



UNIVERSITÀ DI PARMA

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PARMA

DOTTORATO DI RICERCA IN
"SCIENZE GIURIDICHE"

CICLO XXXII

L'ANTICIPAZIONE DELLA TUTELA PENALE DEGLI INTERESSI ECONOMICI

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Alberto Cadoppi

Tutore:
Chiar.mo Prof. Massimo Donini

Dottoranda: Lavinia Messori

Anni 2016/2019

INDICE

INDICE	2
CAPITOLO I.....	1
L'INCRIMINAZIONE DEL PERICOLO IN MATERIA ECONOMICA.....	1
1. PREMessa E DEFINIZIONE DEL CAMPO D'INDAGINE: IL REATO ECONOMICO IN UN'ACCEZIONE EFFETTUALE.....	1
1.1. ALLA RICERCA DI UNO STATUTO PENALE ECONOMICO.....	8
2. L'OGGETTO DELLA TUTELA.....	12
3. I MECCANISMI DI ANTICIPAZIONE DELLA TUTELA IN MATERIA ECONOMICA.....	17
3.1. UN'INDAGINE SU: A) I FATTORI DI ASTRAZIONE/CONCRETIZZAZIONE DEL PERICOLO.....	20
3.1.1. IL PROBLEMA DELLA DISTANZA CONCETTUALE TRA LA CONDOTTA TIPICA E IL DANNO POTENZIALE E DELLA DIFFICILE COMPATIBILITÀ (ECONOMICA) CON LA PROGnosi POSTUMA TIPICA DEI REATI DI PERICOLO.....	27
3.1.2. IL CONTRIBUTO CONCRETIZZANTE DELLA 'TIPICITÀ DI CONTESTO'. ...	30
3.2. B) LA VOLATILIZZAZIONE DEL BENE GIURIDICO.....	32
3.2.1. I BENI STRUMENTALI E LA C.D. SERIAZIONE DEI BENI GIURIDICI.	35
3.2.2. L'EMERSIONE DI BENI ISTITUZIONALI NON PREESISTENTI ALLA NORMA. UN OBIETTIVO INTRINSECAMENTE PROPULSIVO DELLA TECNICA LEGISLATIVA E LA PREPONDERANZA DI UNA CONCEZIONE METODOLOGICA E TRASFORMISTICA DEL BENE GIURIDICO.	37
3.2.3. MODELLI DI FUNZIONI-BENI VS. MODELLI NON REINTERPRETABILI IN CHIAVE OFFENSIVA. GLI ILLECITI DI MERA DISOBBEDIENZA FRUTTO DI UN'ESIGENZA POLITICO-CRIMINALE DI 'ORDINE PUBBLICO ECONOMICO'....	41
4. LA GIURISPRUDENZA TRA TENTATIVI DI CORREZIONE IN VIA ERMENEUTICA DEL PERICOLO ASTRATTO E LA CHINA SCIVOLOSA DELLA PLURIOFFENSIVITÀ.....	47
5. UN TENTATIVO DI RIORDINO CONCETTUALE: SUSSIDIARIETÀ, PREESISTENZA DEL BENE GIURIDICO, OFFENSIVITÀ.....	51
CAPITOLO II.....	57

<u>ALCUNI MODELLI PARADIGMATICI DI TECNICA</u>	
<u>LEGISLATIVA</u>	57
1. UN DIRITTO PENALE A “DUE VELOCITÀ”: RISPETTO DEI PRINCIPI PENALISTICI VS. DIFESA SOCIALE DAL “NEMICO”	57
2. LA SERIAZIONE DEI BENI GIURIDICI: BENI STRUMENTALI E BENI FINALI ECONOMICI IN ALCUNI ESEMPI PARADIGMATICI. A) L’INTERESSE AL CORRETTO ACCERTAMENTO TRIBUTARIO. B) LA TUTELA DELLA TRASPARENZA SOCIETARIA. C) LA TUTELA DEL MERCATO DEL CREDITO.	62
3. IL MODELLO INGIUNZIONALE E LA TUTELA DI BENI-FUNZIONI.	78
3.1. LE VIOLAZIONI DELLE “REGOLE DEL GIOCO” ALL’INGRESSO. L’ABUSIVO ESERCIZIO DELL’ATTIVITÀ BANCARIA, FINANZIARIA, ASSICURATIVA E DI FORMA PENSIONISTICA.	79
3.2. LE VIOLAZIONI DELLE “REGOLE DEL GIOCO” NEL CORSO DELLA VITA DELL’IMPRESA. L’OSTACOLO ALLE FUNZIONI DI VIGILANZA E LA VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI COLLABORAZIONE.	90
3.3. UNA BREVE NOTA IN PUNTO DI OMESSA COMUNICAZIONE DELLE VARIAZIONI PATRIMONIALI DEI SOGGETTI SOTTOPOSTI A MISURE DI PREVENZIONE.	96
4. REATI DI PERICOLO CONCRETO AD EVENTO PENALMENTE NEUTRO. IL CASO DELLA MANIPOLAZIONE DEL MERCATO EX ART. 185 T.U.F.....	100
5. REATI DI MERA INFEDELTÀ E MORALIZZAZIONE DELLE RELAZIONI COMMERCIALI.....	105
5.1. VENATURE ETICIZZANTI DELLA CORRUZIONE FRA PRIVATI EX ART. 2635 C.C.	108
5.2. LA VIOLAZIONE (MERA) DI UNO STANDARD ETICO NELL’INSIDER TRADING EX ART. 184 T.U.F.....	114
<u>CAPITOLO III</u>	119
<u>I TRATTI PERSONALISSIMI DEL PENALE FALLIMENTARE..</u>	119
0. PREMessa.	119
1. LA TECNICA LEGISLATIVA NELLA BANCAROTTA E LA RICOSTRUZIONE IN TERMINI DI PERICOLO CONCRETO.....	121

1.1. DALL'ETERNO DIBATTITO SULLA 'ZONA DI RISCHIO PENALE' AL VERO "TERRENO DI CONFLITTO" DELL'ATTUALITÀ DELL'OFFESA NELLA BANCAROTTA PREFALLIMENTARE.	132
2. I RAPPORTI TRA LE CONDIZIONI OBIETTIVE DI PUNIBILITÀ E IL PERICOLO COME ELEMENTO DELLA FATTISPECIE.	136
3. IL DISVALORE DI CONTESTO E LA VALENZA FALLIMENTARE E NON MERAMENTE PATRIMONIALE DELL'ILLECITO. IL NESSO DI RISCHIO....	142
4. L'INCIDENZA DELLA CRISI DEL DOGMA DELLA GARANZIA PATRIMONIALE GENERICA SULLA TIPIZZAZIONE DEL RISCHIO ILLECITO.	146
<u>CAPITOLO IV.....</u>	<u>152</u>
<u>UNA PROSPETTIVA DI RIFORMA</u>	<u>152</u>
1. LE PROBLEMATICHE EMERSE.....	152
2. QUALE RUOLO PER LA SUSSIDIARIETÀ? E QUALE INVECE PER L'OFFESA A UN INTERESSE PRE-DATO?	153
3. L'OPZIONE IN FAVORE DI UNA "SELEZIONE PENALISTICA" DELLE NOTE DI DISVALORE: BENI STRUMENTALI E BENI-FUNZIONI IN CHIAVE OFFENSIVA.....	158
<u>BIBLIOGRAFIA.....</u>	<u>162</u>

CAPITOLO I

L'INCRIMINAZIONE DEL PERICOLO IN MATERIA ECONOMICA

SOMMARIO: 1. Premessa e definizione del campo d'indagine: il reato economico in un'accezione effettuale. - 1.1. Alla ricerca di uno statuto penale economico. - 2. L'oggetto della tutela. - 3. I meccanismi di anticipazione della tutela in materia economica. - 3.1. Un'indagine su: a) i fattori di astrazione/concretizzazione del pericolo. - 3.1.1. Il problema della distanza concettuale tra condotta tipica ed evento temuto. Una incompatibilità (economica) con la prognosi postuma tipica dei reati di pericolo? - 3.1.2. Il contributo concretizzante della 'tipicità di contesto'. - 3.2. b) la volatilizzazione del bene giuridico. - 3.2.1. I beni strumentali e la c.d. seriazione dei beni giuridici. - 3.2.2. L'emersione di beni istituzionali non preesistenti alla norma. Un obiettivo intrinsecamente propulsivo della tecnica legislativa e la preponderanza di una concezione metodologica e trasformistica del bene giuridico. - 3.2.3. Modelli di funzioni-beni *vs.* modelli non reinterpretabili in chiave offensiva. Gli illeciti di mera disobbedienza frutto di un'esigenza politico-criminale di 'ordine pubblico economico'. - 4. La giurisprudenza tra tentativi di correzione in via ermeneutica del pericolo astratto e la china scivolosa della plurioffensività. - 5. Un tentativo di riordino concettuale: sussidiarietà, preesistenza del bene giuridico, offensività.

