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio dell'attività delle autorità pubbliche di vigilanza*, in A.A.V.V., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Ipsoa, 2002 p. 255 s.s.; MASULLO, *sub. Art. 2638*, in A.A.V.V., *Leggi penali complementari*, a cura di PADOVANI, cit., p. 2489 s.s..

Favoreli all'impianto sanzionatorio iperniato sulla sanzione penale ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 184; ID., *La tutela penale del mercato finanziario*, Torino, 1997, p. 212; SANTORIELLO, *La tutela penale delle funzioni di vigilanza*, in A.A.V.V., *La disciplina penale dell'economia*, cit., p. 251

L'art. 2638 c.c. è l'ultimo di una lunga storia di disposizioni volte a realizzare questo scopo.

La tutela dell'attività di vigilanza nei più disparati settori si era sviluppata in maniera disordinata, mediante l'inserimento di fattispecie incriminatrici nella legge istitutiva della neonata autorità indipendente³⁹⁸. Questo complesso di disposizioni, germogliate in mancanza di un chiaro disegno di politica criminale, presentavano notevoli disarmonie e non pochi difetti di coordinamento³⁹⁹.

Nel tentativo di dare omogeneità e coordinamento all'ordito normativo venutosi formando dalla stratificazione progressiva di norme incriminatrici, il legislatore del 2002 è intervenuto abrogando le precedenti disposizioni e riunendo la tutela di tutte le autorità di vigilanza all'interno di un'unica macroprevisione normativa: il novellato articolo 2638 c.c.

La disposizione di nuovo conio punisce le condotte ostruzionistiche nei confronti dell'attività dell'autorità di vigilanza (art. 2638 comma 1 c.c.), indipendentemente dal fatto che si siano concretizzate in un evento di ostacolo (mentre il secondo comma seleziona solo le condotte produttive di un effettivo (evento di) ostacolo).

L'interesse tutelato è il regolare funzionamento dell'autorità di vigilanza: nelle prima delle due ipotesi menzionate viene sanzionata la sua messa in pericolo, mentre nella seconda la sua lesione effettiva.

Entrambe le fattispecie integrano reati propri, potendo essere commessi soltanto dai soggetti che rivestono la qualifica di amministratore, direttore generale, sindaco, liquidatore, dirigente preposto alla redazione delle scritture contabili.

Nell'ipotesi di cui al primo comma (reato di pericolo concreto) la condotta

³⁹⁸Tra le molteplici disposizioni, vale la pena ricordare, in quanto direttamente collegata al presente lavoro, la disposizione di cui all'art. 3 l. n° 216/1974 (ostacolo alle funzioni di vigilanza della CONSOB), poi confluita negli artt. 171 e 174 T.U.F., poi abrogato e sostituito dal novellato art. 2638 c.c., e poi, come si vedrà tra breve, di nuovo ricollocato nel T.U.F.

³⁹⁹Per l'esame delle principali problematiche sorte durante la vigenza di queste molteplici disposizioni cfr. MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, p. 10 s.s.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi penali complementari*, vol. I, Milano, 1999, p. 167.

tipica consiste alternativamente nell'esposizione di fatti non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazione, ovvero nell'occultamento totale o parziale, con altri mezzi fraudolenti, di fatti che avrebbero dovuto essere comunicati⁴⁰⁰.

Nell'ipotesi di cui al comma 2 invece viene espressamente richiesto l'evento di danno, integrato dal cagionamento (anche in forma omissiva) di un ostacolo alle funzioni dell'autorità di vigilanza.

Chiaro l'intento normativo: conferire una tutela penale delle funzioni di vigilanza prescindendo dalle legislazioni settoriali di riferimento⁴⁰¹.

Questa costruzione unitaria, tuttavia, si è rilevata precaria: anche qui il legislatore è tornato sui suoi passi, introducendo (o, meglio: reintroducendo): uno statuto penale differenziato per la CONSOB, la cui attività risulta ora presidiata dai nuovi artt. 170 *bis* e 187 *quinquiesdecies* TUF (rispettivamente illecito penale e amministrativo), destinati non a sostituire ma ad affiancarsi al precedente art. 2638 c.c.⁴⁰².

Intuibili i problemi di coordinamento; talmente intuibili da essere stati avvertiti anche dal legislatore, il quale, al momento di introdurre le nuove disposizioni, si è premurato di inserire un'apposita clausola di sussidiarietà in favore dell'art. 2638, onde scongiurare il concorso tra le due disposizioni. Tuttavia, la clausola, come si vedrà, non pare idonea a fugare tutti i dubbi, costringendo l'interprete ad una delicata opera di ricostruzione interpretativa.

Preliminarmente conviene definire i rispettivi ambiti di applicazione della norma comune (art. 2638 c.c.) rispetto alle norme settoriali (artt. 170 *bis* e 184

400Sempre ai sensi della medesima disposizione le comunicazioni attraverso cui viene veicolata la falsità devono essere esclusivamente quelle "previste dalla legge". La condotta di falsa comunicazione deve inoltre risultare idonea ad ostacolare la funzione tutoria dell'autorità.

401Cfr. TRIPODI, *L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della CONSOB*, in SGUBBI – TRIPODI – FONDAROLI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 197. Critico nei confronti di tale scelta FOFFANI, *sub art. 2638*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 2553 s.s.

Va segnalato che la norma in esame si iscriva nel solco di quanto già enunciato dallo schema di riforma del codice penale (Progetto Palgiaro), il quale prevedeva il reato di *impedito o turbato controllo* e di *omessa osservanza di legittime prescrizioni degli organi di controllo* (art. 113 numeri 5 e 6)

402Un intervento analogo è stato realizzato dal legislatore in favore dell'ISVAP, la quale ora presenta una tutela penale integrativa rispetto alla disciplina comune (art. 306 d.lgs. 306/2005 – codice delle assicurazioni).

quinquiesdecies TUF: di natura dichiaratamente residuale).

Una prima importante differenza è costituita dal novero dei soggetti attivi: l'art. 2638 c.c. è un reato proprio che può essere realizzato solo dai soggetti⁴⁰³ in possesso di una determinata qualifica⁴⁰⁴, mentre le norme del TUF sono reati comuni. Ne consegue che per le condotte di ostacolo realizzate da tali soggetti troverà applicazione il solo art. 2638 c.c., in virtù dell'espressa clausola di sussidiarietà espressamente contenuta nell'art. 170 *bis*. Tale ultima disposizione troverà invece spazio applicativo ogni volta che le condotte di ostacolo siano realizzate da soggetti diversi da quelli espressamente indicati dalla norma civilistica⁴⁰⁵, prima punibili solo a titolo di concorso con le condotte dei soggetti qualificati di cui all'art. 2638 c.c.⁴⁰⁶.

La seconda differenza si coglie invece sul piano delle condotte: l'art. 2638 c.c. punisce le condotte (anche omissive) che abbiano cagionato l'evento di ostacolo alle funzioni dell'autorità di vigilanza, nonché le condotte (positive) di falsità o di occultamento artificioso di informazioni concernenti la situazione patrimoniale, economica o finanziaria della società, *indipendentemente* dal fatto che abbiano cagionato l'evento di ostacolo alle funzioni di vigilanza. L'art. 170 *bis*, per contro, punisce solo le condotte che

403 Tali soggetti sono: Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti.

404 Ai sensi dell'art. 2639 c.c., a tali soggetti sono equiparati i c.d. Soggetti di fatto, cioè coloro che, pur in assenza di una formale investitura esercitano in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.

405 Particolarmente controversa è la definizione dei soggetti tenuti ad obblighi nei confronti dell'autorità di vigilanza. Ai fini del discorso che qui ci occupa, la questione assume rilievo pratico in quanto la CONSOB, ai sensi dell'art. 187 *octies* TUF, ha la potestà di richiedere informazioni a qualunque soggetto possa essere ritenuto informato sui fatti su cui l'autorità esercita la sua vigilanza. Ora, se la semplice richiesta da parte della CONSOB vale a ricomprendere il soggetto investito di tale richiesta nella cerchia dei soggetti comunque "obbligati in base alla legge", tutte le condotte di ostacolo realizzate da tali soggetti, ricadrebbero nell'orbita dell'art. 2638 c.c., con conseguente svuotamento di qualsiasi reale portata applicativa dell'art. 170 *bis*. Sul punto cfr. MARTIELLO, *Market Abuse e profili di responsabilità penale individuale*, in *Dir. E prat. Soc.*, 2006, p. 44; TRIPODI, *L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della CONSOB*, in SGUBBI – TRIPODI – FONDAROLI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 214.

406 SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, cit., p. 21; NOTARO, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla comunità europea. legge comunitaria*, in *Leg. Pen.*, 2006, p. 50; FOFFANI, *sub art. 170 bis*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 693 s.s.

abbiano effettivamente causato tale evento⁴⁰⁷.

Un ultimo, anche se controverso profilo differenziale viene ravvisato sul piano dell'elemento soggettivo: l'art. 2638 comma 2 c.c. richiede che I soggetti agenti pongano in essere le loro condotte “consapevolmente” ostacolino le funzioni dell'autorità di vigilanza. Tale inciso varrebbe ad escludere dall'ambito di operatività dell'art. 2638 c.c. le condotte realizzate con dolo eventuale, che conseguentemente sarebbero di pertinenza dell'art. 170 *bis*⁴⁰⁸.

Una volta tracciata la linea di demarcazione tra l'art. 2638 c.c. E l'art. 170 *bis* TUF, dobbiamo ora definire I confini tra quest'ultimo e il corrispondente illecito amministrativo di cui all'art. 187 *quinquiesdecies* TUF.

L'art. 187 *quinquiesdecies* punisce chiunque non ottemperi alle richieste della CONOB, ovvero ne ritardi l'esercizio delle sue funzioni. L'illecito penale e quello amministrativo risultano identici sotto il profilo dei soggetti attivi, essendo entrambi reati comuni, e differiscono invece per quanto riguarda l'elemento soggettivo, posto che l'illecito amministrativo è punibile anche a titolo di colpa (art. 3 l. 689/1981)⁴⁰⁹.

Mai i problemi nascono sul fronte del fatto punibile: a rigore, infatti, condotte di mancato o ritardato ottemperamento alle richieste della CONSOB costituiscono, di per se, un ostacolo alle funzioni di vigilanza. Ne conseguirebbe, dunque, la doppia punibilità, tanto a titolo penale che amministrativo.

Intuibile l'incongruenza di tale soluzione. Per scongiurare il concorso reale di illeciti è stata proposta allora una soluzione interpretativa del fatto punibile diversa, la quale, facendo leva sul carattere sussidiario della sanzione

407In argomento SANTORIELLO, *La tutela penale delle funzioni di vigilanza*, in A.A.V.V., *La disciplina penale dell'economia*, cit., p. 255

408FOFFANI, *sub art. 2638*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 2558 s.s.; MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 297; GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, cit., p. 332; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 193. *Contra*: CONTI, *Disposizioni in materia di società e di consorzi*, in *Commentario del codice civile*, SCALOJA-BRANCA, Bologna, 2004, p. 221, che ritiene che l'inserimento dell'avverbio “consapevolmente” avrebbe eliminato ogni perplessità circa la punibilità anche a titolo di dolo eventuale del reato in esame.

409TRIPODI, *L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della CONSOB*, in SGUBBI – TRIPODI – FONDAROLI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 207.

amministrativa rispetto a quella penale⁴¹⁰, fornisce una nozione più restrittiva di ostacolo rilevante ai sensi dell'art. 170 *bis*: per ostacolo dovrebbe intendersi «un fatto più pregnante della mera inottemperanza o del ritardo nell'esercizio funzionale, e destinata a sfociare in un effettiva ostruzione all'esercizio delle funzioni della CONSOB⁴¹¹». Ne segue, quindi, che le condotte inottemperate e dilatorie rileveranno esclusivamente a titolo di illecito amministrativo, a meno che non si accerti che in concreto abbiano prodotto un ostacolo serio ed apprezzabile all'attività della CONSOB, nel qual caso dovrà trovare applicazione il solo art. 170 *bis*⁴¹².

2 *Manipolazione del mercato mediante omissione e ostacolo alle funzioni dell'autorità di vigilanza.*

La poliedricità della norma penale sull'abuso di mercato, e in particolare la sua scarsa determinatezza in punto di aggravi manipolativo, segnato dall'inafferrabile e potenzialmente onnicomprensiva nozione di “altri artifici”, ha fatto sì che lo spettro operativo della norma venisse progressivamente dilatato.

A parte gli ovvi problemi che un simile assetto genera sul piano della legalità in materia penale, questa espansione dei confini applicativi della disposizione in esame, reca con sé un'ulteriore risvolto problematico: l'interferenza con altre fattispecie più o meno contigue. Di molte di queste sovrapposizioni si è già dato conto nei precedenti paragrafi. Ci soffermiamo adesso sui rapporti tra le condotte di manipolazione del mercato (art. 185 TUF) e quelle di ostacolo alle funzioni dell'autorità di vigilanza (170 *bis* TUF e, segnatamente ai fini del nostro discorso, art. 2638 c.c.).

410In tal senso TRIPODI, *L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della CONSOB*, in SGUBBI – TRIPODI – FONDAROLI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 207. s.s

411SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, cit., p. 22; FOFFANI, *sub art. 170 bis*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 693; TRIPODI, *L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della CONSOB*, in SGUBBI – TRIPODI – FONDAROLI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 207 s.s.

412TRIPODI, *L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della CONSOB*, in SGUBBI – TRIPODI – FONDAROLI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 209.

Un primo punto di contatto tra le due disposizioni (185 TUF E 2638 C.C.) si coglie agevolmente, ed è rappresentato dalla diffusione di notizie false, specie se effettuate *ex art.* 114 TUF. Tali informazioni essendo dirette all'autorità e previste dalla legge integrano perfezionano sicuramente la fattispecie criminosa di ostacolo alle funzioni dell'autorità di vigilanza e, qualora ricorra l'ulteriore requisito del carattere *price sensitive* della notizia, il delitto di manipolazione del mercato c.d. informativa⁴¹³.

Nessun apparente punto di contatto, invece, parrebbe ravvisabile con la seconda condotta di ostacolo alle funzioni dell'autorità di vigilanza (occultamento con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare): l'occultamento infatti si presenta agli antipodi rispetto alle condotte positive volte a manipolare l'andamento del prezzo di un titolo.

Il problema è che la giurisprudenza ha interpretato più o meno liberamente il dato normativo, fino a ritenere configurabile, almeno a date condizioni, delle ipotesi manipolazione del mercato mediante omissione. Non sfugge l'anomalia: si tratta di piegare in forma omissiva una norma strutturalmente incentrata su condotte attive : la divulgazione di notizie false, o la realizzazione di operazioni simulate, ovvero il compimento di altri raggiri, infatti, evocano condotte di carattere positivo.

Una condotta puramente omissiva risulterebbe sicuramente carente di tipicità ai fini dell'incriminazione per manipolazione del mercato⁴¹⁴. Questo dato è incontrovertibile almeno per quelle ipotesi di aggioaggio c.d. *informativo*: la diffusione di notizie false si pone come condotta indefettibilmente attiva: la mancata comunicazione di notizie (vere) potenzialmente idonee a incidere sull'andamento di un titolo non può essere certamente assimilata alla diffusione di notizie false⁴¹⁵.

413La realtà del concorso tra le due disposizioni è stata ribadita dalla giurisprudenza, la quale ha escluso la possibilità di far luogo all'assorbimento sulla base del principio di sussidiarietà, attesa la diversa oggettività giuridica delle due norme. Cfr. T.Milano 19/12/2008 (caso Parmalt), *par.* 7.1

414T.Milano 19/12/2008 (caso Parmalt), *par.* 18; A. Milano 17 Luglio 2010; ; Cass. 20 Luglio 2011 n°28932.

415Cfr. le pronuncie richiamate nella nota precedente.