1. Premessa e definizione del campo d'indagine: il reato economico in un'accezione effettuale.

L'espressione 'materia penale economica', eletta qui a fulcro di una ricerca volta a una ricostruzione critica in punto di tecnica legislativa, ha certamente bisogno di una prima chiarificazione. La stessa terminologia 'reati economici' ad oggi è ben lontana dall'evocare un drappello netto e circoscritto di fattispecie incriminatrici.

Ci troviamo indubbiamente al cospetto di quella porzione di diritto penale che si interessa dell'agire economico, ma l'ampiezza e il rapido evolversi del tessuto economico, nonché della regolamentazione extra-penale, impediscono che l'estensione della materia risulti di immediata comprensibilità. La nozione di 'diritto penale *commerciale*' in senso stretto viene comunemente impiegata dalla dottrina tradizionale nazionale per indicare, se

non una branca scientifica, certamente un insegnamento universitario, ma evidenzia tuttavia soltanto il nocciolo duro rappresentato dal diritto penale societario e del fallimento¹. D'altra parte per lungo tempo questi ultimi hanno rappresentato le sole colonne portanti del sistema: solo più di recente (intorno agli anni Settanta del secolo scorso) lo studio del diritto penale dell'economia si è esteso oltre il societario e il fallimentare².

Il 'diritto penale *d'impresa*' non fotografa con la giusta completezza il fenomeno criminale economico, essendo una considerevole porzione dello stesso svincolata dal (o, più propriamente, non necessariamente vincolata al) contesto giuridico e spaziale dell'organizzazione d'impresa (si pensi ai reati tributari commessi al fine di evadere le imposte sul reddito delle persone fisiche).

Si tratta d'altra parte di una difficoltà che di certo non affligge soltanto l'esperienza nazionale³. Non possono infatti trarsi indicazioni maggiormente univoche dalle denominazioni più diffuse nella dottrina straniera, quali '*Wirtschaftsstrafrecht*', '*derecho penal económico*' o '*droit pénal des affaires*'.

Mentre nella dottrina tedesca e spagnola si ricorre a un termine che letteralmente riproduce il lemma "economico", nella dottrina francese del

¹ A tal proposito v. A. ALESSANDRI-S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I principi generali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2018, 8 s.; F. GIUNTA, *I reati economici: modelli normativi e riflessi probatori*, in *Giust. pen.*, 2011; R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 2017, 6 ss.

La natura economico-patrimoniale dell'interesse protetto e della *ratio* di tutela nel settore fallimentare è oramai indiscussa; viceversa tale ramo della criminalità dovrebbe essere espunto dalla materia in esame in quegli ordinamenti in cui le relative fattispecie sorgono a protezione dell'amministrazione della giustizia, come accade, ad esempio, nel sistema statunitense. In verità, i reati fallimentari assumono nella tradizione giuridica d'oltreoceano una rilevanza "trasversale": nel *Criminal Resource Manual* (§ 838, *Bankruptcy Fraud*) del U.S. Department of Justice si legge che «*The criminal provisions relating to bankruptcy fraud [si tratta delle fattispecie contenute nel Titolo 18 dello United States Code ai §§ 152-157] were enacted to preserve honest administration in bankruptcy proceedings and to ensure the distribution to creditors of as large a portion of the bankrupt's estate as possible.*».

² V. C. PEDRAZZI, *L'evoluzione del diritto penale economico*, in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 2003, 253 ss.

³ V. la ricostruzione di M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti fra errore di diritto e analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 8 ss., spec. nt. 9

tutto prevalente è il ricorso ad un'espressione potenzialmente ancor più vasta, ossia gli "affari", cui paiono riconducibili settori numerosissimi⁴.

Nella manualistica francese ricorre solitamente la distinzione fra *droit pénal commercial*, *droit pénal des affaires* e *droit pénal économique* e fra *infractions économiques* e *infractions financières*. Il primo ricomprende anche questioni relative ad attività di diritto civile e di diritto sociale e non può pertanto coincidere con il *droit pénal des affaires*, il quale si distingue altresì dal *droit pénal économique*, posto che ricomprende «*aussi des infractions qui ne sont pas directement liées au système économique et ne présentent donc pas de telles caractéristiques*»⁵. Inoltre, il diritto penale "degli affari" implica anche la trattazione dei reati offensivi dei valori più classici, contenuti nel codice penale, quali la proprietà, ma anche l'integrità fisica (in relazione a condizioni di lavoro insalubri o rischiose o al maneggio di prodotti pericolosi⁶).

L'approccio trasversale, basato cioè sugli interessi protetti, non è sconosciuto alla dottrina francese⁷; si tratta tuttavia di una tradizione giuridica che non ha mai attribuito negli anni una funzione critico-interpretativa al bene giuridico, che, infatti, acquista qui una funzione meramente sistematica, reputata peraltro spesso insoddisfacente⁸.

Ricorre altresì talvolta l'utilizzo di un criterio formalistico, che riposa sulla fonte dei relativi illeciti⁹; ma anche di un criterio normativo fondato sull'art. 704 c.p. francese, che stabilisce una competenza per materia delle

⁴ Parla di termine così vago da poter ricomprendere qualsivoglia fattispecie criminosa (tanto del *droit pénal de la publicité*, quanto *de l'informatique* o *du crédit*) M. VÉRON, *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 2013, 16.

⁵ M. DELMAS MARTY-G. GIUDICELLI DELAGE, *Droit pénal des affaires*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, 11.

⁶ M. DELMAS MARTY-G. GIUDICELLI DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit., 12.

⁷ Tale approccio, reputato «*la démarche la plus logique*», è impiegato ad esempio da W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 2005, 79, secondo il quale «*Les affaires, ce sont les activités de production, de distribution et de consommation des richesses. Et rien d'autre*».

⁸ «*Mais on arrive alors à une définition trop large, car il est évident que toutes les infractions ainsi présentées par référence à la valeur protégée – ordre économique, financier, social, qualité de la vie, propriété, foi publique, intégrité physique – ne font pas partie du droit pénal des affaires*» M. DELMAS MARTY-G. GIUDICELLI DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit., 12.

⁹ M. DELMAS MARTY-G. GIUDICELLI DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit., 12.

giurisdizioni specializzate¹⁰; nonché a quello maggiormente criminologico della “complessità” del reato, additato però come troppo vago per contribuire a una definizione credibile¹¹.

Per la dottrina tedesca e spagnola possono replicarsi le difficoltà interpretative prima avanzate in punto di necessaria ricomprensione tanto dei reati d’impresa (*Unternehmenskriminalität* e *criminalidad de empresa*) quanto dei reati nell’impresa (*Betriebskriminalität* e *criminalidad en la empresa*¹²).

In seno alla dottrina d’Oltralpe si suole ricondurre sotto l’etichetta del *Wirtschaftsstrafrecht* sia la repressione delle condotte lesive dell’intervento e della regolazione statale in campo economica (il c.d. diritto amministrativo economico, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*), sia la repressione delle condotte lesive di beni giuridici anche sovraindividuali di consistenza economica (*Überindividuellen oder sozialen Rechtsgüter des Wirtschaftslebens*¹³). Ma anche qui può scorgersi una dilatazione considerevole, divenendo il *Wirtschaftsstrafrecht* contenitore di reati afferenti ai più disparati settori, variamente collegati all’attività d’impresa (diritto penale della concorrenza, del lavoro, dell’ambiente, del diritto d’autore, *etc.*), indipendentemente dunque dalla natura degli interessi offesi.

Nella manualistica spagnola si incontra poi frequentemente la distinzione fra reati economici in senso stretto («*el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía*») e reati economici in senso lato («*el conjunto*

¹⁰ Il *droit pénal des affaires* appare di conseguenza composto da reati previsti dal *Code pénal*, dal *Code de commerce*, dal *Code monétaire et financier*, dal *Code de la construction et de l’habitation*, dal *Code de la propriété intellectuelle*, dal *Code général des impôts*, dal *Code des douanes*, dal *Code de l’urbanisme*, dal *Code de la consommation* (v. F. STASIAK, *Droit pénal des affaires*, Paris, LGDJ, 2005, 3 s.).

¹¹ M. DELMAS MARTY-G. GIUDICELLI DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit. 12.

¹² V. C. MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, 133.

¹³ K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. I. Allgemeiner Teil*, München, 1975, 50. V. H. KUDLICH-M.T. OĞLAKCIOĞLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, 2011, 5: «*Wirtschaftsstrafrecht ist die Gesamtheit der Straftaten (und Ordnungswidrigkeiten), die bei wirtschaftlicher Betätigung unter Missbrauch des im Wirtschaftsleben notwendigen Vertrauens begangen werden und nicht nur eine individuelle Schädigung herbeiführen, sondern auch Belange der Allgemeinheit (Kollektivrechtsgüter) berühren*».

de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios»¹⁴).

Ebbene, nella consapevolezza della scarsa efficacia selettiva della chimerica espressione ‘diritto penale economico’, limiteremo qui l’analisi al diritto penale dell’economia mantenendo, sulla base di un’autorevole distinzione¹⁵, un approccio c.d. effettuale, ossia considerando *i reati che offendono interessi economici*, tralasciando del tutto l’approccio c.d. funzionale, che apre invece alle forme di devianza più disparate e strumentalmente connesse all’attività economica, in cui la stessa è oggetto di disciplina e non di tutela¹⁶ (si pensi, appunto, ai settori della sicurezza sul lavoro, dell’ambiente, del diritto d’autore, *etc.*). Quest’ultima impostazione, a maggiore rilevanza criminologica, riecheggia quella, *offender-based* (legata cioè alla condizione sociale dell’agente), propria della categoria dei *White-collar crimes* di Edwin H. Sutherland e, dunque, ai reati comunque realizzati *nell’impresa*¹⁷.

Di primo acchito appare poi condivisibile quell’impostazione che, evidenziando ancor di più la grande vastità della materia, ulteriormente distingue, all’interno dei reati economici, le fattispecie che puniscono le aggressioni alla ricchezza *in fieri* (ossia nella sua potenzialità di ulteriore crescita) dai contigui delitti contro il patrimonio che presidiano la ricchezza nella sua dimensione statica¹⁸. In questi termini, si potrebbe parlare di *reati economici in senso stretto* unicamente in presenza di fattispecie del secondo tipo, che assicurino il rispetto delle regole di mercato. La specificità di un “autentico” diritto penale dell’economia si riscontrerebbe cioè inevitabilmente in un “di più” rispetto alla pura e semplice tutela del patrimonio¹⁹. Ma si tratta

¹⁴ M. BAJO-S. BACIGALUPO, *Derecho pénal económico*, Madrid, Editorial universitaria Ramón Areces, 2010, 12 e 14. V. C. MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, cit., 126 ss.

¹⁵ C. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in A. M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene, 1985, 298.

¹⁶ R. RAMPIONI (a cura di), *Diritto penale dell’economia*, Torino, Giappichelli, 2016, 2.

¹⁷ E.H. SUTHERLAND, *White collar crime: the uncut version*, Yale Univ Print, rist. 2009.

¹⁸ F. GIUNTA, *I reati economici*, cit., 641 ss.

¹⁹ Già negli anni Trenta del secolo scorso Lindemann proponeva di parlare di reati contro l’economia “nel suo insieme” (*Gesamtwirtschaft*) in C. LINDEMANN, *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?*, Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1932, 19

di una demarcazione forse priva di reale effettività, o comunque talvolta labile e incapace di offrire un criterio davvero così fisso e incontrovertibile.

Si pensi al reato di usura, fattispecie solitamente non affrontata nell'ambito degli studi tradizionali di diritto penale economico; eppure, che questa sia una fattispecie posta a tutela della ricchezza in una dimensione prettamente statica non è cosa scontata ma anzi parzialmente sbagliata, e ciò verrà più avanti chiarito una volta esaminata l'evoluzione normativa cui l'art. 644 c.p. è andato incontro. Ma può sin da qui evidenziarsi l'importanza nel nostro ordinamento dell'usura in un'ottica di tutela della ricchezza non soltanto in senso statico. E ciò risulta di tutta evidenza anche alla luce di una breve riflessione comparata di due paradigmi opposti.

Consideriamo anzitutto il modello tedesco.

Al § 291 StGb sono disciplinate quattro ipotesi di usura, quella nelle locazioni, quella nel credito, quella reale e l'intermediazione usuraria. Ognuna ruota attorno alla condizione di debolezza del soggetto passivo, e in particolare al suo stato di necessità, alla sua inesperienza e mancanza di discernimento, che devono condurre a una vistosa sproporzione dei vantaggi patrimoniali conseguiti dall'usurario rispetto alla prestazione o all'intermediazione. Sono fattori soggettivi, bisognosi di accertamento nel caso concreto, a definire il disvalore del fatto e a permettere di individuare nel patrimonio individuale l'interesse protetto²⁰. Certa giurisprudenza, in materia di usura nel credito, fa riferimento alle rilevazioni mensili della *Deutsches Bundesbank* e allo *Schwerpunktzins*²¹ (assimilabile al nostro TEGM), ma ciò avviene solo su un piano di semplificazione probatoria, come mero indice di usurarietà, non potendosi disattendere un accertamento delle condizioni soggettive della vittima.

Al contrario, nel sistema francese, si è invece optato per un modello oggettivo, imperniato sulla circostanza che «*le taux effectif global excède de plus du tiers les taux de référence pratiqués sur le marché financier au cours du trimestre*

(«*Wirtschaftsdelikt ist jede strafbare Handlung, die sich gegen die Gesamtwirtschaft oder funktionell wichtige Zweige und Einrichtungen der Gesamtwirtschaft richtet*»).

²⁰ R. MAURACH-F. SCHROEDER-M. MAIWALD, *Strafrecht. Bes. Teil, Teilband I, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 8 Aufl., Heidelberg, 1995, 510 s.

²¹ H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht: die einzelnen Delikte*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005, 336.

*précédents*²², e posto a tutela esclusiva del consumatore e per questo inserito agli artt. 313-3 del *Code de la consommation*.

Nell'esperienza tedesca l'usura mantiene dunque una fisionomia classica, di tutela del patrimonio individuale, in una dimensione prettamente statica; viceversa tale assetto muta con l'oggettivizzazione propria del modello francese che veicola pertanto non una tutela (o meglio, non solo una tutela) del patrimonio del singolo, ma, come si vedrà *infra* cap. II § II c), una tutela sovraindividuale della ricchezza *in fieri*, attraverso la garanzia del regolare funzionamento del mercato del credito (tant'è che la *infraction d'usure* compare nella manualistica di diritto penale economico, mentre *der Wucher* solitamente non compare nella trattazione del diritto penale economico, ma nella disamina dei delitti contro il patrimonio della parte speciale del codice penale).

Dall'intervento riformatore del 1996 nel nostro ordinamento convivono, com'è noto, un'usura oggettiva, basata sul mero superamento del tasso soglia usurario, ed una soggettiva, legata invece alle condizioni di difficoltà economica o finanziaria del soggetto passivo; pertanto definire la fattispecie codicistica nel suo complesso come figura posta a tutela dell'una o dell'altra concezione di ricchezza ci pone in seria difficoltà.