Il problema tuttavia si pone in termini diversi in tutte quelle ipotesi in cui ad una condotta omissiva – la mancata comunicazione di informazioni *price sensitive*⁴¹⁶ – si accompagna un comportamento ingannatorio positivamente tenuto⁴¹⁷. Come ha avuto modo di sottolineare la giurisprudenza <<La omessa informazione assume rilievo penale sono in quanto inserita in un strumento comunicativo tipico [bilancio, altra comunicazione sociale], rivolto a soggetti determinati o determinabili, si da assumerà valore positivo dell'asserzione di un fatto non rispondente al vero⁴¹⁸>>. A queste condizioni tale silenzio reticente potrebbe essere ricompreso nella nozione altri artifici, acquistando quindi tipicità anche come fatto di manipolazione del mercato, oltre che come ostacolo alle funzioni dell'autorità di vigilanza.

Così impostato, il ragionamento palesa l'analogia con un altro precedente giurisprudenziale: quello della truffa mediante omissione⁴¹⁹. A differenza di quest'ultima, però, la manipolazione del mercato mediante omissione sembrerebbe indenne dal principale argomento critico usato per contestare l'esistenza della truffa in forma omissiva: la mancanza di un obbligo giuridico di informare, in difetto del quale la clausola di equivalenza prevista dall'art. 40 c.p. non potrebbe trovare spazio. A differenza dei rapporti tra privati, invece, il

416Non possono dunque rientrare nella casistica in esame le condotte reticenti volte ad evitare la sensibile alterazione del prezzo di uno strumento finanziario, che verrebbe determinata dai moti oscillatori sul prezzo del titolo prodotti in caso di diffusione della notizia non comunicata. Cfr. CRESPI, *Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminative*, cit., p. 107 s.s. (spec. p. 113).

417Invero, entro la nozione di artificio – anche con riferimento al reato di aggio – non pare in alcun modo potersi comprendere il mero comportamento negativo, il generico silenzio, la pura inerzia, dal momento che l'artificio consiste nella rappresentazione *positiva* di qualcosa che non risponde al vero, connotata da una predisposizione di mezzi (la c.d. *Mise en scène*). Cfr., per tutti, - FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale p.sp.*, vol. II, tomo secondo, Bologna, 2007, p. 175 s.s.

418T.Milano 19/12/2008 (caso Parmalt), *par.* 18. Ancora più esplicita la sentenza con cui la suprema corte ha convertito la pronuncia dei giudici di merito (Cass. 20 Luglio 2011 n°28932.), ove testualmente si legge: <<La violazione del dovere di verità, sia nella forma commissiva del mendacio (comunicazione di fatti non rispondenti al vero) sia quella omissiva del silenzio su comunicazioni doverose o di necessaria rettifica di informazioni infedeli (e, quindi, azione di ostacolo alla funzione tutoria mediante occultamento, indicano la previsione incriminatrice che considera pura la più vasta categoria degli “altri artifici”. (*par.* 7, relativo al reato di ostacolo alle funzioni di vigilanza della CONSOB).

419È noto che la giurisprudenza subordinato la configurabilità di quest'ultima a due requisiti: l'esistenza di obbligo giuridico di informare a cui corrisponderebbe un (asserito) obbligo giuridico di impedire l'evento (di induzione in errore), nonché l'utilizzo di altri artifici unitamente alla condotta reticente.

diritto del mercato mobiliare pulula di obblighi di informazione: a titolo di esempio, si le ipotesi di violazione dell'obbligo di comunicazione di un'informazione che si ha l'obbligo di comunicare *ex. Art. 114 TUF*⁴²⁰, ovvero il compimento di articolate operazioni (acquisti di concerto, offerte pubbliche di acquisto e di scambio ecc.) su titoli da parte di soggetti uniti da un patto parasociale, e di cui sia stata omessa la (doverosa) comunicazione, *ex. Art.li 106, 109 e 122 TUF*⁴²¹.

Tuttavia, residua un altro argomento critico che, qui come nella truffa mediante omissione, si presenta come insuperabile: la configurabilità di un reato omissivo improprio può essere realizzata solamente per i reati di evento a forma libera.

Ora, già nella truffa – reato di evento, ma a forma vincolata – questo argomento sembra persuasivo; ma lo è ancora di più nella manipolazione del mercato che è un reato di pura condotta senza evento (naturalistico⁴²²). Né l'evento di pericolo previsto dalla disposizione in esame (la possibilità che si verifichi una sensibile alterazione nel prezzo di uno strumento finanziario) può essere assimilato ad un evento naturalistico: a rigore, un evento di pericolo consiste nell'aumento della probabilità di verifica di un evento naturalistico⁴²³. Le due nozioni non sono perciò assimilabili e con essa cade anche la possibilità di configurare una manipolazione del mercato mediante omissione.

420Ricordiamo, però, che la violazione di tale obbligo sia già sanzionata a titolo di illecito amministrativo *ex. Art. 193 TUF*.

421Per questa casistica cfr. ACCINNI, *Opa obbligatoria e condotta <<artificiosa>> nel reato di aggio c.d. <<manipolativo>>*, cit., p. 73 s.s., il quale propende per la rilevanza penale della manipolazione del mercato in forma omissiva.

Un altro esempio proposto è stato quello dell'omissione di *disclosure* delle trattative *in itinere*. Su quest'ultimo aspetto cfr. CARRIERE, *I profili normativi delle fasi propedeutiche di operazioni di m&a successivamente al recepimento della direttiva market abuse*, in *Riv. Soc.*, 2006, p. 338.

422A rigore, nelle condotte di aggio non può parlarsi di (pericolo di verifica di) un evento di danno, ma solo di evento naturalistico: << l'oscillazione dei prezzi del mercato, anche se sensibile, non esprime una lesione degli interessi protetti, ma rappresenta una normale condizione di funzionamento del mercato >>. Così MAGRO, *Aggio*, cit., p. 706.

423A ciò si aggiunga le particolari difficoltà di accertamento del carattere *price sensitive* della notizia: si tratta di individuare la probabilità di influenza potenziale che una notizia non divulgata avrebbe sortito nei processi decisionali posti alla base della formazione del prezzo: alle congetture incertezze nell'accertamento dei reati di pericolo si sommano quelle reattive all'accertamento della causalità psicologica.

L'omissione, dunque, potrà rilevare solo se fatta oggetto di un'autonoma previsione, come accade nell'art. 193 TUF, ovvero come ostacolo alle funzioni dell'autorità di vigilanza, ma non anche come fatto di manipolazione del mercato⁴²⁴.

⁴²⁴Analogamente MAGRO, *Aggiotaggio*, cit., p. 723; Cfr. CRESPI, *Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminative*, cit., p. 113.

Contra: ACCINNI, *Opa obbligatoria e condotta <<artificiosa>> nel reato di aggiotaggio c.d. <<manipolativo>>*, cit., p. 73 s.s che ritiene l'astratta configurabilità di forme di condotte di manipolazione del mercato che abbiano come fulcro una condotta omissiva. Analogamente in giurisprudenza T.Milano 19/12/2008 (caso Parmalt), *par.* 18.

REATI FINANZIARI E REATI FALLIMENTARI

I Premessa

Le fattispecie prese finora in considerazione hanno messo in evidenza una stretta correlazione tra diritto penale societario e diritto penale delle società quotate (o diritto penale del mercato finanziario). Il dato è evidente: i due settori sono contigui e differenziano solo in ragione del diverso statuto della società.

La casistica finora esaminata, quindi, è servita principalmente a delineare i confini, per così dire, *interni* del diritto penale delle società, quotate e non quotate: del diritto penale societario *tout court*. Confini che, come abbiamo visto, si presentano stabilmente incerti e fisiologicamente indefiniti, con ampie aree sottoposte ad entrambi i sotto settori.

Vale ora la pena provare a delineare i non meno nebbiosi confini *esterni* del diritto penale societario: viene in rilievo in particolare il secondo grande settore, rappresentato dal diritto penale fallimentare. I due settori, come giustamente sottolineato da un grande studioso di entrambe le discipline, costituiscono a buon diritto i capisaldi dello statuto penale dell'impresa⁴²⁵.

Le evidenti connessioni sono esplicitate già a livello normativo attraverso una norma che fa da ponte tra i due settori: l'art. 223 Legge Fallimentare (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, di seguito l.f.)⁴²⁶.

Il primo comma della disposizione in esame opera un estensione soggettiva agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società delle fattispecie di bancarotta fraudolenta, previste nell'art. 216 l.f. in

425 PEDRAZZI, *sub. Art. 223*, cit., p. 702 s.s.

426 PEDRAZZI, *Reati Fallimentari*, in Pedrazzi – FOFFANI – Seminara – Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit. (ora in PEDRAZZI, *Diritto Penale*, vol. IV, Milano, 2003, da cui riprendiamo le citazioni): <<il collegamento che così si istituisce tra diritto penale fallimentare e diritto penale societario ha la sua ragion d'essere in una parziale omogeneità di contenuti offensivi e di oggettività giuridica tra i due rami principali del diritto penale dell'impresa: la tutela dei creditori destinataria della tutela delle norme penali fallimentari, gode di organica protezione anche sul piano della disciplina penale societaria. Donde l'opportunità di un raccordo normativo che valorizzi, nella più grave prospettiva fallimentare, l'abuso dei meccanismi societari e al tempo stesso eviti una duplicazione di qualificazioni giuridico penali che solleverebbe ardui problemi di concorso>>. (p. 910. Corsivi aggiunti)

relazione al fatto commesso dall'imprenditore individuale.

Il secondo comma si articola in due numeri.

Con il numero 1 (art. 223 comma 2 n°1 l.fall. come modificato dal dlgs. 61/2002⁴²⁷) vengono puniti gli stessi soggetti di cui al primo comma che, commettendo taluni dei reati presupposti espressamente elencati⁴²⁸, abbiano causato o concorso a causare il dissesto della società⁴²⁹.

Il secondo numero punisce gli stessi soggetti che abbiano cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società.

L'articolo in esame, in quanto crocevia tra i due settori, societario e fallimentare, pone un groviglio di questioni in ordine al concorso di norme: riguardo al comma 2, vengono in particolare in rilievo i rapporti tra i due numeri in esso contenuti, nonché il n°1 e i reati presupposto ivi richiamati;

⁴²⁷La novella ha sollevato l'interrogativo circa il rapporto tra la precedente disposizione e la successiva riformulazione. Mentre un primo orientamento riteneva si trattasse di *abolitio criminis* (cfr. tra gli altri MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, in A.A.V.V., *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 451; Cass. V 8 Maggio 2002, Kunz, in *Guida al diritto*, 2002, p. 75) un secondo filone propendeva per la tesi dell'*abolitio* parziale e un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo, con conseguente continuità normativa per le ipotesi rilevanti anche ai sensi della nuova disposizione (cfr. tra gli altri PULITANÒ, *False comunicazioni sociali*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 141; Cass.15 Maggio 2002, in *Cass. Pen*, 2003, p. 73.

Il contrasto interpretativo è stato risolto dalle sezioni unite nel senso della successione di leggi penali. Cfr. Cass. S.U., 26 Marzo 2003, *Giordano*, in *Guida Dir.*, 2003, p. 60.

⁴²⁸Tali reati sono: false comunicazioni sociali (art.1. i 2621 e 2622 c.c.), indebita restituzione dei conferimenti (art. 2626 c.c.), illegale ripartizione degli utili e delle riserve art. 2627 c.c.), illecite operazioni sulle azioni o sulle quote sociali o della società controllante (art. 2628 c.c.), operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629 c.c.), formazione fittizia del capitale (art. 2632 c.c.), indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633 c.c.), infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.)

È controverso se possa farsi applicazione della norma in esame anche per fatti integranti reati diversi da quelli espressamente richiamanti ma che comunque abbiano causato o concorso a causare il dissesto della società. Per un esame della questione con particolare riferimento ai delitti di agiotaggio (non richiamanti nell'elenco dei reati presupposto) v. *infra*.

L'inclusione delle fattispecie di false comunicazioni sociali tra nell'elenco dei reati presupposto è stata criticata a vario titolo, specie per avuto riguardo all'art. 2621: si è messo in luce la difficoltà di riscontrare un nesso causale tra la falsa comunicazione sociale non produttrice di danno e il dissesto della società. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie*, cit.,

⁴²⁹L'assenza di tale requisito nella precedente formulazione della norma era stata oggetto di vivaci critiche da parte della dottrina, la quale, seguita anche da una parte della giurisprudenza, lo aveva ritenuto implicito anche sotto il vigore della previgente disposizione, almeno nel senso di ritenere che il nesso di causalità tra il fatto di reato e il dissesto della società oggetto di una presunzione relativa, superabile in giudizio. Un altro *escamotage* proposto era stato quello di considerare la bancarotta da reato societario una fattispecie circostanziata del delitto presupposto, anziché un autonomo titolo di reato. Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. II ed., p. 134; Pisapia, *False comunicazioni sociali e bancarotta fraudolenta*, in *Studi di diritto penale*, Padova, 1956, p. 328

occorre poi delineare i rapporti tra il secondo e il primo comma per capire se i reati ivi previsti possano dar luogo o meno ad un concorso di reati.

Esamineremo le due questioni in paragrafi distinti,. Per ricordarci al settore oggetto della presente trattazione, faremo riferimento ai problemi di raccordo con due reati emblematici del diritto penale del mercato finanziario: le false comunicazioni sociali e il delitto di aggioaggio.

2 *Il problema del rapporto tra la bancarotta impropria da reato societario e i reati presupposto. Il caso emblematico delle false comunicazioni sotto soglia.*

L'art. 223 comma 2 n°1 richiama una serie di reati in ambito societario che assumono rilievo in quanto abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società,

Gli effetti della disposizione in esame in ordine alla qualificazione penale del fatto sono incisivi: l'incriminazione per bancarotta impropria la non punibilità del reato presupposto, secondo lo schema del reato complesso, delineato dall'art. 84 C.P.⁴³⁰., il cui trattamento sanzionatorio si ritenente comprensivo tanto di entrambi i fatti di reato⁴³¹.

Vendendo ai nodi problematici, ci si è interrogati se le false comunicazioni

430 MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria impropria*, in A.A.V.V., *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 445; DESISTO, in A.A.V.V., *La disciplina penale dell'economia*, cit., p. 389.

La lettura della norma come reato complesso porta con se un'importante conseguenza di carattere processuale, in ordine al divieto di doppio giudizio: Il giudicato sulla bancarotta coprirà necessariamente anche quello sulle singole ipotesi incriminate; di pari, il giudicato sul reato presupposto preclude la successiva pronuncia sul reato di bancarotta. Desisto, *op. ult cit.*, p. 403. Tale ultimo assunto postula una nozione di "stesso fatto" ai fini del *ne bis in idem* che si risolve nell'identità della condotta. Tuttavia, la giurisprudenza non è allineata su questo indirizzo: è infatti richiesta, oltre all'identità della condotta, anche l'identità dell'evento. Di conseguenza, secondo tale impostazione, non sarebbe precluso il secondo giudizio.

431 Sottolinea l'irrazionalità di tale scelta normativa NAPOLEONI, *Le mariage qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta "da reato societario*, *Cass. Pen.*, 2009, p. 294 s.s.

Va peraltro, aggiunto, che la complicazione fallimentare ha come conseguenza di dilatare enormemente i termini della prescrizione rispetto alla prescrizione ordinaria dei reati presupposti: per effetto della circostanza aggravante ad effetto speciale i fatti di bancarotta societaria diventano praticamente imprescrittibili. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, Padova, 2010, p. 116

sociali al di sotto delle soglie, non punibili ai sensi degli art. 2621 e 2622 c.c., possano rilevare ai fini del diverso reato di bancarotta impropria da reato societario.

La tesi favorevole a tale soluzione fa leva su un dato testuale: l'art. 223 comma 2 n°1 punisce chi abbia cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società, commettendo alcuno dei *fatti* di reato (p.es false comunicazioni sociali, illecita ripartizione degli utili ecc.). Ora, l'uso della locuzione *fatto* sembra rendere sufficiente, ai fini dell'integrazione della norma in esame, la semplice realizzazione di un fatto materiale di reato: pertanto, l'eventuale non punibilità del reato societario per la sussistenza di una causa di giustificazione o per mancanza di dolo, non impedirebbe la punibilità per il diverso reato di bancarotta impropria da reato societario⁴³².