Va poi considerato che il tentativo, che si è fin qui condotto, di operare una sorta di *finium regundorum* si scontra col carattere sfuggente e forse eccessivamente generico dell' 'economia' (o dell' 'interesse economico') quale oggettività giuridica, incapace di per sé di una vera operazione selettiva, perché suscettibile appunto di inglobare interessi diffusi, interessi globali della comunità al funzionamento del sistema economico (inteso tanto come ricchezza collettiva, quanto come ordine pubblico economico), interessi individuali e ancora interessi di categorie o istituzioni, che dilatano certamente la materia. Questo aspetto rappresenterà comunque oggetto di specifica trattazione, essendo capace di illuminare una parte importante della problematica connessa alle tecniche di tutela: si valuterà infatti quando un interesse economico assurga a beneficiario diretto di protezione e quando, invece, lo stesso resti "in disparte", o comunque sospeso a mezz'aria tra le *rationes* storico-politiche di tutela e l'oggetto di quest'ultima.

²² M. DELMAS MARTY-G. GIUDICELLI DELAGE, *Droit pénal des affaires*, cit. 562.

Pur con tali accorgimenti la materia di trattazione rimane invero di ingestibile ampiezza (accanto al diritto societario, bancario, finanziario e fallimentare, si inseriscono infatti - come componenti del *diritto penale degli interessi economici* - il diritto penale tributario, doganale, della concorrenza, dei consumatori, *etc.*): la prospettiva effettuale imporrebbe di considerare tutta quella porzione di criminalità in grado di incidere negativamente sulla vita economica e eventualmente anche su interessi personali di singoli individui. Pertanto si è scelto qui di guardare al fenomeno da uno (solo) specifico punto di vista: l'ottica di analisi rimarrà unicamente quella della struttura della fattispecie e, conseguentemente, della *tecnica legislativa volta all'anticipazione della tutela, ad uno stadio anteriore rispetto al danno*, dei beni giuridici afferenti alla vita economica.

Parimenti l'analisi sarà limitata al 'penale' così come usualmente inteso, pur nella piena consapevolezza della rilevanza ormai assunta dalla *matière pénale*²³ all'interno dell'ordinamento europeo: non si considererà pertanto il "sostanzialmente penale", ovvero tutto ciò che reca con sé una comminatoria di portata afflittiva e preventiva, ma ci si concentrerà piuttosto su quanto è *penale* in virtù delle scelte nominalistiche del legislatore nazionale. La compresenza di illeciti penali e amministrativi in materia economica e - nella specie - la severità sanzionatoria dei secondi (si pensi all'art. 190 t.u.f.) sono punti certamente non trascurabili *in toto* e verranno pertanto considerati, unicamente a conclusione del presente lavoro, là dove verrà vagliata la percorribilità di una strada di parziale depenalizzazione che assicuri altresì una prospettiva di mitigazione²⁴.

1.1. Alla ricerca di uno statuto penale economico

Le difficoltà in punto di concepibilità del diritto penale economico come branca autonoma del diritto penale sono certamente ricollegabili anche

²³ Per tutti v. M. DONINI-L. FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018.

²⁴ Si vuole richiamare la felice ed evocativa scelta terminologica di G.L. GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

alla frammentazione normativa e dunque alla assai tortuosa ricostruibilità di uno statuto penale economico.

Complici di tale scenario sono, da un lato, la presenza di una vasta serie di fattispecie incriminatrici collocate all'interno sia del codice penale sia del codice civile ma soprattutto sparse nella legislazione complementare²⁵ e, dall'altro lato, l'assenza – per forza di cose – di un disegno legislativo unitario, con conseguente tutela di interessi fortemente differenziati se non addirittura talvolta divergenti²⁶, insieme con le criticità di cui si dirà diffusamente in punto di tecnica legislativa.

Lo studioso si trova oggi di fronte a una molteplicità di apparati normativi settoriali, spesso accompagnati da appendici sanzionatorie di chiusura, che danno vita a un vero e proprio coacervo di incriminazioni, poste frequentemente a baluardo delle innovazioni civilistiche. Il diritto penale economico non può dunque essere definito come 'sottosistema' vero e proprio, ossia come insieme di fattispecie omogenee in punto di tipizzazione e

²⁵ La preoccupazione dinanzi ad una ipertrofia normativa è invero fortemente attenuata rispetto a quanto denunciato in passato dalla dottrina: v. P. NUVOLONE, *Il diritto penale degli anni Settanta*, Padova, Cedam, 1982, 41 ss.; A. TRAVERSI, *Responsabilità penali d'impresa*, Padova, Cedam, 1983, 2, secondo il quale l'allora indirizzo di politica legislativa era rivolto «non soltanto ad estendere in misura crescente le forme di intervento dello Stato nell'economia mediante una sempre più accentuata pubblicizzazione dei rapporti economici e dei controlli, ma anche ad allargare la sfera di tutela penale a fatti e comportamenti che finora erano rimasti tradizionalmente esclusi o comunque trascurati dalla disciplina penalistica».

²⁶ Una divergenza di prospettive di tutela si riscontra (o perlomeno di certo si riscontrava prima dell'introduzione dell'esenzione di cui al vecchio art. 217 bis. l.f., ora art. 324 CCI) in materia fallimentare, nella parte in cui, da una parte, risulta incentivato il ricorso a procedure di composizione negoziale della crisi in continuità aziendale - che permettono uno stralcio dei debiti dell'imprenditore, la sua esdebitazione e l'incamerabilità da parte sua del surplus dei ricavi - in un'ottica di salvaguardia dei livelli occupazionali e, dall'altra parte, viene data forte tutela al ceto creditorio attraverso le severamente punite ipotesi di bancarotta. Del pari parzialmente contraddittorio è il citato incentivo al ricorso a procedure di superamento della crisi se confrontato con la rilevanza penale della richiesta di finanza ponte per potervi accedere (sul punto cfr. F. MUCCIARELLI, *L'art. 217 bis e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2011, 288; V. SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 11).

tecnica di tutela, non esistendo un tessuto normativo unitario ma, al contrario, ricorrendo una globale asistematicità.

L'intervento penale in materia economica, del resto, è stato spesso sospinto da corali (ma episodiche) esigenze di penalizzazione di condotte criminose silenti ma rapaci²⁷, il cui disvalore, normalmente non avvertito con riferimento al singolo comportamento, è emerso tra l'opinione pubblica, nella sua ritenuta esecrabilità, soltanto all'accumularsi di violazioni di divieti determinanti eventi lesivi vasti e diffusi²⁸. Pertanto i contesti di fibrillazione dell'economia nazionale e/o globale e gli eventi a c.d. vittimizzazione di massa rappresentano certamente un motore dell'intervento regolatorio e repressivo statale: di fronte al reato offensivo di interessi economici (specie se su larga scala) vi è in definitiva un alto grado di reattività, di disapprovazione nonché di aspettativa di sanzioni punitive, perché pochi sono i danneggianti ma esorbitanti sono i danni provocati²⁹, direttamente dall'agente ovvero indirettamente, a fronte dello spesso inevitabile effetto domino che caratterizza il sistema economico (il germe dell'insolvenza, ad esempio, si propaga solitamente dispiegando effetti negativi a catena sugli operatori economici essendo essi legati da rapporti vicendevoli di clientela).

Non da ultimo, sulla asistematicità incide la natura fondamentale sanzionatoria del diritto penale economico; si tratta di un ramo che interviene sanzionando precetti fissati da norme extrapenali e che trova la propria (forse naturale³⁰) collocazione *extra codicem*, a chiusura della normativa cui funge da

²⁷ Cfr. R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 6 e 15 ss. Per una disamina delle ragioni che hanno condotto a una dilatazione disordinata del diritto penale dell'impresa v. S. SEMINARA, in C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Milano, Monduzzi, 2003, 4 ss.

²⁸ Così F. MUCCIARELLI, *Diritto penale e attività bancaria: aspetti problematici e spunti di riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 8.

²⁹ Cfr. F. GRECO, *L'intervento penale: il ruolo della magistratura*, in AA.VV., *Enron e Parmalat. Due "sistemi-paese" a confronto*, San Cesario di Lecce, Manni, 2005, 37 s.

³⁰ La stessa regola della "riserva di codice" introdotta con la riforma Orlando all'art. 3 *bis* c.p. e i precedenti progetti Grasso e Pisapia ammettono (seppur con sottili differenze terminologiche) la collocazione di certe incriminazioni in leggi complementari che disciplinano organicamente l'intera materia cui si riferiscono. Per tutti, M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis cp) tra democrazia normante e principi costituzionali. apertura di un dibattito*, in *L.P.*, 2018; ID., *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 429 ss.

baluardo. Gli inconvenienti che non possono essere sottaciuti sono plurimi, quali la stratificazione e la convergenza di fattispecie, l'abuso della tecnica del rinvio e l'emersione di nuovi interessi tutelati (il che comporta problematiche ricadute in punto di *error iuris* scusabile), il mancato coordinamento con la disciplina codicistica e l'estraneità al suo spirito³¹.

Si tratta d'altra parte di una legislazione penale strutturalmente instabile, in quanto destinata a mutare volto al variare dell'indirizzo politico attraverso il quale viene letta la realtà economica, e dunque al variare del giudizio di meritevolezza operato del legislatore (non solo nazionale ma anche comunitario³²) circa la protezione di determinati interessi, ma altresì di fronte all'emersione di nuove, più complicate e raffinate tecniche criminali.

La "popolarità" del diritto penale nel contesto economico è di certo dovuta a scandali nazionali e internazionali che hanno scosso la tranquillità dei risparmiatori: si pensi ai *crack* Cirio e Parmalat – caratterizzati da un fraudolento ricorso al prestito obbligazionario – alle crisi di importanti istituti bancari (celebre è il caso Antonveneta) – che hanno portato alla polverizzazione del patrimonio di numerosi clienti³³ – e alla nota crisi dei mutui *subprime*, immediatamente preceduta dallo scoppio della "bolla" immobiliare statunitense, che ha avuto cospicue ricadute sull'economia globale³⁴. Tale evento ha segnato come mai in precedenza l'esigenza di garantire la stabilità e l'affidabilità dei mercati, anche attraverso il diritto penale, aprendo così all'ingresso di interessi "nuovi" rispetto a quelli tradizionali privatistici.

Nella moltitudine di leggi speciali è riscontrabile infatti un importante cambio di paradigma: mentre l'impianto tradizionale (del diritto societario

³¹ In tali termini C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggioaggio*, ora in ID., *Diritto penale*, IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2003, 5.

³² Fra le scelte di criminalizzazione frutto di spinte comunitarie possono annoverarsi, a mero titolo esemplificativo, la legge anticorruzione n. 190/2012, la disciplina dei *market abuse*, la sicurezza sul lavoro, il contrasto al riciclaggio e all'autoriciclaggio, la normativa in materia di reati ambientali, *etc.*

³³ V. L. FOFFANI-D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia. Impresa e mercato*, Vol. I, Bologna, Il Mulino, 2015, in particolare L. FOFFANI, *Una «nouvelle vague» del diritto penale dell'economia in Italia?*, 15.

³⁴ Per una chiara e puntuale analisi del fenomeno e delle ripercussioni sul ruolo del diritto penale finanziario v. V. PLANTAMURA, *Il testo unico sull'intermediazione finanziaria*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, Wolters Kluwer, 2018, 925 ss.

classico) era teso alla salvaguardia di beni individuali (quali, per eccellenza, il patrimonio dei soci e dei terzi creditori), la più recente legislazione (specie nel settore del mercato mobiliare e degli strumenti finanziari) è improntata alla protezione di interessi collettivi, pubblicistici o comunque di stampo macroeconomico.

La lamentata asistematicità è invero stata negli anni parzialmente arginata dal ricorso (a partire dagli anni Novanta) ai testi unici o comunque a normative di riordino dei settori nevralgici dell'economia (il credito, il mercato mobiliare ed assicurativo, la riscossione dei tributi, così com'è anche accaduto in materia di riciclaggio e, nel 2001, di responsabilità degli enti). Permane tuttavia l'esistenza di un confine talvolta imprecisamente tracciato tra atto lecito e illecito: un atto in apparenza rientrante nella fisiologica manifestazione del diritto di libera iniziativa privata potrebbe essere inquadrabile come atto speculativo, spregiudicato, sleale e – con qualche aggiustamento in punto di elemento soggettivo, o con la prefigurazione di un pericolo per beni sovraindividuali – penalmente rilevante, anche solo magari perché (per sfortunate congiunture economiche) non risulta andato “a buon fine” (*infra* cap. III). Non può dunque sottacersi come in materia economica affiori una transizione «da una repressione limitata di illeciti alla prevenzione illimitata dei comportamenti»³⁵.

2. L'oggetto della tutela.

Uno studio sull'anticipazione della tutela ha evidentemente il proprio punto focale nell'analisi delle fattispecie incriminatrici di pericolo (l'avanzamento dell'incriminazione è altresì retto dalle figure penalistiche del tentativo, dei delitti di attentato e dalle fattispecie a dolo specifico di offesa). Il pericolo è tuttavia un concetto necessariamente relativo: che cosa si mette in pericolo? Lo stesso dunque assume contorni più nitidi solo se rapportato al bene giuridico leso, all'oggetto, dunque, della tutela penale inteso come un *quid* meritevole di protezione da parte dell'ordinamento giuridico.

³⁵ C.E. PALIERO, *Diritto penale classico versus diritto penale moderno: cambi di paradigma nel diritto penale attuale?*, in *Rev. Fac. Direito*, Curitiba, 1993, 23.

Non si può, né si ha la pretesa, di ripercorrere qui l'annosa evoluzione della teoria del bene giuridico, ma non si può d'altra parte completamente trascurarne la crucialità in punto di anticipazione della tutela (ancora una volta: di che cosa si anticipa la tutela?), nella consapevolezza invero delle sempre più frequenti voci che si mostrano a favore di un abbandono totale del bene giuridico quale linea guida per il penalista³⁶ (*infra* § 5).

Il nucleo duro della concezione del reato come offesa a beni giuridici è rappresentato dalla consistenza reale, pre-data (svicolata cioè dalla tutela penale medesima) di questi ultimi, che devono dunque apparire come entità preesistenti che siano (già) oggetto di valutazione positiva da parte della società. Com'è noto, al bene giuridico sono state assegnate nel tempo una funzione dogmatica (per la comprensione e ricognizione del sistema penale), una funzione classificatoria e una funzione interpretativa³⁷ (per la comprensione della reale portata della fattispecie astratta e per la estromissione dal tipo legale dei fatti concretamente inoffensivi³⁸), così come una funzione critica³⁹ di orientamento della politica criminale in punto di individuazione e valutazione della rilevanza dei singoli interessi⁴⁰. In quest'ultimo senso, grazie

³⁶ G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, Giappichelli, 2004; v. altresì le note critiche di C.E. PALIERO, *L'agorà a il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 102 ss. V. anche U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Roma, Aracne, 2015, 115; F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano, Giuffrè, 2010, 303.

³⁷ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, 3 ss. e *passim*.

³⁸ Sulla evidenziazione del differente "ceppo ideologico" di 'offensività' e 'bene giuridico' v. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2013, 6 e 41.

³⁹ V. la concezione del bene giuridico come *Instrument der Kritik* in W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1973, 19 s.; nella dottrina italiana v. F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 73 ss.; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 134 ss.; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 204 ss. Per una funzione specificamente garantista, H.J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs*, in *Festschrift für Richard M. Honig: zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970*, Göttingen, 1970, 154 ss.

⁴⁰ La notissima propugnazione di una rilevanza costituzionale si deve a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1973, 8 ss.; l'impianto bricoliano viene sviluppato, con diverse sfumature, nella manualistica più recente A.

al bene giuridico potrebbe operarsi un controllo sulle scelte del legislatore, sulla correttezza della tipizzazione, sulla funzionalità dei modelli prescelti, ma soprattutto sulla connessione con interessi afferrabili e pre-dati⁴¹. Guardando alla società in cui è chiamato ad operare, il legislatore dovrebbe cioè valutare l'esistenza di siffatti beni e raffrontare i benefici derivanti dalla loro tutela con i costi di libertà e i cc.dd. costi addizionali della pena (che rendono l'incriminazione più dannosa che utile)⁴². E' noto come a tale impostazione si sia contrapposta per lungo tempo la concezione metodologica del bene giuridico, che assimila quest'ultimo allo scopo della norma penale, o comunque rinuncia a preesistenza e materialità del bene in favore della valorizzazione della sola "matrice storica dalla quale germoglia il diritto". Scopo e bene altro non sarebbero che due facce della medesima medaglia: se la

CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2015, 109; E. MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, Zanichelli, 2017, 244; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2017, 28 ss.; v. altresì M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionale penale come metodo*, in *Dir. pen. cont. (rivista trimestrale)*, 2012, 51 ss.; A. FIORELLA, *Reato in generale* (voce), cit., 793; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, Giuffrè, 1974, 111 ss.; C. MAZZUCATO, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati: studi sul sistema sanzionatorio penale*, Roma, Aracne, 2006. In termini critici G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, Giappichelli, 2018, 54 ss.; ID., *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, cit., 47 ss.