La questione assume rilievo pratico perché la natura giuridica delle soglie è controversa⁴³³: se le si considera come cause di giustificazione o come cause di esclusione della colpevolezza, il mancato superamento delle soglie non impedirebbe la configurabilità del reato fallimentare; alla conclusione opposta si perviene, invece, se vengono⁴³⁴ qualificate come degli elementi costitutivi del fatto tipico⁴³⁵. Il tale caso, si sostiene, il falso che non supera la soglia sarà irrilevante non solo ai fini delle false comunicazione sociali ma anche ai fini del reato di bancarotta.

Ora, la tesi che afferma l'incidenza delle soglie sul piano della tipicità sembra preferibile⁴³⁶. Non riteniamo invece di convenire sul corollario che

432 Contra PEDRAZZI, *sub. Art. 223*, cit., p. 771.

433 L'introduzione della sanzione amministrativa per i fatti di falsità che non superino la soglia non ha tolto rilievo alla questione.

434 Tra gli altri, MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 88; MASULLO, *sub. Art 2621-2622*, cit., *passim*; ZANNOTTI, *il nuovo diritto penale dell'economia*, p. 144; CAPELLI, *Appunti su bene giuridico e soglie di punibilità nei nuovi reati di false comunicazioni sociali*, in *Crit. Dir.*, 2003, p. 295; PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi di successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 1603

435 MANNA, *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004 p. 157; Per una soluzione differenziata a seconda di quale tra le due soglie (quantitativa o qualitativa) venga in considerazione cfr. FOFFANI, *sub artt. 2621-2622*, in A.A.V.V., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 2465

436 In giurisprudenza, Cass. V, 27 Maggio 2003 n°23236, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 3747; Cass. V, 3 Febbraio 2009

viene ricavato da questa asserzione: la dottrina, infatti, afferma che i fatti di falsità realizzati al di sotto delle soglie non integreranno nessuna delle due disposizioni incriminatrici: né l'art. 2621 o 2622; né l'art. 223⁴³⁷.

Sul punto è bene precisare che la rilevanza delle false comunicazioni sociali sotto - soglia è sicuramente esclusa ai fini della configurazione della bancarotta da reato societario di cui al n°1, ma potranno essere qualificate come “operazioni dolose” rilevanti ex art. 223 comma 2 n°2:⁴³⁸.

E qui veniamo al secondo problema: quello dei rapporti tra n°1 e il n°2 del dell'articolo in esame, di cui al prossimo paragrafo.

3 *I rapporti tra la bancarotta da reato societario e la causazione dolosa del fallimento. Il problematico inquadramento del delitto di aggrottaggio.*

Come già detto in precedenza, l'art. 223 comma 2 n°1 prevede diverse ipotesi in cui il dissesto della società sia stato causato (anche) da fatti già di per se integranti uno dei reati presupposto richiamati dalla norma, i quali risulteranno punibili solo ai sensi del reato fallimentare⁴³⁹.

La riforma del 2002 ha inciso anche su aspetti capitali della disposizione in esame: ai fini che qui interessano è stato ridisegnato il catalogo dei reati presupposto, in base ad un criterio di scelta che, almeno nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe essere ispirato all'omogeneità dell'interesse tutelato dalle varie norme richiamate nell'elenco: in particolare, vengono in rilievo nella lista le sole fattispecie potenzialmente offensive degli interessi del ceto creditorio⁴⁴⁰.

437 DESISTO, in A.A.V.V., *La disciplina penale dell'economia*, cit., p. 390; Cass. 23 Aprile 2003 n° 23236, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 3747; Cass. 16 Aprile 2008, *Briatore* (inedita)

Contra: NAPOLEONI, *le mariane qui a mal tourné*, cit., nota 8 p. 296

438 *Contra*: DESISTO, *op. ult. Cit.*, p. 397. il quale sostiene che a ciò osta il carattere speciale della fattispecie di cui al n°1. Per una critica a questa impostazione v. *infra*.

439 Critico nei confronti del trattamento sanzionatorio apprestato dalla norma NAPOLEONI, *Le mariane qui a mal tourné*, cit., p. 298 s.s.

440 Esplicita, in tal senso, la relazione al d.lg. n. 61 del 2002 (in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Ipsoa, 2002, p. 617). In dottrina, v. BRICCHETTI, *La nuova fattispecie*, cit., p. 958; BRICCHETTI e TARGETTI, *Bancarotta e reati*, cit., p. 128; CADOPPI, *Commento all'art. 4 d.lg. 11 aprile 2002, n. 61*, in *I nuovi reati societari*, a cura di Lanzi e Cadoppi, Cedam, 2007, s.; CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, Giuffrè, 2008, p. 182; CRISTIANI, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*,

Il criterio selettivo esposto ha condotto il legislatore ad operare l'esclusione del delitto di aggioaggio dal novero dei reati presupposto. Segnaliamo subito che, contrariamente a quanto si sarebbe indotti a credere, l'operazione si risolve in un netto aggravamento della risposta sanzionatoria: in luogo dell'applicazione dell'unico reato fallimentare, si dovrà procedere alla contestazione sia del reato di aggioaggio, sia degli eventuali reati di bancarotta patrimoniale da questo causati⁴⁴¹.

Ora, la questione che si pone è se realtà del concorso costituisca l'esito inevitabile dell'eliminazione del delitto di aggioaggio dal novero dei reati presupposti⁴⁴².

La soluzione del quesito passa per l'indagine dei rapporti che intercorrono tra la bancarotta da reato societario di cui al n°1 comma 2 art. 223 l.f. e la causazione del fallimento con altre operazioni dolose prevista dal n°2 del medesimo comma.

Partiamo da un dato incontrovertibile: i reati societari costituiscono una norma speciale rispetto alla più ampia categoria delle operazioni dolose di cui

Giappichelli, 2003, p. 225; D'AVIRRO, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 10 ss.; DE CRESCIENZO, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, in *La riforma del diritto societario*, Quaderni del Consiglio Superiore della magistratura, 2004, n. 139, p. 1005; GAMBARDELLA, *Il nesso causale*, cit., p. 91; LANZI, *Il nuovo reato*, cit., p. 17104; MANGIONE, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 616; MUCCIARELLI, *La bancarotta societaria*, cit., p. 444; MUSCO, *I nuovi reati*, cit., p. 36; PERINI, *Il "cagionamento del dissesto": la nuova "bancarotta da reato societario" al banco di prova della causalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 729; ROSSI, *Reati fallimentari*, cit., p. 216; SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Utet, 2003, p. 372; SCHIAVANO, *La nuova bancarotta*, cit., p. 255; SCIUMBATA, *I reati societari*, cit., p. 124; SCOPESI, *Le false comunicazioni*, cit., p. 129 s. Nel senso, peraltro, che il suddetto criterio di selezione non fosse imposto dalla esigenza del nesso causale tra reato societario e dissesto, voluto dal legislatore delegante, cfr. DEL CORSO, *La bancarotta societaria*, cit., p. 28.

441 Uno dei paradossi prodotti dall'intervento legislativo del 2002 è stato quello di trasformare l'art. 223 l.f. in una norma di favore, rispetto alla più rigorosa disciplina del concorso reale di reati. Cfr. NAPOLEONI, *op. e loc. ult cit.*; CADOPPI, *Commento all'art. 4*, cit., p. 378

442 Affermano la realtà del concorso A. Milano 17 Luglio 2010; Cass. 16 Marzo 2011; Cass. 20 Luglio 2011 n°28932.

Se un fatto di manipolazione del mercato informativo realizzato mediante una falsa comunicazione sociale, fermo restando il concorso tra le due fattispecie, il problema del concorso con la bancarotta impropria si pone solo riguardo alla manipolazione del mercato, essendo le fattispecie di false comunicazioni sociali espressamente ricomprese nel catalogo dei reati presupposto.

Lo stesso problema si pone, come accennato nel precedente paragrafo, per le false comunicazioni sociali sotto soglia, ove queste non si ritengano comprese nel richiamo operato dal n°1.

al n°2⁴⁴³.

Ci si domanda, allora se i reati non espressamente richiamati dal n°1 tra i reati presupposto possano essere recuperati mediante la loro riconduzione alle “altre operazioni dolose” di cui al n°2.

In proposito, vi è chi ritiene l’elencazione dei reati presupposto non abbia solo un valore specializzante ma anche un valore escludente: nel senso che i reati non espressamente richiamati non sarebbero sussumibili all’interno della causazione dolosa del fallimento.

Il discorso cambia se, come pare preferibile, si ritengono ricompresi nella nozione di “altre operazioni dolose” tutte quelle fattispecie di reato che, pur non espressamente richiamate, abbiano in concreto causato il fallimento/dissesto della società.

Quest’ultima soluzione appare preferibile. Invero, tale assetto costituisce l’ordinaria applicazione del principio di specialità: i casi non ricompresi nella disposizione speciale saranno soggetti alla disciplina di quella generale⁴⁴⁴. Ne consegue che l’unica fattispecie applicabile sarà quella della bancarotta impropria, la quale, anche per tali reati, assorbirà il reato presupposto, analogamente a quanto previsto dal n°1⁴⁴⁵.

443 Invero è richiesto che i reati societari abbiano cagionato o concorso a cagionare il *dissesto*; mentre le altre operazioni dolose devono aver cagionato il *fallimento*. Tuttavia la dottrina non ha dato peso alla distinzione, ritenendo le due locuzioni tra loro fungibili. Cfr. COCCO, *sub. Art. 223*, cit., p. 1272

444 In questo senso già PEDRAZZI, *op. ult. Cit.*, p. 783: <<la portata della formula legale è indubbiamente assai ampia. Consente di recuperare i reati societari non ricompresi nel n°1>> e 788 s.s.

445 Id., p. 790. Contra: A. Milano 17 Luglio 2010; Cass. 16 Marzo 2011; Cass. 20 Luglio 2011 n°28932. In quest’ultima pronuncia, la corte ha espressamente affermato che: << in tema di bancarotta fraudolenta societaria e le condotte di infedeltà della comunicazione sociale e quelle di aggrottaggio per manipolazione dell’informazione diretta al mercato possono concorrere tra loro. Non tanto per la diversità dei beni giuridici protetti criterio che [...] non è sempre di utilità, per l’incertezza dell’oggetto protetto, ma perchè è evidente la *difformità strutturale* delle rispettive fattispecie. [...] non sussiste pertanto omogeneità strutturale e si deve escludere qualsiasi rapporto di consunzione, di assorbimento o di specialità della seconda fattispecie nella prima>>. V. pure *par. 6c* della medesima pronuncia.

La sentenza in esame, tuttavia, presta il fianco ad una critica: nei casi di cui art. 223 comma 2 l.f., l’apparenza del concorso non è determinata da un rapporto di specialità (art. 15 c.p.), ma dal diverso istituto del reato complesso (art. 84 c.p.). Quest’ultimo, come è noto, nell’unificare molteplici fattispecie entro un unico titolo di reato, prescinde completamente dai rapporti strutturali intercorrenti tra le fattispecie unificate. A titolo di esempio, si pensi alla rapina: nessuno dubita dell’eterogeneità strutturale tra le fattispecie base di furto e di violenza; parimenti, però, nessuno dubita dell’esclusiva pertinenza della fattispecie complessa nei casi di

Riguardo alla scelta del legislatore di ricomprendere solo alcuni reati societari tra l'elenco dei reati presupposti, può osservarsi tale opzione può essere motivata da circostanze di *normalità criminale*: le fattispecie previste dal n°1, essendo preposte anche alla tutela degli interessi dei creditori, sono quelle che con maggiore facilità potranno contribuire casualmente a determinare il fallimento della società. Ma ciò non significa che anche altre fattispecie possano in concreto presentare tale idoneità eziologica: se questa ricorrerà i reati presupposto saranno assorbiti dalla fattispecie in esame, in armonia con quanto previsto dal n°1⁴⁴⁶.

La soluzione sembra la più lineare dal punto di vista interpretativo. Non altrettanto può dirsi dal punto di vista sanzionatorio: la norma in esame, infatti, non traduce nel compasso edittale il disvalore ulteriore rispetto al reato societario, rappresentato dal fallimento della società.

4 *Il rapporto tra bancarotta impropria da reato e bancarotta fraudolenta impropria. Il caso emblematico dell'infedeltà patrimoniale.*

Abbiamo visto che il secondo comma dell'art. 223 l.f. prevede un mutamento del titolo di reato ogni volta che un'operazione delittuosa abbia cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società. Tuttavia, come è stato correttamente osservato, la funzione della norma non è solo quella di disporre un aggravamento della risposta sanzionatoria: la vera *ratio* della disposizione è quella di punire condotte che non sarebbero altrimenti sanzionabili attraverso il ricorso alla fattispecie di bancarotta.

concorso tra le fattispecie – base.

446 È vero che così opinando, si priva il n°1 di qualsiasi reale portata applicativa, riducendolo ad una mera esemplificazione di condotte già di per se riconducibili nel più ampio n°2. Ma la cosa si spiega agevolmente se si pone in mente che il n°1 comma 2 dell'art. 223, a seguito dell'intervento novellistico, e nonostante la sua formulazione, risulta essere un puro retaggio storico: il legislatore richiedendo anche per la bancarotta da reato societario la sussistenza del nesso causale con il fallimento della società, ha eliminato l'unico profilo distintivo tra le due ipotesi. Prima della riformulazione, infatti, il richiamo espresso di un certo reato nel n°1 aveva l'effetto di rendere la bancarotta configurabile indipendentemente dall'accertamento di un nesso causale tra la condotta delittuosa e il fallimento, mentre per i reati non espressamente richiamati, era necessario accertare quest'ulteriore requisito.

L'eliminazione di questa "eloquente antitesi" (così PEDRAZZI, *op. ult. Cit.*, p. 768) tra i due numeri contenuti dal comma 2 art.223 l.f., ha rotto gli argini che separavano le due ipotesi.

Se però questa è la funzione della disposizione in esame, è anche vero che la portata applicativa della norma è certamente più ampia. A questo proposito va segnalata la possibilità di sovrapposizioni tra la bancarotta *latu sensu* da reato (art. 223 comma 2 n°1 e 2° l. fall.) e la bancarotta fraudolenta impropria (art. 223 comma 1 l. fall)⁴⁴⁷.

Caso paradigmatico è costituito dalla fattispecie di infedeltà patrimoniale, la quale, in quanto espressamente richiamata dal n° 1 comma 2 art. 223 l.f., si presta a integrare la fattispecie di bancarotta da reato societario; ma le condotte ivi previste potrebbero rilevare in quanto tali, quali ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale: : l'atto di disposizione di beni sociali, deliberatamente compiuto in danno della società per favorire interessi antagonisti, tende a confluire, in caso di fallimento, nell'alveo della fattispecie cardine della bancarotta fraudolenta per distrazione, intesa nel senso corrente di ingiustificata destinazione del patrimonio ad una finalità diversa da quella che esso deve avere nell'impresa o, più propriamente, di "sviamento" delle componenti di tale patrimonio dalla loro "naturale funzione di garanzia dei creditori"⁴⁴⁸.

In casi simili, la giurisprudenza pare orientata nel senso del concorso reale

447<<può ben accadere che nell'ambito della medesima procedura concorsuale si verificano fatti che integrano la bancarotta fraudolenta documentale prevista dal comma 1, quando questa si realizza attraverso la tenuta della contabilità in modo tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari e fatti che integrano l'art. 223 comma 2 n° 2 l.f.>> Così Cocco, *sub art. 223*, in A.A.V.V., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 1271

448 Cfr., in questo senso, MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 369; nonché BRICCHETTI, *La nuova fattispecie*, cit., p. 987; BRICCHETTI e TARGETTI, *Bancarotta e reati*, cit., p. 145; D'AVIRRO, *La bancarotta fraudolenta*, cit., p. 79.

di reati⁴⁴⁹ tra comma 1 e comma 2 (n° 1 e 2) dell'art. 223 l.f.⁴⁵⁰.

Per contro non convince la tesi del concorso apparente. In dottrina⁴⁵¹ si è sostenuto che le due norme infatti sussiste un rapporto di specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta: il comma 1 sarebbe speciale per quanto riguarda le condotte che altro non sono che una *species* rispetto alle più ampie condotte previste dal comma 2, il quale fa riferimento al più comprensivo “cagionare con dolo o con operazioni dolose”. Per contro il comma 2 sarebbe speciale in quanto prende in considerazione le sole condotte che abbiano causato il dissesto/fallimento della società, mentre le condotte di cui al comma 1 rilevano in quanto tali, indipendentemente dalla sussistenza di un nesso eziologico con il dissesto. La norma prevalente sarebbe il solo comma 2⁴⁵².