La teorica ha avuto grande successo anche presso la letteratura spagnola v. F. MUNÓZ CONDE, *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal*, in F. MORALES PRATS-G. QUINTERO OLIVARES (coord. da), *Nuevo Derecho Penal Espanol. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Thomson Reuters Aranzadi, 2001, 562 ss.; J.J. GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Ediciones Peninsular, Madrid, 1983, 26 ss.; L.A. ARROYO ZAPATERO, *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, in *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1987, 99 ss.; N. GARCIA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, 50 ss.; J.C. CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 35 ss.; M. ALONSO ÀLAMO, *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Universidad de Valladolid, 2014, 34 ss.

⁴¹ Sul punto cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2004, 304 ss.; A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte generale. Vol. 2. Il reato*, Milano, Giuffrè, 2007, 11 s., 26 ss.

⁴² Sul ruolo della sussidiarietà *infra* § 5. Sul peso del principio di sussidiarietà c.d. esterna nella teoria del reato v. G. COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in E. AMBROSETTI (a cura di) *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 283.

legge persegue lo scopo di proteggere un dato aspetto della realtà etico-sociale, è evidente che lo stesso non può che costituire un bene⁴³.

Antitetico al paradigma incentrato sulla necessaria tutela di beni giuridici di rango costituzionale è il modello funzionale della c.d. tutela della vigenza di norme all'interno dell'ordinamento; in altri termini, oggetto di tutela non è un particolare interesse socialmente rilevante ma la vigenza della norma che la assume a proprio contenuto. La sanzione varrà dunque a confermare le aspettative essenziali per l'esistenza indisturbata dei consociati⁴⁴.

Ciò che si disperde con quest'ultima impostazione è certamente la funzione limitativa del bene giuridico: il legislatore diviene libero di penalizzare o meno un dato comportamento, senza alcun dovere di ancorare ogni scelta di criminalizzazione a una effettiva dannosità sociale, disperdendosi così un'importante funzione di controllo democratico⁴⁵ (*infra* § 5).

Francesco Antolisei riteneva che potessero ben esistere (anzi dovessero esistere) norme penali prive di bene giuridico, nell'ottica di quello che poi verrà dallo stesso definito 'diritto penale promozionale'⁴⁶: la pena come strumento per perseguire miglioramenti politico-sociali, miglioramenti degli

⁴³ Questa impostazione si ritrova in G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1986, 208 s. Cfr. anche M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Vol. I, Torino, Giappichelli, 2014, 191 ss., spec. 193, secondo il quale il finalismo della norma non può che coincidere con la protezione di un interesse, il quale fa capo a una situazione di fatto che può preesistere alla posizione della regola di diritto ma può anche essere *virtuale*, avendo in tali casi la norma una *funzione propulsiva*, nel senso che la norma mira proprio alla produzione di tale situazione di fatto.

⁴⁴ S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2007, 220 ss.

⁴⁵ Si vedano ad esempio nella dottrina spagnola le resistenze di A. VIVES, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 484; E. DEMETRIO CRESPO, *Crisis financiera y derecho penal economico*, Madrid, 2014, 297, 300 («un entendimiento en el que lo característico no es aceptar, sin más, como bienes jurídicos dignos de protección aquellos que el legislador, por el procedimiento democrático, haya seleccionado (esto es, caracterizar al bien jurídico en términos de objeto), sino concebir el bien jurídico en términos de justificación, y, en concreto, como un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad, en virtud del cual lo que se pretende es determinar las razones que pueden justificar inmediatamente el delito y la pena»). Cfr. altresì J.M SILVA SANCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcellona, 1992, 269 e 275 ss..

⁴⁶ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1982; ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1955, 96 ss.

assetto economico e della distribuzione della ricchezza⁴⁷ e, pertanto, come arma volta sia a prevenire lesioni sia a perseguire risultati utili, sia a mantenere beni già esistenti, sia a garantire nuove conquiste⁴⁸.

Invero tale flessione della funzione garantista del bene giuridico non è circoscrivibile alla sola opzione in favore di una concezione metodologica: il rischio di sterilizzazione della funzione limitatrice è forse strutturale poiché, per paradosso, qualsiasi penalizzazione di un comportamento inoffensivo potrebbe sempre essere illustrata come tutela di remoti (ancorché primari) beni giuridici⁴⁹, ovvero si potrebbe travestire da bene giuridico un che di spirituale e immateriale con il risultato di incriminare una mera trasgressione di regole cautelari⁵⁰. Rinviando l'esame della nostra opzione in favore del bene giuridico *infra* § 5, per non appesantire il discorso ci limitiamo per il momento a una semplice osservazione: quando si arriva a negare che il compito della fattispecie incriminatrice sia la tutela dei beni, in favore di un'imprescisa promozione dell'osservanza o della vigenza di norme, si identifica inevitabilmente il reato con una mera violazione di doveri, e dunque con un illecito disciplinare⁵¹.

Il rischio di tutela di beni evanescenti appare realmente cospicuo in materia economica, dove vi è un crescente avvicinarsi di interessi emergenti, dall'economia pubblica agli interessi patrimoniali individuali, dalla protezione delle istituzioni societarie all'interesse al corretto funzionamento delle

⁴⁷ V. le critiche di G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene, 1985, 359.

⁴⁸ Parla di «compiti non già 'promozionali' per il diritto penale, bensì di autentico 'apripista' o di mera 'tenuta del sistema', per scopi organizzativi, programmatici o di controllo» in un contesto in cui le funzioni assurgono sempre più al rango di veri e propri beni giuridici V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2011, 6.

⁴⁹ V. D. PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale in materia economica*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1996, 10. Pericolo, questo, certamente sventato ove si accolga l'approccio costituzionalistico, specie nella sua lettura forte proposta da F. BRICOLA, *Teoria del reato* (voce), già in *Nov. Dig. It.*, Torino, Utet, 1974, ora anche in S. CANESTRARI-A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1997, 540.

⁵⁰ Cfr. su questo aspetto G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 710; D. PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale in materia economica*, cit., 10 ss.

⁵¹ Così M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2013, 8.

Authorities. Si tratta talora di interessi diffusi, di massa, ma anche di interessi che fanno capo a gruppi finiti anche se non determinabili *ex ante* (si pensi ai creditori tutelati non *uti singuli* ma come categoria nel diritto penale fallimentare). Sono spesso oggetto di tutela beni-funzioni, rispetto ai quali non vi è traccia di interessi patrimoniali, perché preme garantire l'affidabilità dei mercati e altresì, dal momento che un mercato privo di regole disincentiva gli operatori onesti in favore di quelli «inclinati alla penombra»⁵², la concorrenza leale⁵³.

Tale aspetto sarà oggetto di più puntuale disamina nei paragrafi che seguono e rappresenta ciò che si vorrà segnalare come *fattore anomalo* di anticipazione della tutela penale, poiché realizzata non già con l'impiego di tecniche legislative imperniate sul pericolo per un bene giuridico pre-dato ma incriminando la creazione di un pericolo anche concreto o addirittura di un danno per interessi non preesistenti e, come si dirà, o strumentali o del tutto sganciati da un bene-scopo e dunque non reinterpretabili in chiave offensiva (*infra* § 3.2.1 e 3.2.2.).