449. Con riferimento ad un fatto integrante al contempo un'ipotesi di infedeltà patrimoniale e una bancarotta fraudolenta. Cass. Sez. V, 5 marzo 2008, Scotuzzi, *C.E.D. Cass.*, n. 239394; Sez. V, 16 gennaio 2007, Ginestra, *ivi*, n. 236054, e, con la data 14 febbraio 2007, in *Società*, 2008, 503. Entrambe le pronunce rimarcano come tale soluzione si imponga proprio per evitare di dover pervenire "all'assurda conseguenza che la condotta di infedeltà patrimoniale, aggravata dal conflitto di interessi", sia punibile (come bancarotta fraudolenta) "solo se abbia determinato il dissesto della società, mentre la distrazione, commessa senza conflitto di interessi, sarebbe punibile di per sé, anche in mancanza di un rapporto di causalità con il dissesto". In dottrina, per tale soluzione, cfr. DESTITO, *La bancarotta impropria*, cit., p. 403; GLIATTA, *L'onere per l'amministrazione formale di vigilare sull'operato dell'amministratore di fatto*, in *Società*, 2008, p. 511.

Al riguardo, può ricordarsi come la Corte di cassazione abbia ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità dell'originario art. 223, comma 2, n. 1, l. fall., nella parte in cui richiamava l'art. 2621 c.c. - eccezione sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento rispetto all'amministratore di società fallita che avesse commesso fatti ancor più lesivi del patrimonio della società, quali quelli previsti dai previgenti artt. 2624, 2625 e 2629 c.c. - sul rilievo che le condotte descritte in tali norme potevano essere direttamente sussunte, nell'ipotesi di sopravvenienza del fallimento, tra le ipotesi tipiche di bancarotta fraudolenta patrimoniale (cfr. Sez. V, 27 gennaio 1981, Cajani, cit.). Nel senso che le condotte integranti i reati societari non richiamati potessero configurare, nei congrui casi, la bancarotta fraudolenta per distrazione, v. altresì PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA e SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2^a ed., Monduzzi, 2000, p. 167.

450 Sez. 5, *Sentenza n. 7248 del 15/04/1992*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1993, p. 949; Sez. V, 5 marzo 2008, Scotuzzi, *C.E.D. Cass.*, n. 239394; Sez. V, 16 gennaio 2007, Ginestra, *ivi*, n. 236054, e, con la data 14 febbraio 2007, in *Società*, 2008, 503. Entrambe le pronunce rimarcano come tale soluzione si imponga proprio per evitare di dover pervenire "all'assurda conseguenza che la condotta di infedeltà patrimoniale, aggravata dal conflitto di interessi", sia punibile (come bancarotta fraudolenta) "solo se abbia determinato il dissesto della società, mentre la distrazione, commessa senza conflitto di interessi, sarebbe punibile di per sé, anche in mancanza di un rapporto di causalità con il dissesto". In dottrina, per tale soluzione, cfr. DESTITO, *op. ult. Cit.*, p. 403; GLIATTA, *L'onere per l'amministrazione formale di vigilare sull'operato dell'amministratore di fatto*, in *Società*, 2008, p. 511.

451 Cocco, *op. e loc. ult. Cit.*

452 Cocco, *op. e loc. ult. cit.*; Contra PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 919 s.s. il quale ritiene prevalente la bancarotta fraudolenta impropria.

La tesi non pare condivisibile in quanto le condotte previste rispettivamente al comma 1 e al comma 2 non sono in rapporto di continenza ma di *interferenza*: esistono condotte di bancarotta fraudolenta impropria (comma 1) non riconducibili alla bancarotta da reato societario in quanto non causative del fallimento; per contro esistono delle condotte di bancarotta da reato non inquadrabili come ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria.

La soluzione del concorso reale permette di evitare una duplice aporia⁴⁵³. Se infatti si considerasse applicabile la sola bancarotta da reato societario di cui al comma 2 si verrebbe a creare una disparità di trattamento tra imprenditore individuale e imprenditore collettivo: <<il secondo verrebbe trattato, difatti, in modo meno rigoroso del primo, in contrasto con le *rationes* - precedentemente ricordate, e tuttora alla base dell'incriminazione "aggiuntiva" di cui al n. 2 dell'art. 223, comma 2, 1. fall. - che imporrebbero, semmai, di osteggiare con maggior fermezza gli attentati agli interessi dei creditori perpetrati nell'ambito delle società. Ma il regime è irrazionale anche qualora si guardi alla sola bancarotta fraudolenta societaria: giacché, all'interno di questa, il trattamento più benevolo verrebbe riservato alle fattispecie col maggior tasso di "riprovevolezza", legato al dato aggiuntivo della situazione conflittuale⁴⁵⁴>>.

453 MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 374

454 NAPOLEONI, *op. ult. Cit.*,

DELITTI DELLA SOCIETÀ DI REVISIONE

I Premessa

Il continuo succedersi di interventi legislativi con una cadenza quasi parossistica non è certo un segno positivo dello stato di salute del diritto penale: il legislatore, spinto dalla foga repressiva causata dai ben noti scandali finanziari, ha ritenuto di intervenire su un apparato normativo che, se da un lato indubabilmente necessitava di riforme, dall'altro aveva bisogno di interventi ben altrimenti ponderati rispetto a quelli sollecitati dalle emozioni del momento.

Il nostro legislatore, invece, ha affastellato numerose norme incriminatrici che, il più delle volte, anziché allargare l'area del penalmente rilevante, non fanno che sovrapporsi a quelle preesistenti, con intuibili problemi di sovrapposizione e interferenze tra fattispecie. Lo stesso zelo, invece, non è stato impiegato per cercare di colmare numerose gravi lacune di tutela che tuttora restano relegate nel limbo del penalmente irrilevante.

Un esempio paradigmatico di questo *trend* negativo è rappresentato dagli interventi legislativi volti a delineare (*id est*: stravolgere) lo statuto penale delle società di revisione.

È noto, infatti, come alcuni scandali finanziari – uno su tutti: la vicenda Parmalat – siano stati realizzati grazie anche alla complicità della società di revisione⁴⁵⁵; il che ha senza dubbio influito sull'attività di riforma (anche penale)⁴⁵⁶.

Il variegato complesso normativo mira (e mira tuttora) a contrastare fondamentalmente due fenomeni particolarmente insidiosi nell'attività di controllo contabile: la falsità nelle revisioni e la corruzione dei revisori.

455 Cfr. le acute riflessioni di CATINO, *Gatekeepers miopi? Aspetti organizzativi del fallimento dei controlli*, in *Stato e mercato*, 2010, p.

456 Come faceva notare L. D. Cerqua (*Falsità nelle relazioni delle società di revisione*, in A. Lanzi, A. Cadoppi, *I reati societari*, Padova, 2007, 78), «il legislatore, operando in maniera così frammentaria, ha inferto un colpo decisivo alla sistematicità della disciplina penale della revisione contabile, ora disseminata qua e là per effetto di scelte del tutto irrazionali».

L'attività di normazione si è succeduta a ritmo febbrile, inserendo nuove norme e contestualmente abrogando quelle preesistenti. Ripercorriamo di seguito gli snodi fondamentali della vicenda normativa, analizzando separatamente il complesso di norme sulla falsità nelle revisioni e quello sulla corruzione dei revisori.

2 *Le falsità dei revisori: dal sistema bipolare degli artt. 174 bis T.U.F e 1624 c.c. all'unificazione ad opera dell'art. 27 dlgs. 39/2010*

Per quanto riguarda la repressione delle condotte di falsità delle società di revisione, essa è stata oggetto di diverse trasmigrazioni in corpi legislativi diversi⁴⁵⁷: contenuta inizialmente nell'art. 14 del d.P.R. 136/1975 era poi confluita nell'art. 175 T.U.F.⁴⁵⁸. A seguito della riforma del 2002 il legislatore ha abrogato il citato art. 175, e contestualmente ha provveduto all'inserimento di un'apposita norma nel codice civile⁴⁵⁹ (art. 2624 c.c.), tendendo, però ferma la collocazione della disciplina *non* penale all'interno del T.U.F.⁴⁶⁰.

Non pago di questo stato di cose, il legislatore del 2005 è ritornato sui suoi passi, provvedendo al reinserimento della disciplina penale all'interno del T.U.F. (art. 174 *bis*). A differenza, però, di quanto avvenuto per il falso in prospetto, il legislatore ritenne di mantenere in vita la disciplina contenuta all'art. 2624 c.c.. La contemporanea coesistenza di entrambe le fattispecie⁴⁶¹ aveva dato luogo a non pochi problemi ermeneutici circa il rispettivo ambito di applicazione delle due disposizioni⁴⁶².

457 Una vicenda schizofrenica, per usare l'efficace espressione di MARTIELLO, *La riforma della disciplina della revisione contabile*, in F. GIUNTA-D. MICHELETTI (a cura di), *La disciplina penale del risparmio*, Milano, 2008, 101.

458 Per un'analisi approfondita della precedente disciplina sotto il vigore dell'art. 175 si rimanda a MUSCO, *Diritto Penale societario*, Milano, 1999, p. 361 s.s.

459 La scelta di ricollocare la disciplina penale delle società di revisione dal T.U.F. al codice civile, ha attirato subito le critiche della dottrina.

460 Il che ha avuto come ulteriore effetto deleterio la frantumazione di quel "microsistema" sanzionatorio che era stato apprestato nel T.U.F. Sul punto cfr. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p.165.

461 Si osservava, non senza fondamento, come, a seguito di tale scelta, si sia venuto a creare un doppio circuito punitivo, differenziato a seconda del tipo di società sottoposta a revisione. Cfr. ZANNOTTI, *Op. Ult. Cit.*, p. 166-

462 Nel tentativo di cercare di conferire razionalità e coordinamento alle due fattispecie, la migliore dottrina ritiene di poter evitare interferenze e sovrapposizioni tra le due disposizioni attribuendo a ciascuna una sfera di operatività ben delineata. La distinzione correva lungo la

Per ovviare a tali inconvenienti, il dlgs. 39/2010 ha provveduto ad abrogare entrambe le norme citate e a riformularne il loro contenuto entro un'unica previsione normativa. Non bisogna, tuttavia, enfatizzare troppo la novità: il decreto non fa che recepire l'assetto interpretativo già raggiunto sotto il vigore degli articoli 174 *bis* T.U.F. e 2624 c.c., lasciando quindi impregiudicati gli stessi nodi irrisolti.

In particolare, l'art. 27 dlgs. 39/2010 prevede un trattamento sanzionatorio differenziato a seconda del fatto di falsità⁴⁶³ abbia ad oggetto società quotate o meno.

Trattasi di reato proprio, la cui integrazione è subordinata al possesso da parte dell'agente di una determinata qualifica soggettiva: quella di responsabile della revisione⁴⁶⁴. Non sono pertanto soggetti attivi del reato i dipendenti della società di revisione, i quali potranno essere considerati

china del tipo di società assoggettata a revisione, a seconda che fossero quotate o meno. Per le quotate si riteneva rilevante il solo art. 174 *bis*, mentre per le non quotate doveva ritenersi operante il solo art. 2624 c.c.

Intorno a tale soluzione vi era stato un largo consenso da parte della dottrina. Cfr. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2006, p. 559. Cfr. in senso adesivo i contributi di SERQUA, *art. 2624* e PUTINATI *art. 174 bis* entrambi in A.A.V.V., *I reati societari. Commentario alla legge 8 Dicembre 2005 n°262 sulla tutela del risparmio*, Padova, 2006, pp. 78 e 96; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 165 s.s. e 372 s.s.; SANTORIELLO, *La disciplina penale dell'economia*, cit., p. 672.

In senso contrario cfr. LUNGHINI, in A.A.V.V., *Codice Penale commentato*, (a cura di) Marinucci – Dolcini, Milano, 2006, p. 5145, il quale riteneva possibile una sovrapposizione delle due fattispecie, difficilmente risolvibile attraverso i meccanismi del concorso apparente di norme.

463 Per fatti di falsità devono intendersi <<l'accreditare come veri documenti riconosciuti invece come falsi, ovvero nel non ter conto di documenti veri per non rendere palese la falsità della certificazione. La condotta delittuosa si configura perciò quale falso *ideologico* in scrittura privata, esattamente come nel reato di false comunicazioni sociali>>. Così CRESPI, *Falsità nella relazione della società di revisione e delitto di aggio*, in *Riv. Soc.*, 2004, ora anche in, ID., *Studi di diritto penale societario*, Milano, 2009, p. 289. Per i rapporti tra il falso nella relazione di revisione e i delitti societari v. *infra* in questo paragrafo.

464 Sotto il vigore delle pregressa disciplina era controverso se fossero qualificabili come soggetti attivi dei reati in esame i dipendenti della società che concretamente svolgono l'attività di revisione. Per la tesi affermativa Cfr. Masullo, *sub. Art. 2624*, cit. p. 1258; per quella negativa FOFFANI, *sub art. 2624, Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 686).

A seguito della novella del 2010, la tesi negativa sembra preferibile. L'art. 15 comma 2 dlgs. 39/2010 ha espressamente previsto la responsabilità *civile* solidale dei dipendenti per i danni da essi cagionati nello svolgimento della loro attività. Se ne deduce *a contrario* che i dipendenti non sono soggetti attivi del reato, in quanto se così fosse, la loro responsabilità civile discenderebbe già dal compimento dell'attività delittuosa, e la previsione qui in esame sarebbe priva di significato.

concorrenti nella falsità a titolo *estranei* nel reato proprio⁴⁶⁵.

Le condotte tipiche sono due: l'attestazione di falsità o l'occultamento di informazioni concernenti la situazione finanziaria, economica o patrimoniale della società. La rilevanza penale di tali falsità è limitata ai casi in cui queste siano veicolate attraverso specifici atti, quali le relazioni o le altre comunicazioni⁴⁶⁶.

È inoltre richiesto in capo all'agente a titolo di dolo specifico il fine di perseguire un ingiusto profitto. Prima della novella del 2010, tale coefficiente soggettivo era richiesto solamente per le società non quotate (art. 2634 c.c.), mentre per le società quotate l'art. 174 *bis* si limitava a richiedere il dolo generico. Già in quel limitato contesto, la previsione del dolo specifico aveva dato adito a severe critiche; critiche che la generalizzazione ora operata dalla norma in esame non fa che accentuare⁴⁶⁷.

Gli autori del reato risponderanno a titolo di contravvenzione o di delitto, a seconda che la loro condotta abbia causato o meno un danno patrimoniale.

È prevista un'apposita circostanza aggravante qualora la società assoggettata a revisione sia un ente di interesse pubblico; tale nozione ricomprende: le società quotate, le società non quotate che emettono strumenti finanziari diffusi tra il pubblico in misura rilevante, nonché una serie di entri espressamente individuati.

Restano irrisolti i principali problemi di coordinamento con altre incriminazioni. In particolare, gli articoli

Il comma 5 dell'art. 27 qui esame estende la responsabilità per le falsità agli

465 Cfr. COMELLINI, *Gli illeciti penali della società di revisione*, in *Corriere tributario*, 2010, p. 2300

466 Sul punto l'articolo in esame non innova rispetto alla precedente disciplina, lasciando quindi inalterato l'assetto problematico caratterizzato dal concorso delle fattispecie in esame con le false comunicazioni sociali. Cfr. *infra* in questo paragrafo

467 L'inserimento di tale requisito è stato sottoposto a critiche serrate: in particolare si è messo in evidenza (cfr. SEMINARA, , in *Dir. Pen. E Proc.*, 2002, p. 686) come tale scelta sia foriera di gravi lacune. A titolo di esempio, non sarebbero stati punibili per mancanza di detto coefficiente soggettivo, i revisori autori delle falsità nel noto scandalo Enron (Cfr. FOFFANI, *sub art. 2624, Commentario breve alle leggi penali complementari*, (a cura di) Palazzo – PALIERO, Padova 2007, p. 686). Con riferimento alla nuova disposizione cfr. i rilievi critici di CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione dei conti*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2010, p. 666,

amministratori, ai direttori generali e ai sindaci della società sottoposta a revisione, qualora abbiano concorso a commettere il fatto. Come è evidente, si tratta degli stessi destinatari delle norme di false comunicazioni sociali: il che ha come logico corollario la duplicazione della responsabilità penale per tali soggetti che risponderanno sia per la falsità commessa dai revisori, nonché per nella falsa comunicazione sociale ad essa susseguente

Ma c'è di più: le comunicazioni penalmente rilevanti ai fini del delitto di falsità di cui all'art. 27 sono decisamente meno tipizzate rispetto alle false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c.. Ai fini delle false comunicazioni sociali rilevano solamente le altre comunicazioni "previste in base alla legge". Inoltre tali comunicazioni sono a destinatario vincolato (i soci o il pubblico)⁴⁶⁸. Invece, per quanto riguarda le falsità poste in essere dai revisori, sono rilevanti le relazioni, nonché tutte le *altre comunicazioni*⁴⁶⁹ della società di revisione, con gli intuibili margini di opinabilità ordine alla loro individuazione.

Non essendo, inoltre, previsti dei destinatari individuati, si pone il problema se possano considerarsi rilevanti ex art. 28 le comunicazioni false dirette all'autorità di vigilanza⁴⁷⁰. Qualora si ritenesse di dover dare al quesito soluzione positiva, si avrebbe un'ulteriore interferenza della disciplina in esame con il complesso di disposizioni poste a presidio delle autorità di vigilanza⁴⁷¹. (su cui v. *infra par.*)

Sembra invece da escludersi la configurabilità del concorso tra i reati di falsità delle revisioni e quelli di agiotaggio, non essendo possibile

468 T.Milano 27 Dicembre 2005, in *Foro Ambrosiano*, 2005, p. 478: << la nuova disciplina dettata del dlgs. 61/2002 ha ristretto sia la nozione di comunicazione sociali rilevanti ai fini dell'incriminazione, sia il novero dei destinatari delle stesse: quanto alle prime, deve trattarsi dei bilanci, delle relazioni e delle "altre comunicazioni previste in base alla legge"; quanto ai secondi, il legislatore ha fatto riferimento ai soci e al pubblico>>. Facendo applicazione di queste considerazioni, la pronuncia in esame ha escluso la rilevanza, ai fini delle false comunicazioni sociali, della lettera di attestazione alla società di revisione.

469 Come noto, invece, in tema di false comunicazioni sociali sono rilevanti le sole comunicazioni dirette ai soci o al pubblico.

470 Si pensi, a titolo di esempio, alle comunicazioni previste dall'art. 115 comma 1 T.U.F

471 Per quanto riguarda la normativa abrogata, ritiene ricompreso tra i destinatari anche la CONSOB Musco, *I nuovi reati societari*, cit., p. 145; contra: FOFFANI, *sub art. 2624 c.c.*, cit., p. 2480.

<<ravvisare nella falsa attività di revisione un “artificio” volto a influenzare l’andamento dei prezzi attraverso la rappresentazione di una situazione di mercato non corrispondente alla realtà: ciò che infatti si accredita, con l’attività di revisione, non è la rappresentazione di una situazione di mercato, bensì – cosa assai diversa – la rappresentazione della *situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società* sottoposta a revisione⁴⁷²>> Ne segue che <<un bilancio falso o una falsità nella revisione di un bilancio potranno anche agevolare , attraverso l’occultamento di quanto si sarebbe dovuto mettere in evidenza, un artificioso corso del titolo [...] ma si tratta di conseguenze che, lungi dal poter dar vita all’ulteriore reato di aggio, potrebbero semmai risultare rilevanti *esclusivamente* ai fini della commisurazione della pena ex. Art. 133 c.p qualora la falsa comunicazione sociale o la false relazione abbiano cagionato un danno terzi⁴⁷³>>. La giurisprudenza, tuttavia, pare orientata in senso opposto⁴⁷⁴.

Tirando le somme, il giudizio sulla novella non può che essere negativo: non migliorando i termini sostanziali anzi, ove possibile peggiorando il precedente assetto, evitando accuratamente di affrontare e risolvere i problemi cruciali di coordinamento tra le fattispecie già rilevati sotto il vigore della precedente disciplina, la disciplina in esame si presenta come l'ennesimo intervento inutile di natura prettamente simbolica.

3 *La corruzione dei revisori: il concorso tra gli articoli 174 bis comma 2, 174 ter, 178 T.U.F. E 2635 c.c.*

Con la citata legge sul risparmio il legislatore aveva recepito ulteriormente le istanze di criminalizzazione della corruzione nel settore privato, già

472 Così CRESPI, *Studi di diritto penale societario*, cit., p. 294.

473 CRESPI, *op. ult. Cit.*, p. 292

474 T. Milano 18-12-2008, *par. 7.2* (Caso Parmalt), che ha ritenuto sussistente in capo soggetto posto al vertice della governance societaria la responsabilità a titolo concorsuale per aver contribuito alla realizzazione delle falsità nelle revisioni attraverso l’esposizione di dati non veritieri, nonché l’ulteriore responsabilità a titolo di aggio per l’effetto manipolativo del mercato prodotto da tali falsità.

perseguite in sede internazionali e comunitarie⁴⁷⁵.

Tale fenomeno, allo stato della legislazione vigente all'epoca, risultava non perseguibile in via penale, attesa la natura privatistica dell'attività di revisione, con la conseguente inapplicabilità ai revisori dello statuto penale della pubblica amministrazione⁴⁷⁶.

Tuttavia, l'assetto che si era venuto a creare non andava esente da critiche: se senza dubbio il tentativo di coprire un'irrinunciabile spazio prima privo di rilievo penale era degno di lode, tale obiettivo era stato realizzato - per un malinteso eccesso di zelo, particolarmente nocivo in materia penale - mediante l'inserimento di un sovrabbondante numero di incriminazioni, poste per contrastare a vario titolo il fenomeno della corruzione nel settore privato.

Per limitarci all'ambito della revisione, la corruzione di un revisore poteva rilevare, a seconda delle modalità o dei soggetti che la ponevano in essere, ai sensi degli art.li 174 *bis* comma 3, 174 *ter*, 177 e 178 T.U.F., nonché *ex art.* 2635 c.c.

Il legislatore aveva dato luogo ad un vero arcipelago di incriminazioni, anche qui con i conseguenti ineliminabili problemi di interferenza e sovrapposizione tra varie norme incriminatrici⁴⁷⁷. Problemi rispetto a cui, pareva difficilmente praticabile una compiuta razionalizzazione della disciplina in via esclusivamente interpretativa, se non a costo di non poche forzature⁴⁷⁸.

475 Un primo tentativo di delineare penalmente il fenomeno era già stato avviato nel 2002 con la riformulazione dell'art. 2634 e 2635 c.c. Peraltro, gli esiti di tale prima iniziativa erano risultati ben al di sotto delle aspettative. Cfr. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 227; A.A.V.V., *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (a cura di) Acquaroli e Foffani, Milano, 2006, *passim*. Sandrelli, *Entra in scena la corruzione privata*, in *Guida al diritto*, 16/2002, p. 72 s.s.

476 Sul punto vi era largo consenso in ambito dottrinale. Cfr. FOFFANI, *sub art.* 2624, cit., p. 686 con ampi rimandi bibliografici.

477 Sul punto cfr. FOFFANI, *sub. Art.* 174 *ter*, in A.A.V.V. *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 705, il quale denunciava la creazione di "un quadro normativo confuso e contraddittorio".

478 A titolo di esempio, la dottrina prevalente aveva ritenuto intercorrente una relazione di specialità reciproca rispettivamente tra gli art. 174 *ter* T.U.F. E 2635 c.c., e tra gli art. 178 T.U.F. E 2635 c.c., onde poter affermare l'apparenza del concorso, anche se poi non vi era accordo su quale dovesse essere la norma applicabile (cfr. FOFFANI, *sub. Art.* 2635, in A.A.V.V. *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 2538 s.s.; SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, cit., p. 560 s.s.). Tuttavia tale soluzione risultava convincente: un esame dei rapporti strutturali tra le due

In questo variegato panorama, si inserisce il dlgs. 39/2010 che aspirava a realizzare un'opera di semplificazione in tema di rilevanza penale dell'attività di revisione. Tuttavia, al pari delle previsioni in tema di falsità nelle revisioni, gli intenti migliorativi non trovano riscontro nel prodotto normativo, il cui impatto presenta effetti deleteri di gran lunga superiori rispetto ai benefici.

Segnaliamo subito i più vistosi inconvenienti apportati dalla novella: il mancato coordinamento con le previsioni contenute nel dlgs. 231/2001 hanno avuto come conseguenza l'eliminazione della responsabilità della persona giuridica; i reati dei revisori, infatti non rientrano più nel catalogo dei reati presupposto per la responsabilità dell'ente⁴⁷⁹. Il travaso in un diverso corpo legislativo, inoltre, ha reso inoperante la confisca per equivalente, prevista dall'art. 2641 c.c. per i reati contenuti nel codice civile e non riprodotta nel decreto in esame.

La novella legislativa è intervenuta abrogando gli art.coli 174 *bis* comma 3, 174 *ter*, 177 e 178 T.U.F.; ha poi modificato l'art. 2635 c.c. eliminando dal novero dei soggetti attivi del reato i responsabili della revisione. Ne consegue che la corruzione dei revisori assumerà rilievo penale esclusivamente ai sensi degli art.li 27 commi 4 e 5 e 28 e s.s. Dlgs. 39/2010.

In linea con il quadro normativo precedente, l'unico schema corruttivo nel settore privato che ricade nello spettro delle norme penali è la c.d. corruzione propria antecedente: vale a dire, la ricezione o la promessa di denaro o di altra utilità per compiere un atto contrario ai doveri del proprio ufficio, ovvero per omettere un atto dovuto⁴⁸⁰; la promessa o la ricezione devono essere precedenti al compimento dell'atto.

Tuttavia, a differenza della disciplina codicistica, per il perfezionamento del

disposizioni, rendeva evidente come il rapporto tra esse intercorrente fosse di *interferenza* per quanto riguardava i soggetti attivi autori dei rispettivi reati. La conseguenza inevitabile di tale conclusione era l'affermazione della realtà del concorso (formale) tra le due norme.

⁴⁷⁹Il dlgs. 231 ha conservato il riferimento ai vecchi art. 2634 e 2635 c.c. Ritiene trattarsi di lacuna non colmabile CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione dei conti*, cit., p. 663. Più possibilista COMELLINI, *Gli illeciti penali della società di revisione*, cit., p. 2306.

Peraltro, sul punto circa la natura formale o sostanziale del catalogo dei reati presupposto contenuto nel dlgs. 231/2001 la V Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso la questione alle sezioni unite. Al momento non si conoscono ancora gli esiti della pronuncia.

⁴⁸⁰Già sotto il vigore della precedente disciplina, l'individuazione dell'atto dovuto aveva dato adito a delicate questioni ermeneutiche.

reato è richiesto l'effettivo compimento o l'omissione degli atti in violazione degli obblighi dell'ufficio⁴⁸¹.

Il primo comma disciplina il fenomeno della corruzione dei revisori in società che non sono di interesse pubblico. Per tali enti, la rilevanza penale delle condotte corruttive è subordinata all'ulteriore verificarsi di un nocumento della società⁴⁸².

Il secondo comma, invece stabilisce le pene per la corruzione dei revisori di società di interesse pubblico o da queste controllate. In tale ipotesi delittuosa non è richiesto il requisito del nocumento della società. Il novero dei soggetti attivi del reato è più ampio: il responsabile della revisione legale e i componenti dell'organo di amministrazione, i soci, e i dipendenti della società di revisione legale. È invece richiesto che il compimento o l'omissione degli atti inerenti all'ufficio sia realizzato “nell'esercizio dell'attività di revisione”. Fuori dell'esercizio si rientra nella più benevola previsione del comma 1, anche se la società è di interesse pubblico.

È prevista una disciplina *speciale* qualora l'accordo corruttivo abbia ad oggetto uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio: l'attestazione di falsità nelle relazioni o nelle altre comunicazioni di società di interesse pubblico. Tale ipotesi è espressamente disciplinata dall'art. 27 commi 4 e 5 che prevede una pena più severa. Quest'ultima disposizione offre l'ennesimo esempio di sciattezza legislativa: infatti l'art. 27 comma 4 richiama i *sol*i fatti (di falsità) di cui al comma 1; quelli, cioè, che abbiano prodotto un danno *non* patrimoniale.

481CENTONZE, *op. ult.cit.*, p. 668

482L'inserimento di tale requisito, già foriero di gravi equivoci messi bene in luce durante la vigenza della precedente disciplina, continua a generare confusione. In particolare ci si domanda se il nocumento vada riferito alla società di revisione, oppure alla società di assoggettata a revisione. A sostegno della prima tesi, milita un argomento persuasivo: il primo comma dell'art. 28 qui in esame, risulta essere una trasposizione del delitto di infedeltà patrimoniale, prima disciplinato dall'articolo 2635 c.c., tuttora applicabile per gli accordi corruttivi stipulati con soggetti diversi dai revisori.

Trattandosi di fattispecie di infedeltà patrimoniale nei confronti della società di cui gli organi infedeli fanno parte, ne consegue che rileveranno, in un'ottica di tutela, i soli danni arrecati alla società di revisione. Sul punto cfr. CENTONZE, *op. ult.cit.*, p. 668

Affermare tale tesi, tuttavia, significa limitare la repressione penale della corruzione nel settore privato, alle sole società di interesse pubblico. Il che darebbe luogo ad una disparità di trattamento, tra società che rivestono tale requisito e società che ne sono sprovviste, che difficilmente potrebbe sfuggire ad una censura di incostituzionalità.

In caso di produzione di un danno patrimoniale – ipotesi disciplinata dal secondo comma, non richiamato dalla disposizione in esame –, se si dovesse far leva sul dato letterale, si dovrebbe giungere alla conclusione che in tale ipotesi, senza dubbio più grave, si applica la più mite disciplina dell'art. 28 comma 2 e 3. Riteniamo ovviabile il problema in via interpretativa, considerando compreso il richiamo di cui al terzo comma tanto alle ipotesi di falsità che non abbiano prodotto un danno patrimoniale, tanto a quelle in cui tale danno si sia invece verificato.

Quest'ultima previsione (art. 27 commi 3 e 4) crea un delicato problema di coordinamento. L'art. 28, infatti, non riporta, a differenza del suo antecedente storico (art. 173 *bis*) una clausola di salvezza in favore del più severo articolo 27⁴⁸³.

Tuttavia, anche in difetto di tale clausola, riteniamo risolvibile il concorso nel senso dell'apparenza, facendo leva sui rapporti strutturali tra le due fattispecie, la cui analisi rivela un rapporto di *rapporto di specialità unilaterale per specificazione e per aggiunta*. L'art. 27 comma 4 e 5 risulta infatti speciale per quanto riguarda i soggetti attivi del reato (limitato ai soli responsabili della società di revisione vs. il responsabile della revisione legale e i componenti dell'organo di amministrazione, i soci, e i dipendenti della società di revisione), per la condotta (la falsità è una *species* del *genus* atti contrari ai doveri d'ufficio); la falsità della relazione o delle altre comunicazioni costituisce, inoltre un tipico atto svolto nell'esercizio dell'attività di revisione). In ultimo, l'art. 27 presenta l'ulteriore elemento aggiuntivo della verifica di un danno, non presente nell'articolo 28 comma 2.

In forza, dell'articolo 15 c.p., l'art. 27 comma 4 e 5 sarà la disposizione prevalente in caso di concorso.

483L'art. 28 contiene una clausola che però si limita a fare salvi i casi di cui all'art. 30 dlgs. 39/2010.

4 *Le altre fattispecie penali in materia di revisione: compensi illegali, illeciti rapporti patrimoniali e impedito controllo.*

Le fattispecie di compensi illegali, illeciti rapporti patrimoniali e impedito controllo, già presenti nel T.U.F., sono trasmigrate, a seguito della novella, nel dlgs, 39/2010 (art.li 29,30 e 31), senza peraltro subire variazioni di rilievo.