3. I meccanismi di anticipazione della tutela in materia economica.

Quanto sopra evidenziato sulla fortemente avvertita esigenza di criminalizzazione, ha condotto all'introduzione di fattispecie che anticipano la soglia di rilevanza penale allo stadio del pericolo, perché attendere il danno comporterebbe conseguenze irreparabili⁵⁴. La criminalità economica ricorre comunemente fra gli esempi di quei settori (insieme con l'ambiente) per i quali il legislatore ha abbandonato il diritto penale classico, improntato ai delitti di danno, in favore di un ricorso massiccio a modelli repressivi anticipati che

⁵² C. PEDRAZZI, *In memoria del "falso in bilancio"*, in *Riv. soc.*, 2001, 1371, ora in ID., *Diritto penale*, III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 2003, 845.

⁵³ Sulla concorrenza leale come oggetto di tutela cfr. E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale: uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, Giappichelli, 2018, 432 ss.

⁵⁴ C. PEDRAZZI, *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, Giuffrè, 1979, 33 s.; L. EUSEBI, *Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale*, cit., 43.

costituiscono il nocciolo duro del diritto penale della post-modernità⁵⁵ e della “lotta” ai rischi della società post-industriale, del progresso economico, della dematerializzazione della ricchezza, *etc.* In altre parole, non ci si può, in settori tanto nevralgici, limitare a tutelare l'integrità di certi beni ma occorre garantire anche la sicurezza del loro godimento⁵⁶. Ciò accade sul piano della tecnica della legislazione attraverso l'impiego di fattispecie di pericolo, sulle quali è copiosa la produzione scientifica e sulle cui sfaccettature si è a lungo indagato.

Volendo qui accantonare senza incertezze le tesi soggettive in materia di pericolo⁵⁷, quest'ultimo dovrà essere inteso come relazione tra un fenomeno cronologicamente precedente (sia esso la condotta, l'oggetto materiale della stessa o un suo presupposto, ovvero ancora l'evento o un attributo del medesimo) e un fenomeno lesivo posteriore, tale per cui si profila come probabile la lesione di un bene protetto (c.d. relazione di probabilità)⁵⁸.

⁵⁵ V. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giappichelli, 2004, 97 s.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010, 279 ss.

⁵⁶ Nel senso di una necessaria contribuzione della scienza alla perpetuazione di una vita non priva di senso su questa Terra e di un diritto penale che guardi al futuro v. G. STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrecht?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1993, 679 ss., 692 ss., 695 s. (l'Autore suggeriva la costruzione di un diritto penale proiettato verso il futuro “in quanto tale”, che orienti le condotte piuttosto che tutelare bene giuridici). Sulla tutela delle generazioni future v. anche C. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsbegriffsdebatte*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, 594 ss. Per una evoluzione del diritto penale tratteggiata come passaggio *vom Strafrecht der Prävention zum Strafrecht der Großsteuerung* v. poi C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., V. Klostermann, 1993, 177 e 242.

⁵⁷ Secondo la teoria subiettiva il pericolo non è che una rappresentazione della mente umana e non dunque qualcosa di obiettivamente esistente: è una ipotesi, non un fatto, una supposizione, non una realtà, una astrazione soggettiva, non una concreta entità. Il pericolo è per il soggetto che agisce un sentimento che trae origine dalla psiche. Per i soggettivisti pericolo e timore si sovrappongono, poiché non vi sono dati oggettivizzabili, capaci cioè di dar conto di una situazione di pericolo, ma solamente sensazioni provate da coloro i quali percepiscono la minaccia di una lesione. Per tutti v. la chiara sistematizzazione di M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, Giuffrè, 1990, 167 ss.

⁵⁸ S. CANESTRARI, *Reato di pericolo* (voce), in *Enc. giur.*, 2 ss.; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1996, 36 ss. La lettura oggettivistica del pericolo (il quale viene così inteso come turbamento oggettivo del bene giuridico) è cronologicamente successiva a quella soggettivistica e

Si è prima accennato come il pericolo sia necessariamente un concetto relativo, la cui fisionomia non può cogliersi senza rapportare il medesimo all'oggetto della tutela. Com'è risaputo, allo scopo di evitare che la sanzione penale acquisisca una funzione unicamente retributiva (reprimendo la pura disobbedienza) o, dal lato opposto, una funzione di repressione di meri atteggiamenti o stati soggettivi indicatori di pericolosità sociale, viene propugnata l'incriminazione di soli fatti offensivi degli interessi tutelati, intesi come beni socialmente rilevanti. Proprio quest'ultimo riferimento ad un bene socialmente rilevante impone invero l'anticipazione di un dato su cui ci si soffermerà più avanti (*infra* § 3.2): *la tecnica di tutela è necessariamente condizionata dalla fisionomia dei beni tutelati*, nel senso che l'intervento dello *ius terribile* non può che percorrere vie alternative (rispetto al modello classico dell'illecito di danno) dinanzi, ad esempio, a interessi diffusi che impediscono l'individuazione di eventi dannosi nettamente perimetrabili⁵⁹.

Quel che si vuole qui analizzare va invero oltre questo dato. L'effetto anticipatorio si realizza lungo due differenti strade: anzitutto attraverso la tecnica legislativa qui evidenziata (con l'impiego di quelli che si vedranno essere fattori di astrazione o viceversa di concretizzazione del pericolo), ma altresì attraverso la forse più sotterranea e ingannatrice strada della volatilizzazione del bene giuridico, ossia della tutela (non necessariamente nella sola forma della messa in pericolo, ma anche del vero e proprio danno) di beni intermedi o evanescenti, così tanto distanti da quello la cui tranquilla sopravvivenza è perseguita da dar vita a importanti avanzamenti dell'area del penalmente rilevante. Tale ultima riflessione affonda le proprie radici, in primo luogo, nel terreno della teoria del bene giuridico e dunque dell'esistenza di un interesse pre-dato rispetto alla norma incriminatrice, e, solo in secondo luogo, in quello della necessaria lesione dell'interesse stesso (in termini di danno o di pericolo). Volendo invertire l'ordine logico appena esposto, si esaminerà qui prima l'anticipato aspetto, in parte di stretta scienza della legislazione,

nasce con Karl Binding (v. K. BINDING, *Die normen und ihre Ubertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Leipzig, 1916). Nella letteratura italiana la tesi soggettivistica viene criticata da A. ROCCO, *L'oggetto del reato e la tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, 272 ss.; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 19 ss.; R. RIZ, *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in *Studi in memoria di Delitala*, Milano, Giuffrè, 1984, 1363 e *passim*.

⁵⁹ In questi termini G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene, 1985, 340.

dell'impiego del pericolo (come elemento espresso o meno della fattispecie) e della sua legittimità in punto di rispetto del principio offensività, e, solo in un momento successivo, quello della emersione di beni fittizi, i quali, ancorché concretamente offesi, veicolano un'anticipazione di tutela "occulta", nell'ottica di quel che appare (un ritorno a) un diritto penale promozionale⁶⁰.

Il grado dell'anticipazione dipende in maniera decisiva dal tipo di pericolo richiesto ai fini dell'integrazione del fatto tipico; *a monte*, dipende certamente anche dalla fisionomia del bene giuridico tutelato e, risalendo ancora, dalla scelta di tutelarne non solo l'esistenza ma anche la sopravvivenza indisturbata⁶¹, ma si tratta di aspetti la cui trattazione si vuole per il momento rinviare, perché gravidi di implicazioni forse patologiche che si preferisce posporre rispetto alla valutazione delle tecniche di tutela, le quali si pongono, invece, come fisiologici strumenti di anticipazione della tutela.

3.1. Un'indagine su: a) i fattori di astrazione/ concretizzazione del pericolo.

La costruzione di una fattispecie in termini di pericolo per il bene giuridico protetto può implicare l'inserimento del pericolo medesimo come elemento espresso della fattispecie (c.d. pericolo concreto) oppure figurare non già come elemento costitutivo bisognevole di prova ma come valutazione operata a monte dal legislatore nell'incriminare determinate condotte proprio perché reputate generalmente pericolose⁶². Con ciò si vuole evidenziare

⁶⁰ Il riferimento è all'espressione di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1982, 3.

⁶¹ Sottolinea la differenza tra tutelare "i trasporti" o piuttosto "la sicurezza dei trasporti" M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., 271.