Per quanto riguarda la fattispecie di rapporti patrimoniali, essa punisce gli amministratori, i soci responsabili della revisione legale e i dipendenti della società di revisione che contraggono prestiti, sotto qualsiasi forma, sia direttamente che per interposta persona, con la società assoggettata a revisione o con una società che la controlla, o ne è controllata, o si fanno prestare da una di tali società garanzie per debiti propri. Fattispecie di pericolo astratto che reprime il semplice rapporto obbligatorio tra revisori e società assoggettata a revisori. La norma vuole evitare che l'indipendenza dei revisori possa essere limitata dalla sussistenza di un rapporto di debito con la società assoggettata a revisione.

La dottrina⁴⁸⁴, da sempre critica nei confronti di tale previsione normativa, non ha mancato di segnalare il fatto che l'attitudine offensiva della condotta risulta essere meramente eventuale, auspicandone l'abrogazione, o quanto meno la depenalizzazione. L'occasione è stata per l'ennesima volta mancata dall'ultimo intervento.

Per quanto riguarda la fattispecie di compensi illegali⁴⁸⁵, anch'essa sostanzialmente immutata, essa pone non pochi problemi di coordinamento con le fattispecie di corruzione di cui all'articolo 28: non sfugge, infatti, come le due norme si pongano in una prospettiva di progressione nell'offesa: la fattispecie di compensi illegali punisce la semplice percezione da parte della

484Cfr. FOFFANI, *sub. Art. 178*, in in A.A.V.V. *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 710

485 Art. 30 dlgs. 39/2010: <<Il responsabile della revisione legale e i componenti dell'organo di amministrazione, i soci, e i dipendenti della società di revisione legale, che percepiscono, direttamente o indirettamente, dalla società assoggettata a revisione legale compensi in denaro o in altra forma, oltre quelli legittimamente pattuiti, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da euro mille a euro centomila.

La stessa pena si applica componenti dell'organo di amministrazione, ai dirigenti e ai liquidatori della società assoggettata a revisione legale che hanno corrisposto il compenso non dovuto.>>

società di revisione di compensi non dovuti, indipendentemente dal compimento di un atto antidoveroso, come invece richiesto ai fini del perfezionamento delle fattispecie corruttive⁴⁸⁶.

Venendo ai profili strutturali di differenza, <<l'art. 30 si applica a ogni ipotesi di revisione contabile (anche quindi a società non di pubblico interesse); in secondo luogo riguarda i casi in cui i compensi siano provenienti dalla società assoggettata a revisione (e quindi non dalle "tasche" di persone fisiche, siano essi soggetti terzi o i componenti dell'organo di amministrazione, i dirigenti o i liquidatori della società assoggettata a revisione legale); in terzo luogo, vi deve essere stata l'effettiva percezione del compenso (non basta la semplice promessa, come può accadere nell'art. 28 comma 2); infine, non è richiesta la concreta violazione degli obblighi dell'ufficio da parte del responsabile della revisione legale e degli altri soggetti indicati, ma è sufficiente che vengano da questi ultimi percepiti compensi eccedenti quelli pattuiti legittimamente, cioè secondo il percorso indicato agli art. 10 e 13 del d.lgs. 39/2010⁴⁸⁷>>.

Sotto il vigore della precedente disciplina, autorevole dottrina⁴⁸⁸ aveva rilevato l'esistenza di un rapporto di specialità reciproca fra le due norme⁴⁸⁹. Più correttamente, sembra doversi rilevare un rapporto di specialità bilaterale unilateralmente per aggiunta: l'art. 28, infatti, presenta l'elemento ulteriore dell'effettivo compimento di un atto antidoveroso, che non trova riscontro tra gli elementi costitutivi dell'art. 30.

La questione, in ogni caso, ha valore puramente nominalistico: in entrambi i casi, infatti, si versa in un'ipotesi di concorso apparente.

I problemi nascono in ordine all'individuazione della norma applicabile. Va

486Cfr. FOFFANI, *op. e loc. ult. Cit.*; SEMINARA, *Impresa e mercato*, in SEMINARA-ALESSANDRI-FOFFANI-PEDRAZZI-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p. 586

487Così CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione dei conti*, cit., p. 670

488Cfr. FOFFANI, *sub. Art. 178*, in A.A.V.V. *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., p. 710

489L'art. 30 (ex art 178 T.U.F) è speciale per quanto riguarda l'utilità che deve essere effettivamente percepita, mentre, ai fini dell'art. 28 (ex 174 *ter* T.U.F.) è sufficiente la semplice promessa; l'art. 28 è a sua volta speciale per quanto riguarda le società assoggettate a revisione (le sole società di interesse pubblico o da queste controllate, mentre l'art. 30 si applica alla revisione di qualsiasi tipo di società).

subito detto che il legislatore ha finalmente eliminato una vistosa irrazionalità del sistema riportando i limiti edittali a livelli congruenti con le altre norme incriminatrici rivolte ai revisori. Si ricorderà infatti che a seguito della c.d. legge sulla tutela del risparmio (l. 28 dicembre 2005, n. 262), che aveva raddoppiato tutte le sanzioni penali del t.u.f. introducendo al contempo gli artt. 174 bis e 174 ter, i compensi illegali e gli illeciti rapporti patrimoniali con la società assoggettata a revisione finirono per essere puniti con la reclusione rispettivamente da 1 a 6 anni e da 2 a 6 anni. Il risultato era del tutto illogico: il pericolo di un'eventuale corruzione veniva sanzionato più dell'effettiva violazione degli obblighi dell'ufficio a seguito di un accordo corruttivo (l'art. 174 ter, come oggi l'art. 28, comma 2, prevedeva infatti la reclusione da 1 a 5 anni)⁴⁹⁰.

Eliminata questa distonia, dovrebbe propendersi per l'applicazione del solo art. 28. Tuttavia a questa soluzione resiste un'obiezione: l'art. 28 contiene un'apposita clausola di salvezza che fa salvi i casi di cui all'articolo 30. Anche qui, se si volesse interpretare pedissequamente il dato testuale, se ne dovrebbe dedurre che, qualora un fatto integri contemporaneamente riconducibile ad entrambe le fattispecie qui in esame⁴⁹¹, si dovrebbe pervenire all'applicazione del solo articolo 30,

Il legislatore, ancora una volta, è intervenuto maldestramente nell'attività di novellazione con una clausola di riserva risultava non necessaria, in quanto il concorso era ordinariamente risolvibile in base ai principi generali; ma se proprio se ne voleva inserire una, per evidenziare *ad abundantiam* la prevalenza dell'articolo 28 (corruzione), questa sarebbe dovuta essere correttamente collocata all'interno dell'articolo 30 con un disposto del tipo “salvo i casi previsti dall'articolo 28”.

Riteniamo, tuttavia, che esigenze di intuitiva razionalità spingano ad

⁴⁹⁰CENTONZE, *op. e loc. ult. Cit.*; FOFFANI, *Op. e loc. ult. Cit.*, il quale, proprio, in virtù della rilevata irrazionalità nel trattamento sanzionatorio, propendeva per l'applicazione dell'art. 178, in quanto più severamente sanzionato.

⁴⁹¹Si pensi all'ipotesi in cui uno dei soggetti attivi previsti dalle due fattispecie abbia effettivamente violato gli obblighi inerenti al proprio ufficio a seguito di un accordo corruttivo con gli esponenti della società sottoposta revisione (ente di interesse pubblico) consistente nel pagamento, mediante un qualche stratagemma, di un compenso superiore a quello pattuito

interpretare forzatamente la clausola di riserva nel senso della prevalenza dell'articolo 28 e del carattere sussidiario dell'articolo 30⁴⁹².

Qualche nota in chiusura merita la fattispecie di omesso controllo⁴⁹³. La norma è volta a reprimere le condotte ostruzionistiche realizzate dalla governance societaria al fine di ostacolare l'attività di revisione legale.

La norma, in particolare, si pone come ideale chiusura del cerchio intorno alla responsabilità degli amministratori della società: se le norme precedenti, infatti, mirano, a vario titolo, a reprimere le condotte collusive con la società di revisione, la disposizione in esame è volta a presidio di quelle condotte che producono una falsità nella relazione di bilancio, ma che non sono imputabili alla società di revisione per mancanza di dolo.

In tale ipotesi, la responsabilità graverà interamente sugli organi dell'amministrazione che abbiano posto in essere le condotte poi concretizzatesi in un ostacolo all'attività di revisione.

Ovviamente, oltre alla responsabilità per questo titolo delittuoso, gli amministratori risponderanno per le eventuali false comunicazioni sociali ad esso seguite. Anche qui, tuttavia, la minore tipicità della fattispecie⁴⁹⁴ pone delicati problemi in ordine alla ragionevolezza di tale scelta: il legislatore, anziché ridefinire in modo coerente e rigoroso lo statuto penale della governance societaria, riformulando la fattispecie cardine delle false comunicazioni sociali⁴⁹⁵, ha preferito operare indirettamente in via estensiva, ampliando la responsabilità concorsuale degli amministratori per i fatti

492Ritiene la prevalenza dell'art. 28, CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione dei conti*, cit., p. 670 s.s.

493Art. 29 dlgs. 39/2010:

“1. I componenti dell'organo di amministrazione che, occultando documenti o con altri idonei artifici, impediscono o comunque ostacolano lo svolgimento delle attività di revisione legale sono puniti con l'ammenda fino a settantacinquemila euro.

2. Se la condotta di cui al comma 1 ha cagionato un danno ai soci o a terzi, si applica la pena dell'ammenda fino a settantacinquemila euro e dell'arresto fino a diciotto mesi.

3. Nel caso di revisione legale di enti di interesse pubblico, le pene di cui ai commi 1 e 2 sono raddoppiate.

4. Si procede d'ufficio”

494 Si pensi all'assenza di soglie di rilevanza della falsità, presenti invece nelle false comunicazioni sociali. Cfr. TROYER – INGRASSIA, *Prime riflessioni sullo statuto penale della revisione legale a seguito del dlgs. 39/2010*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2010, p. 603

495 bagatellarizzate a seguito della riforma del 2002

commessi dai revisori contabili. Tale scelta, oltre che criticabile in termini di razionalità complessiva, reca con sé un rischio evidente: quello che nella pratica giudiziaria l'accertamento delle condotte delittuose poste in essere dai revisori venga strumentalizzato al solo scopo di farne discenderne la responsabilità penale degli amministratori a titolo di concorso.

Resta criticabile la scelta di punire a titolo di contravvenzione le condotte di impedito controllo che non abbiano causato un danno ai terzi⁴⁹⁶. Tale opzione, già presente nel vecchio art. 2625 c.c., è stata mantenuta nell'attuale art. 29.

⁴⁹⁶ La condotta che abbia cagionato un danno ai soci o ai terzi, invece, integrerà il *delitto* di cui al secondo comma dell'articolo in esame.

REATI RELATIVI AGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

1 Premessa

La sezione del TUF contenente le sanzioni penali, si apre con un capo specificatamente dedicate ai delitti connessi all'attività di intermediazione finanziaria. La collocazione non è casuale: l'attività di intermediazione (e, in particolare, il suo corretto svolgimento), infatti, è essenziale per il corretto funzionamento del mercato mobiliare, perché si presenta come la via d'accesso obbligata a tale mercato.

Il capo di cui trattasi si compone attualmente di cinque articoli (art.li 166-170 *bis* TUF⁴⁹⁷).

La possibilità che tali norme possano sollevare problemi di interferenza con altre disposizioni pare essere stata colta anche dal legislatore, che ha provveduto a munire all'inserimento nelle fattispecie in esame di apposite clausole di sussidiarietà (“salvo che il fatto costituisca un reato più grave⁴⁹⁸”). L'apposizione di tali clausole sembra rivelare l'intenzione del legislatore storico di far assumere al complesso di disposizioni in esame natura esclusivamente residuale. Vedremo fino a che punto tale interpretazione risulta suffragata dall'interpretazione sistematica delle norme.

L'economia della trattazione non consente di dedicare all'argomento lo spazio di analisi che meriterebbe. Ci limiteremo, pertanto, ad una breve disamina del contenuto delle fattispecie incriminatrici, segnalando le principali ipotesi di concorso.

2 Abusivismo nell'intermediazione finanziaria.

La considerazione del particolare rilievo e della indubbia delicatezza degli

⁴⁹⁷Per l'esame dell'articolo 170 *bis* si rinvia all'apposita sezione, dedicata all'ostacolo alle funzioni di vigilanza della CONSOB.

⁴⁹⁸Tale clausola si rinviene negli art.li 167,168 e 169, mentre l'art. 170 *bis* fa salvi i casi disciplinati dall'art. 2638 c.c. Privi, invece, di tale elemento normativo risultano gli art.li 166 e 170.

interessi coinvolti - concernenti l'utilizzazione del risparmio di singoli ed imprese, la circolazione della ricchezza smobilizzata ed il sistema di finanziamento delle imprese stesse - nonché il fine di tutelare l'equilibrio del mercato nel suo complesso hanno indotto il legislatore a richiedere un particolare atto autorizzativo da parte dell'organo di vigilanza preposto al controllo del settore riguardo a un'attività che presenta caratteristiche essenzialmente private. Se tutti i controlli predisposti dalla normativa in questione hanno per scopo la tutela di interessi generali, quali la protezione e l'efficienza del mercato, quello ora in esame ne costituisce dunque il primo e indispensabile⁴⁹⁹.

Il legislatore ha cercato di rispondere a tali esigenze mediante l'inserimento di un'apposita fattispecie penale: l'art. 166 TUF.

Tale disposizione punisce (comma 1) chiunque svolga attività di intermediazione⁵⁰⁰ non essendovi abilitato ai sensi TUF⁵⁰¹, nonché (comma 2) l'attività di promotore finanziario svolta in mancanza dell'iscrizione all'apposito albo⁵⁰².

Venendo alla disamina delle ipotesi di concorso, occorre primariamente verificare il rapporto sussistente tra i due commi dell'art. 166. A questo proposito, è stato chiarito che si tratta di disposizione a più norme che pertanto possono concorrere tra loro (si pensi alla simultanea attività abusiva da parte di un soggetto di intermediazione e di promozione).

L'art. 166 TUF, poi, si presenta in rapporto di specialità unilaterale rispetto all'art. 348 c.p. (esercizio abusivo di una professione): pertanto in caso di concorso, prevarrà solo la fattispecie in materia finanziaria.

Più articolati si presentano i rapporti con la truffa: la giurisprudenza ha ritenuto l'art. 166 TUF concorrente con la truffa nell'ipotesi di una condotta del

499Così APOSTOLI, *sub. Art. 166 tuf*, in A.A.V.V., *Leggi penali complementari commentate*, a cura di RONCO e GAITO, Torino, 2010, p. 2836; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 344

500Per attività di intermediazione finanziaria deve intendersi (art. 166 comma 1 lett. a), b), c): svolgimento di servizio o di attività di investimento o di gestione collettiva del risparmio; offerta di azioni OICR; offerta fuori sede di strumenti finanziari o di attività di investimento.

La giurisprudenza ha precisato che l'attività

501Cfr. Art.li, 20,21,35 TUF.

502L'iscrizione all'albo è disciplinata dall'art. 22 TUF.

promotore che anziché limitarsi ai compiti a lui spettanti stipuli con il cliente un contratto di gestione degli investimenti finanziari percependo le somme, in quanto l'abusivismo è reato di pericolo inteso a tutelare l'interesse degli investitori a trattare soltanto con soggetti affidabili nonché l'interesse del mercato mobiliare, nel suo complesso e nei suoi singoli operatori, ad escludere la concorrenza di intermediari non abilitati; la truffa è invece reato di danno che, per la sua esistenza, richiede l'effettiva lesione del patrimonio del cliente per effetto di una condotta consistente nell'uso di artificio e raggiri e di una preordinata volontà di gestire il risparmio altrui in modo infedele⁵⁰³.

3 *Gestione infedele*

L'art. 167 TUF sanziona il delitto di gestione infedele da parte del gestore del patrimonio affidato dagli investitori. Storicamente tale disposizione ha rappresentato il primo tentativo – seppur incompiuto - di dare rilievo penale alle condotte di infedeltà patrimoniale⁵⁰⁴, colmando così una grave lacuna da tempo denunciata dalla dottrina⁵⁰⁵.

La disposizione punisce chi, nella prestazione del servizio di gestione di portafogli⁵⁰⁶ o del servizio di gestione collettiva del risparmio, in violazione delle disposizioni regolanti i conflitti di interesse, ponga in essere operazioni che arrecano danno agli investitori, al fine di procurare a sé o ad altri un

503C., Sez. V, 22.6-3.8.2007, n. 31893; C., Sez. V, 2.4-21.5.2003, n. 22419. In argomento v. pure APOSTOLI, *sub. Art. 166 tuf*, in A.A.V.V., *Leggi penali complementari commentate*, cit., p. 2637; PLANTAMURA, *I reati relativi agli intermediari*, in A.A.V.V., *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., p.628.

504L'esordio normativo è stato l'art. 38 d.lgs. 415/1996 (decreto eurosim), poi trasmigrato nel TUF. Per una disamina accurata della prima disciplina cfr. SEVERINO DI BENEDETTO, *Gestione infedele*, in Capriglione (a cura di), *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari*, Padova, 1997, 327

505Si veda già NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941, *passim*

506I servizio di gestione di portafogli di investimento su base individuale ed il servizio di gestione collettiva del risparmio. Il primo è compreso nella categoria dei "servizi di investimento" (art. 1, 5° co., lett. d

Il termine "portafogli d'investimento" nell'economia finanziaria esprime il concetto di entità patrimoniali liquide e di pronto impiego, destinate ad essere utilizzate sui mercati. La dizione, e dunque l'ambito d'applicazione della fattispecie, sono stati considerati ancora eccessivamente restrittivi, specie se rapportati alla più ampia previsione ("servizi d'investimento") della fattispecie di confusione di patrimoni. Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, 13^a ed. a cura di Grosso, Milano, 2007, p. 547

ingiusto profitto.

Nonostante l'indicazione abbastanza generica dei soggetti attivi (che fa apparire la norma come reato comune), la migliore dottrina ha da tempo messo in evidenza che, ai sensi della disposizione in esame, per attività di gestione infedele debba intendersi solamente quella posta in essere dal soggetto regolarmente abilitato, mentre la gestione abusiva e infedele rileverà solo ai sensi dell'art. 166 TUF⁵⁰⁷. Tale convinzione risulta anche rafforzata dal carattere sussidiario della disciplina in esame, chiaramente attestato dalla clausola di riserva con cui la norma principia.

La presenza di elementi fortemente selettivi del fatto tipico, quali il dolo specifico e l'evento di danno, hanno spinto a criticare la natura contravvenzionale del reato in esame, che si presenta marcatamente come una contravvenzione di natura delittuosa⁵⁰⁸.

Venendo ora ad esaminare le ipotesi di concorso di reati, un ruolo importante nell'economia della risposta sanzionatoria è svolto a presenza della clausola di riserva, la quale rende palese che la contravvenzione *de qua* non si configura quando il fatto integra un altro più grave reato.

Tale previsione ha sollevato qualche perplessità con particolare riguardo alle fattispecie di truffa ed appropriazione indebita che, in quanto delitti, debbono essere ritenute "più gravi" anche se la contravvenzione in esame prevede una pena quantitativamente più gravosa⁵⁰⁹.

La condotta di appropriazione indebita, in particolare, coincide con una delle forme - tendenzialmente la più grave (ed aggravata *ex art. 61, n. 11, c.p.*) - di violazione di tali disposizioni.

Tali fattispecie, maggiormente conosciute e praticate dagli operatori giudiziari, rischia di privare la disposizione in esame di gran parte della sua

⁵⁰⁷Pedrazzi, *Mercati finanziari (nuova disciplina penale)*, in *Digesto pen.*, agg., Torino, 2000, 453; SEVERINO DI BENEDETTO, *Gestione infedele*, in Capriglione (a cura di), *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari*, cit., p. 330.

Contra: LACAITA, *Le sanzioni penali in materia di intermediari, mercati ed emittenti*, in LACAITA - NAPOLEONI (a cura di), *Il testo unico dei mercati finanziari*, Milano, 1998, 154.

⁵⁰⁸ PLANTAMURA, *I reati relativi agli intermediari*, in A.A.V.V., *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., p.632.

⁵⁰⁹L'asserzione in base a cui i delitti si considerano più gravi delle contravvenzioni è pacifica in giurisprudenza. Cfr. C., S.U., 27.3.1992; cfr. anche C., Sez. I, 27.5.2004, n. 26308

portata applicativa.

Ancora più problematico risultano I rapporti tra l'art. 167 TUF e la nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale (art. 2624 c.c.), recentemente introdotta nel nostro ordinamento⁵¹⁰.

La clausola di soccombenza anche in questo caso dovrebbe far propendere per l'esclusiva applicazione della fattispecie codicistica in tutte le ipotesi in cui le due disposizioni possano venire contemporaneamente in rilievo⁵¹¹. Tuttavia, tale conclusione, finirebbe per privare la disposizione in esame di ogni reale utilità. Anche in ragione di ciò, parte della dottrina, ritiene che la clausola non sarebbe ostativa al concorso reale di reati⁵¹². L'assunto, tuttavia, anche se autorevolmente sostenuto, si scontra inesorabilmente con il dato normativo, che porta a concludere nel senso dell'esclusiva applicabilità dell'art. 2624 c.c.⁵¹³.

4 *Confusione di patrimoni*

Pochi cenni merita in chiusura la fattispecie di Confusione di patrimoni, pacificamente ritenuta un'ipotesi speciale di infedeltà patrimoniale nello svolgimento di attività di intermediazione finanziaria.

La norma punisce - salvo che il fatto costituisca reato più grave - chi⁵¹⁴, nell'esercizio di servizi o attività di investimento o di gestione collettiva del

510La nuova fattispecie introdotta all' art. 2634 c.c. è, rispetto all'impianto normativo in cui si è trovata inserita, altrettanto rilevante di quella in esame. Anche in tal caso, però, la scelta legislativa non è caduta su una formulazione generale, ma su una figura delimitata (all'ambito delle società commerciali, lasciando fuori riferimenti di non scarso rilievo, quali società semplici od enti no profit). Rispetto a quella in esame la figura più recentemente introdotta riprende un preciso collegamento ad un evento di danno patrimoniale ed il riferimento ad atti di disposizione (che taluni autori ritengono comprendere anche quelli omissivi, nonché la presenza di una situazione di conflitto d'interessi (che è il presupposto caratterizzante l'infedeltà di natura patrimoniale nel suo complesso) nonché una particolare connotazione dell'elemento soggettivo (caratterizzato anche dall'intenzionalità). Cfr. ; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit, 264

511Tale rilievo critico è espressamente formulato da MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, in *Dir. Pen e proc.* 2002, 698;

512ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit, 271

513ALDROVANDI, *sub artt. 2634-2635 c.c.*, in LANZI, CADOPPI, *I reati societari*, cit, 179; MILITELLO, *L'infedeltà patrimoniale*, cit., 698

514Riguardo ai soggetti attivi, anche qui si pone il problema della rilevanza delle condotte abusive, già trattato in sede di gestione infedele.

risparmio, ovvero nella custodia degli strumenti finanziari e delle disponibilità liquide di un OICR, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, viola le disposizioni concernenti la separazione patrimoniale (art.li 22, 36 e 38 TUF), arrecando danno agli investitori⁵¹⁵.

Avendo specifico riguardo ai problemi di concorso La presenza dell'espressa clausola di riserva sopra esaminata - oltre a rimandare al confronto con figure previste nel codice penale, quali la truffa e l'appropriazione indebita, rispetto alle quali la norma in esame risulterà sempre soccombente⁵¹⁶ - richiama in particolare il confronto con le ipotesi delittuose di bancarotta dato che l'evenienza della confusione - proprio perché la fattispecie configura un reato di danno - si manifesterà e prenderà corpo in caso di dissesto del gestore.

515Anche qui, l'inserimento del dolo specifico e dell'evento di danno sono reputati dalla dottrina un inutile appesantimento della fattispecie, la quale, attesa la sua natura contravvenzionale, avrebbe potuto benissimo essere costruita come reato di pura condotta a dolo generico. Per questo rilievo cfr. PLANTAMURA, *I reati relativi agli intermediari*, in A.A.V.V., *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., p.635.

516FOFFANI, *La riforma dei reati societari: riflessi sulla disciplina penale delle banche e degli intermediari finanziari*, in Meyer-Stortoni (a cura di), *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, Torino, 2002, p. 370.

BIBLIOGRAFIA

MARTIELLO, *La riforma della disciplina della revisione contabile*, in F. GIUNTA-D. MICHELETTI (a cura di), *La disciplina penale del risparmio*, Milano, 2008

SEVERINO DI BENEDETTO, *Gestione infedele*, in Capriglione (a cura di), *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari*, Padova, 1997, 327

.A.V.V., *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, (a cura di) Acquaroli e Foffani, Milano, 2006

A.A.V.V., *La riforma della legislazione penale complementare : studi di diritto comparato*, (a cura di) DONINI, Padova, 2000.

A.A.V.V., *Codice Penale commentato*, (a cura di) Marinucci – Dolcini, Milano, 2006

A.A.V.V., *Commentario delle «Modifiche al sistema penale»*, Milano, 1982,

A.A.V.V., *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di MANNA, Padova, 2010

A.A.V.V., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte.*, (a cura di) Stortoni e Foffani, Milano, 2004

A.A.V.V., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004

A.A.V.V., *I reati societari. Commentario alla legge 8 Dicembre 2005 n°262 sulla tutela del risparmio*, Padova, 2006

A.A.V.V., *Il diritto penale minimo : la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, 1985

A.A.V.V., *Il nuovo diritto fallimentare: novità ed esperienze applicative a cinque*

anni dalla riforma, a cura di JORI – FABIANI, Bologna, 2010

A.A.V.V., *La disciplina penale dell'economia*, a cura di Santoriello, Torino, 2008

A.A.V.V., *La legislazione penale compulsiva*, (a cura di) Insolera, Padova, 2006.

A.A.V.V., *Leggi penali complementari commentate*, a cura di RONCO e GAITO, Torino, 2010

A.A.V.V., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, (a cura di) DONINI, Milano, 2003.

A.A.V.V., *Reati societari*, a cura di Rossi, Torino, 2005

A.A.V.V., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993

ACCINNI, *Opa obbligatoria e condotta <<artificiosa>> nel reato di aggio c.d. <<manipolativo>>*, in *Rivista delle società*, 2006, p. 56

ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen*, 2005, p.534

ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio dell'attività delle autorità pubbliche di vigilanza*, in A.A.V.V., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI

ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio dell'attività delle autorità pubbliche di vigilanza*, in A.A.V.V., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI

AMATI, *La disciplina della manipolazione del mercato fra reato e illecito amministrativo. Primi problemi applicativi*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, p. 985

AMATUCCI, in *Modifiche al sistema penale*, I, Milano, 1982, 181 ss.

- AMBROSI ANDREA, *Sanzioni amministrative e principio di specialità nei rapporti tra norme statali e norme regionali*, in *Diritto e società*, 1987 fasc. 1, pp. 81 – 111
- AMBROSI, *Ancora dubbi sui rapporti tra sanzioni penali e sanzioni amministrative regionali*. in *Le Regioni*, 1991 fasc. 4, pp. 1121 – 1138
- ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983
- ANTOLISEI, *Concorso formale di reati e concorso apparente di norme*, in *Giust. Pen. II*, 1942, p. 609-614
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto Penale*, Milano, 2003
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, 13^a ed. a cura di Grosso, Milano, 2007
- ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955
- ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1948
- AZZALI, *Lineamenti del delitto di aggio-taggio nell'attuale legislazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1998, p. 765 s.s
- BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello* vol. II, Milano, 1989, p. 19 s.s.
- BARATTA, prefazione a MOCCIA, *La perenne emergenza : tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995
- BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Venezia, 1797 (consultato nell'edizione Garzanti, Torino, 1997)

BECK U., *Risikogesellschaft auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 (trad. it. *La società del rischio: verso una seconda modernità*, Roma, 2000)

BETTIOL. *Verso un nuovo romanticismo giuridico*, in: *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1979. Ora in *Scritti Giuridici: 1966-1980*. Padova, 1980

BIANCONI, *Art.li 2625-2629, 2630-2633, 2636, 2637, 2639*, in A.A.V.V., *Leggi penali complementari*, (a cura di PADOVANI), Milano, 2007, p. 2406

BOBBIO, *dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, in A.A.V.V., *Studi in onore di Giuseppe Grosso* vol. I, Torino, 1971, p. 613 s.s.

BONINI, *La repressione delle turbative del mercato: aggio comune, aggio societario, aggio bancario, aggio su strumenti finanziari*, in *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, Torino, 2002, p.217 s.s.

BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale*, in *Indice Penale*, 2003, fasc. 2, p. 494 s.s.;

BONINI, *Retorica, simbolismo e diritto penale*, in *La retorica fra scienza e professione legale*, Milano, 2004, p. 345.

BRICCHETTI, *Art.li 216, 219, 221-223 regio decreto 16 marzo 1942 n° 267*, in in A.A.V.V., *Leggi penali complementari*, (a cura di PADOVANI), Milano, 2007, p. 2507

BRICOLA, (Voce) *Teoria del reato*, in *Nov.mo Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 1957, p. 14 s.s.

BRICOLA, *legalità e crisi: l' art. 25, commi 2 e 3, della costituzione rivisitato*

- alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, fasc. 2-3, p. 130
- BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997
- BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in A.A.V.V., *Funzioni e limiti del diritto penale : alternative di tutela*, (a cura di) De Acutis e Palombarini, Padova, 1984, p. 22 s.s.
- CAMAIONI S. *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *Giust. Pen.*, 1992, fasc. 4, p. 230-248
- CAPELLI, *Appunti su bene giuridico e soglie di punibilità nei nuovi reati di false comunicazioni sociali*, in *Crit. Dir.*, 2003, p. 295
- CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009,
- CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale. Il reato*, Milano, 1943, Vol. I, p. 275
- CARRIERE, *I profili normativi delle fasi propedeutiche di operazioni di m&a successivamente al recepimento della direttiva market abuse*, in *Riv. Soc.*, 2006, p. 338.
- CATRONUOVO, *Le dimensioni parallele del diritto penale tra codice e leggi complementari*, A.A.V.V., *La riforma della legislazione penale complementare : studi di diritto comparato*, (a cura di) DONINI, Padova, 2000, p. 277 s.s.
- CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione dei conti*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2010, p. 666
- COCCO – MELONI, (voce) *Fallimento*, in A.A.V.V., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO – PALIERO, p. 1141
- COMELLINI, *Gli illeciti penali della società di revisione*, in *Corriere tributario*,

2010, p. 2300

CONTENTO, *Corso di diritto penale* Vol. II, Roma-Bari, 2005

CONTI F., (voce) *Concorso apparente di norme*, in *Noviss. Dig. It, II*, Torino, 1958, p. 1053

CONTI, *Disposizioni in materia di società e di consorzi*, in *Commentario del codice civile*, SCALOJA-BRANCA, Bologna, 2004, p. 221

CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992

CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme.*, Milano, 1967

CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 2006

CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, Giuffrè, 2008, p. 182

CRESPI, *Falsità nella relazione della società di revisione e delitto di agiotaggio*, in *Riv. Soc.*, 2004

CRESPI, *Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminatici*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2009, p. 107

CRESPI, *Studi di diritto societario*, Milano, 2004

CRISTIANI, *Commentario di diritto penale delle società e del credito*, Giappichelli, 2003

DALLACASA, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, *Ind. Pen.*, 1984, 29 ss.;

DE CRESCIENZO, *La nuova fattispecie di bancarotta da illeciti societari*, in *La riforma del diritto societario*, Quaderni del Consiglio Superiore della magistratura, 2004, n. 139, p. 1005

DE FRANCESCO, (voce) *Concorso apparente di norme*, in *Dig. Disc. Pen.*, II,

Torino, 1988, p. 416

DE FRANCESCO, *I reati politici associativi nel codice rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, In *Riv. It. Dir. E proc. Pen.*, 1984, p. 679 s.s

DE FRANCESCO, *Lex specialis, Lex specialis. Specialità e interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980

DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963

DE ROBERTO, *Principio di specialità e rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella legge 24 novembre 1981, n. 689, RIDPP*, 1983, 1583 ss.;

DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004

DENNIGER, *Der präventiv-Staat*, in <<Kritische Jstiz>>, XXI, 1988, p. 7 s.s.

DI MARTINO, *Dalla "campana senza battaglia" al concorso di norme*. in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992 fasc. 3, pp. 995 – 1028

DI NANNI, VACCA, FUSCO, *Depenalizzazione e sanzioni amministrative*, Napoli, 1982;

DOLCINI - PALIERO, *I «principi generali» dell'illecito amministrativo nel disegno di legge «Modifiche al sistema penale»*, *Riv. it. Dir. E proc. Pen.*, 1980, 1154 ss.;

DONINI, (voce) *Teoria del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XIV, Torino, 1999, P.221

DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991

DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, p. 338

- DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996
- FERRAJOLI, *il diritto penale minimo*, in A.A.V.V., *Il diritto penale minimo : la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, 1985, p. 505 s.s
- FERRARA F., *Diritto di guerra e diritto di pace*, in *Scritti giuridici* vol. I, Milano, 1954, p. 75 s.s.
- FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 29 s.s.;
- FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo secondo, Bologna, 2007
- FIANDACA G. (voce) *Fatto nel diritto penale* in *Dig. Disc. Pen.*, V, Torino, 1988, p. 152 s.s.
- FIANDACA, *Prolegomeni alla futura riforma del codice penale*, in *Micromega*, 1991, fasc. 5
- FILANGERI, *La scienza della legislazione*, Catanina, 1752-1788, ristampa a cura dell'istituto poligrafico della zecca dello stato, 1984
- IORE, *Prospettive della riforma penale. il ruolo della legislazione speciale*, In *Democrazia e diritto*, 1977, p. 685 s.s.
- IORELLA, (voce) *Reato in generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1987, vol. XXXVIII, p. 773
- IOFFANI, *Borsa* (voce), in A.A.V.V., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO – PALIERO, p. 681
- IOFFANI, *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 961, PEDRAZZI, *Società commerciali*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 361

- FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Dir. pen e proc.*, 2001, p. 1193
- FOFFANI, *Società* (voce), in A.A.V.V., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO – PALIERO, p. 2448
- FOLADORE, *Il caso UNIPOL e la nuova disciplina dell'insider trading*, in *Corr. Merito*, 2007, p. 770
- FONDAROLI, *Aggiotaggio mediante "altri artifici": "disvalore del fatto" e "disvalore del contesto"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 747
- FORNASARI, *Cause di giustificazione Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2008, p. 909
- FORNASARI, *Introduzione ai delitti contro l'economia pubblica*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna, PAPA, Vol. V, T.1, p. 650
- FOUCAULT, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Parigi, 1975 (trad. it. *Sorvegliare e punire : nascita della prigione*, Torino, 1976
- FROSALI R., *Concorso di norme e concorso di reati* Città di Castello, 1937 (rist. Milano, 1971)
- FROSALI, voce *Concorso di reati* in *Noviss. Dig. It*, III, p. 1047
- GALGANO, *il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, (diretto da) Galgano, vol. XXIX, Padova, 2006, p. 1016.
- GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, Torino, 1999

GIANNELLI -MAGLIO, *Limiti di portata delle disposizioni penali: il concorso apparente di disposizioni coesistenti*, in *Rivista penale*, 1999 fasc. 11, pp. 929 – 948

GIARDA-SEMINARA, *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002

GLIATTA, *L'onere per l'amministrazione formale di vigilare sull'operato dell'amministratore di fatto*, in *Società*, 2008, p. 511

GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale : i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri* , Milano, 1989

GRASSO G., *L' Incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli stati membri: nascita di una "politica criminale europea"?*, in *Indice Penale*, 1993, p. 65 s.s

GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1950

GROSSO, *Principi ispiratori e linee di tendenza della legge*, in *Modifiche al sistema penale*, Milano, 1982, 11 ss

JACOBS, *Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtguterweltzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XCVII, 1985, p. 775 s.s.

JORI M., *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009 , p. 222 s.s.

LARIZZA, *Profili critici della politica di depenalizzazione*, *Riv. it. Dir. E proc. Pen*, 1981, 61 ss. AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, *Atti del Convegno di Varenna*, Milano, 1982

LEO, *Osservatorio dei contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2007, p. 1012

- LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989;
- LOZZI, *Fatto antecedente e successivo nella problematica dell'unità e pluralità di reati*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1959, p. 940
- LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2005, p. 1476 s.s.
- Magro, *Aggiotaggio*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna, PAPA, Vol. V, T.1, p. 680
- MAGRO, *Le manipolazioni del mercato tra illecito penale e illecito amministrativo*, *Cass. Pen.*, 2007, p. 56
- MAJANI, *I riflessi penalistici nel mercato dei titoli*, in A.A.V.V., *Il diritto penale delle società commerciali*, (a cura di) Nuvolose, Milano, 1971, p. 290.
- MANNA, *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in A.A.V.V., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004, p. 157
- MANNA, *La riforma dei reati societari dal pericolo al danno*, in *For. It.*, 2002, pt V, p. 111
- MANNA, *Tutela del risparmio. Novità in tema di insider trading e di manipolazione del mercato*, in *RTDPE*, 2005, p. 267
- MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966
- MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte generale.*, Padova, 2007
- MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I., Padova, 2005
- MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico criminali*, in

Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1983, fasc. 4, p. 1190

MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463
s.s.

MARTIELLO, *Market Abuse e profili di responsabilità penale individuale*, in *Dir. E prat. Soc.*, 2006, p. 44

MARX, *La legge contro i furti di legna*, Roma, 1990

MASULLO, *Art.li 2621-2624, 2629 bis, 2634-2641*, in A.A.V.V., *Leggi penali complementari*, (a cura di PADOVANI), Milano, 2007, p. 2359

MAZZACUVA, *Il falso in bilancio. Casi e problemi*, Padova, 2004

MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, Padova, 2010

MAZZACUVA, *Il falso in bilancio. Profili penali: casi e problemi*, Padova, 1996

MEDICO, *La manipolazione del mercato: reato o illecito amministrativo?*, in *Le Società*, 2007, p. 621

MEDICO, *La manipolazione del mercato: reato o illecito amministrativo?*, in *Le società*, 2007, p. 633

MELCHIONA, *art. 2367 c.c. – 185 d.lgs. 58/98*, in A.A.V.V., *I nuovi reati societari*, a cura di LANDI – CADOPPI, Milano, 2002 p. 265

MENGONI, *principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *A.a.V.v., i principi generali del diritto*, (atti del convegno dei lincei), Roma, 1992

MINERVA, *Interpretazione di disposizioni tra loro concorrenti*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1988 fasc. 11, pp. 1309 – 1310

MOCCIA, *La promessa non mantenuta ruolo e prospettive del principio di*

determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano , Napoli, 2001

MORO, *Unità e Pluralità di Reati*, Milano 1956 [Rist. 2a ed. Milano, 1959],

MUCCIARELLI, *Abuso di informazione privilegiate e manipolazioni del mercato: le norme della comunitaria 2004 (II)*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2005, p. 1472

MUCCIARELLI, *Abuso di informazione privilegiate e manipolazioni del mercato: le norme della comunitaria 2004 (II)*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2005, p. 1473

MUSCATIELLO V.B., *Pluralità e unità di reati : pwww.er una microfisica del molteplice*, Padova, 2002.

MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004

MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in A.A.V.V., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993

MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999

NAPOLEONI, *I reati societari*, III, *Falsità nelle comunicazioni sociali e aggio tagging societario*, Milano, 1996, p.292

NAPOLEONI, *Le mariage qui a mal tourné: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta "da reato societario*, *Cass. Pen.*, 2009, p. 294 s.s.

PEDRAZZI, *Diritto Penale*, vol. III, Milano, 2003

NAUCKE, *Schwerpunkverlagerungen im Strafrecht*, in *Krit.V.*, 1993, p. 135 s.s.

NAVAZIO, *Bilancio vero o bilancio credibile*, in A.A.V.V., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, (a cura di) Manna, Milano, 2004, p.43

NOTARO, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'italia alla comunità europee. legge comunitaria* , in *Leg. Pen.*, 2006, p. 50

NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, 1941

NUVOLONE, *La legge di depenalizzazione, Appendice al terzo vol.*, di Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1984;

PADOVANI – STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 1991, p. 23.

PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, In *Ind. Pen.*, 1999, p 531

PADOVANI, (voce) *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. Pen.*, III, Torino, 1988

PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2008

PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi di successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 1603

PADOVANI, *L'utopia punitiva : il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981

PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 1984 p. 95

PAGLIARO A., (voce) *Concorso di norme* (dir. Pen.), in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1961, p. 545 s.s

PAGLIARO A., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Indice pen.* 1976, 218

PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, A. PAGLIARO, Milano 2007

- PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in: *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 1989, p. 1194 s.s
- PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale : significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in A.A.V.V. *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) Vassalli, Napoli, 2006, p. 50 s.s
- PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torini, 2008
- PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 1992, p. 457
- PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e amministrative*, in *Indice Penale*, 1986, p. 35 s.s
- PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, Padova, 1985
- PALAZZO, *Per una razionalizzazione della legislazione complementare*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 317
- PALAZZO, *Per una razionalizzazione della legislazione complementare*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 321
- PALAZZO, *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.*, 1997, p. 697 s.s.
- PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. Dir. E proc. Pen.*, 1992, p. 849 (ora anche A.A.V.V., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, p. 167 s.s.).
- PALIERO, *L' autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994 fasc. 4,

p. 1224

PALIERO, *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa*, Riv. it. Dir. E proc. Pen, 1980, 1134 ss;

PALIERO, *Market abuse e legislazione penale: un connubio tormentato*, in *Corriere di merito*, 2005, p. 811

PALIERO, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985

PAONESSA, *L'avanzamento del diritto penale europeo dopo il trattato di Lisbona*, in Riv. Pen., 2010, p. 307 s.s.

PAPA M., *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997,

PAPA, *Definizioni legislative e concorso apparente di norme. Note comparatistiche*. In A.A.V.V. *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Milano, 1996

PATANÈ, *Concorso apparente di norme, criteri selettivi. La legge 24 novembre 1981, n. 689, e il suo art. 9 per le sanzioni amministrative ed i reati*, in *Giust. Pen.*, 1982, I, 206 ss.

PATERNITÀ, *Dizionario dei reati contro l'economia*, Milano, 2000

PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA e SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2^a ed., Monduzzi, 2000

PEDRAZZI, *Diritto Penale*, vol. IV, Milano, 2003

PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955 [ora

in *Diritto Penale*, vol. II. *Scritti di parte speciale*. Milano 2003)

PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in A.A.V.V. *Comportamenti economici e legislazione penale : atti del Convegno AREL del 17 marzo 1978*, (a cura di) PEDRAZZI, Milano, 1979, p. 33 s.s.

PERINI, *Ai margini dell'inesigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir e proc. Pen.*, 1999, 561,

PERINI, *Il "cagionamento del dissesto": la nuova "bancarotta da reato societario" al banco di prova della causalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 729;

PICA, *I rapporti tra illecito penale ed amministrativo alla luce dell'art. 9 L. 24 novembre 1981, n. 689: spunti critici e profili di costituzionalità*, *Giust. Pen.*, 1985, II, 367 ss.

PIEGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del "tipo"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994 fasc. 2, pp. 457 – 537

POLICE, *Art. 24*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 501 ss.

PROSDOSCIMI, *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova, 1984

PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1276

FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 356

PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di penalizzazione?*, in *Riv. it. Dir. E proc. Pen.*, 19883, p. 489

RESTA, *La dismisura dei sistemi penali*, in A.A.V.V. *Il diritto penale minimo : la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, (a cura di) BARATTA, Napoli, 1985, p. 475 s.s.

RESTA, *Paradossi del consenso*, in A.A.V.V., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, p. 148

ROMANO B., *Il rapporto tra norme penali : intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996

ROMANO M., *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, n A.A.V.V. *Comportamenti economici e legislazione penale : atti del Convegno AREL del 17 marzo 1978*, (a cura di) PEDRAZZI, Milano, 1979 p. 204 s.s.

ROMANO M., *Meritevolezza di pena, bisogno di pena e teoria del reato*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 1992, p. 39 s.s.

ROMANO M., *sub. Art. 326*, in *Commentario sistematico del codice penale. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006

ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004

RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1970

ROSSI, *Market abuse e insider trading: l'apparato sanzionatorio*, in *Dir. Pen. E proc.*, 2006, p. 89;

SANDRELLI, *Entra in scena la corruzione privata*, in *Guida al diritto*, 16/2002, p. 72 s.s

SANDRELLI, *I reati di market abuse – IIa Parte*, in *Rivista*231, 2006

SAVINO, *Trattato di Lisbona. la pesc e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 226 s.s.

SCAPARONE, *Il comma dell'art. 24. Il diritto di difesa nel processo penale*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma. 1981, 87 ss

SCAPARONE, *Procedura Penale*, vol II, Torino, 2008

SEMINARA, *Disclose or abstain? la nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 2008, p. 359

SEMINARA, *Insider Trading e diritto penale*, Milano, 1989

SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2006

SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. pen. E proc.*, 2006, p. 552;

SGUBBI – FONDAROLI – TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008

SGUBBI, (voce) *Diritto penale comunitario*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IV, Torino, 1989, p. 89 s.s.

SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, *IP*, 1983, 253 ss.

SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 2001,

p. 1193 s.s.

SGUBBI, *Il reato come rischio sociale : ricerche sulle scelte di allocazione dell'Illegalità' penale*, Bologna, 1990

SGUBBI, *La responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975

SGUBBI, *Meccanismi di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *Quest. Crim.*, 1981, p. 321 s.s.

SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio : liberta' economica, difesa dei rapporti di proprieta' e reati contro il patrimonio*, Milano, 1980

SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'unione europea*, in *Cas. Pen.*, 2010, p. 1146 s.s.

SPORTA CAPUTI, *La manipolazione del mercato nella forma del comunicato stampa decettivo su iniziative societarie*, in *Le Società*, 2008, p. 1101

TEIDEMANN, *L'uropeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. Dir. E proc. Pen.*, 1998, p. 3 s.s.

TERZI, *Rilievi critici in tema di manipolazione del mercato*, in *Riv. Pen.*, 2008, p. 1107

TRAVI ALDO, *Concorso di sanzioni penali ed amministrative e nuovi limiti alla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 1987 fasc. 5, pp. 1089 – 1115;

TRIPODI, *Commento agli artt. 180-187 quaterdecises t.u.f*, in A.A.V.V., *Leggi penali complementari*, (a cura di PADOVANI), Milano, 2007, p. 2507

TROYER – INGRASSIA, *Prime riflessioni sullo statuto penale della revisione legale a seguito del dlgs. 39/2010*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2010, p.

V.B. MUSCATIELLO, *Falso in bilancio e reati connessi: una moderna disapplicazione del nemo tenetur se detegere*, in A. MANNA (a cura di), *Falso in bilancio, corruzione e concussione: esperienze a confronto*, Bari, 1998, 144

VASSALLI, *Progressione criminosa*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, p. 1150

VASSALLI, voce *Antefatto non punibile postfatto non punibile* in *Enc. Giur. Trrec.*, VII

VIGLIETTA, *Spunti per una riforma del sistema penale. Dal diritto penale dello stato – autorità al diritto penale minimo*, in A.A.V.V. *Il sistema sanzionatorio e le sue alternative di tutela*, Quaderni di “Questione Giustizia”, (a cura di) Borrè e Palombini, Milano, 1998, p. 31

VIGNERI, *Profili generali della sanzione amministrativa, Nuove leggi civili commentate*, 1982, 1110 ss.

VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, 1983

ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, Torino, 1997

ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006

ZANNOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 182 ss.;

ZUCCALÀ, *Le false comunicazioni sociali. Problemi antichi e nuovi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 753

LACAITA, *Le sanzioni penali in materia di intermediari, mercati ed emittenti*, in

LACAITA - NAPOLEONI (a cura di), *Il testo unico dei mercati finanziari*,
Milano, 1998

FOFFANI, *La riforma dei reati societari: riflessi sulla disciplina penale delle banche e degli intermediari finanziari*, in Meyer-Stortoni (a cura di), *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, Torino, 2002, p. 370