⁶² Sulla nozione di pericolo astratto nella dottrina tedesca v. F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, R.v. Decker, 1991, 129 ss.; U. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Heidelberg, Juristische Abhandlungen, 1989, 277 ss. in cui si legge che «während die konkrete Gefährdung die unfähigkeit zur auführung einer Haupthandlung, nämlich zu einer Handlung der Schadensabwehr, zum Gegenstand hat, bezieht sich die abstrakte Gefährdung auf eine Hilfsbehandlung, eine Handlung der Schadensvorsorge» (ivi, 280). Nella dottrina italiana v. E. GALLO, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, Cedam, 1970, 29; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 3 ss.; C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggrottaggio*, cit., 46 ss.; M. ROMANO, *Commentario*

l'adesione alla tradizione penalistica italiana che vede nel pericolo un concetto normativo e non già un dato empirico⁶³ o il risultato di una valutazione soggettiva⁶⁴. In tali termini, il pericolo non è un fenomeno empirico autonomo, ma una qualifica valutativa operata dalla legge (*rectius* dalla fattispecie incriminatrice) di una condotta, di un presupposto o di un fatto.

Il pericolo concreto è comunemente reputato conforme ai canoni di necessaria lesività in quanto richiedente la prova, oltre ogni ragionevole dubbio, circa l'effettiva messa in pericolo dell'interesse tutelato e ciò è da ritenersi imprescindibile tanto in presenza di riferimenti espliciti al pericolo quanto nei casi in cui il legislatore abbia optato per l'utilizzo di termini ad elevata pregnanza semantica⁶⁵. Si ritiene qui di doversi riconoscere altresì natura di reato di pericolo concreto alle fattispecie c.d. soggettivizzate, ossia composte da un dolo specifico di offesa⁶⁶: ove l'intero contenuto di disvalore sia riscontrabile nel solo scopo dell'autore (essendo la condotta penalmente neutra⁶⁷) non può invero essere negata la necessaria prova del pericolo effettivo per l'interesse protetto⁶⁸.

Il diritto penale economico conosce figure di tal fatta: si vedrà più avanti che nella bancarotta fraudolenta il legislatore ha impiegato *espressioni pregnanti* tali da corroborare la tesi della concretezza del pericolo per il ceto

sistematico del codice penale, cit., 338; G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, Palermo, 1977, 175; F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2012, 162; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1992, 210 ss.

⁶³ Per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, sub *pre-art. 39*, cit.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2003, 242; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., 259.

⁶⁴ Per una critica al pericolo come giudizio/timore v. F. ANGIONI, *Il pericolo come elemento della fattispecie penale*, cit., 14 ss.

⁶⁵ In questi termini F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto*, cit., 164 ss.

⁶⁶ L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, Giuffrè, 1993, 558 ss. e *passim*; G. MARINUCCI, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in M. ROMANO (a cura di), *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Bologna, Il Mulino, 1980, 59; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996, 74 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'illecito* (voce), in *Enc. dir.*, 262 ss. («dolo e colpa (...) sono "azione", sono "fatto", e non soltanto "colpevolezza" o "elemento soggettivo"»).

⁶⁷ G. DE VERO, *Corso di diritto Penale*, Torino, Giappichelli, 2012, 155.

⁶⁸ Di questo avviso G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, Milano, Giuffrè, 2001, 578 s.; *contra* F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 116. Nella letteratura tedesca v., per tutti, R. SIEVERTS, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, Amburgo, 1934, 127 ss.

creditorio; similmente nella manipolazione del mercato l'art. 185 t.u.f. (così come nell'aggiotaggio in caso di strumenti finanziari non quotati di cui all'art. 2636 c.c.), richiedendo che la condotta tipica sia *concretamente idonea* a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, ~~esso~~ introduce un onere probatorio espresso in capo alla pubblica accusa in punto di attitudine lesiva del contegno criminoso. Analogamente, anche nel rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio, essendo l'art. 501 c.p. costruito attorno al *fine di turbare il mercato interno* dei valori o delle merci, non può prescindersi dalla prova di una idoneità in concreto a porre in pericolo il bene tutelato. Anche il dolo specifico della bancarotta preferenziale (ossia lo «scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi») è stato considerato elemento dirimente per escludere la tipicità delle «mere intenzioni», prive di un'oggettiva attitudine preferenziale, così come anche dei pagamenti effettuati «per prendere respiro», dunque soggettivamente rivolti altrove (*amplius* cap. III).

Tale giudizio di conformità del pericolo concreto ai principi cardine del diritto penale (offensività e materialità anzitutto) dovrà tuttavia confrontarsi (*infra* § 3.2.) con il rischio di una silente vanificazione ad opera di quella che si vedrà essere una volatilizzazione del bene giuridico, ossia una tutela apprestata in termini sì di pericolo concreto ma ad un bene fittizio, che in altro non consiste se non nell'esatto simmetrico della condotta vietata, ovvero attraverso l'incriminazione di un evento privo di disvalore se sganciato da uno specifico contesto pericoloso (*infra* § 3.1.2.).

Diversamente, come preannunciato, le fattispecie di pericolo astratto, sollevando la pubblica accusa dall'onere di provare la pericolosità della condotta criminosa, hanno condotto gli studiosi a una perimetrazione del loro utilizzo legittimo, per far salvo un diritto penale del fatto (offensivo). Difatti, dal momento che il pericolo è richiesto non già nel caso concreto, ma, come si vedrà, nella «normalità dei casi» al cui interno può essere ricondotto l'agire del reo, può profilarsi l'ipotesi in cui debba essere punita una condotta anche se questa non abbia cagionato il pericolo al cui impedimento mirava il legislatore nell'incriminare la condotta medesima.

E' urgente osservare che la legittimità del ricorso a tale tecnica legislativa è stata ancorata all'importanza del bene protetto e alla sua dimensione collettiva, ma soprattutto alla necessità di salvaguardare lo stesso non da episodi dannosi isolati, spesso irrilevanti (c.d. microviolazioni), ma

dalla sommatoria di questi ultimi attraverso l'introduzione di un presidio penale ai modelli di organizzazione e controllo di certa attività: si tratterebbe dunque in questi limitati casi, per la particolarità della materia, dell' «unica forma di protezione» dei beni giuridici⁶⁹. Tale giustificazione non appare tuttavia sufficiente se non accompagnata da uso corretto della tecnica di incriminazione. Si è difatti più volte rimarcato come sia necessaria una elevata determinatezza della fattispecie, tale da rifuggire una penalizzazione indiscriminata, ad esempio, di violazioni di intere discipline extrapenali; ciò attraverso una descrizione legislativa esauriente di condotte che, alla luce dell'esperienza, vadano reputate generalmente pericolose. Viene in considerazione dunque, anzitutto, la correttezza della descrizione della situazione di pericolo, nel senso che la condotta incriminata non può essere espressione di un diritto di libertà e deve essere condizione d'insorgenza del pericolo secondo giudizi di idoneità generalizzanti⁷⁰.

Non è pertanto vero che si prescinde in questi casi dal pericolo: la peculiarità dell'astrattezza risiede nel momento in cui si colloca il giudizio di pericolosità (ossia al tempo dell'incriminazione) e, conseguentemente, nell'oggetto del giudizio (ossia il genere dell'azione piuttosto che il fatto individuale)⁷¹. Quando si afferma che nei reati di pericolo astratto il pericolo non deve essere accertato dal giudice nella sua effettiva verifica perché rivestirebbe più propriamente il ruolo di *ratio* dell'incriminazione si giunge per verità ad un accostamento improprio: il pericolo non deve essere provato non già in quanto integrante la *ratio* punitiva (lo scopo della norma - specie per i più restii ad ammettere proprio una valutazione della norma alla luce di fattori ad essa esterni - illumina il giudizio di conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta) ma perché il giudizio di pericolosità è operato a monte e dunque il giudice dovrà (anziché accertare la verifica del pericolo)

⁶⁹ D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1976, 169 s.; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, cit., 707.

⁷⁰ Cfr. G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, 194 ss.; G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, cit., 339 ss. (il quale riferisce altresì dell'opportunità di inserire clausole di esclusione dal tipo di condotte bagatellari); D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria generale del reato*, cit., 174 ss..

⁷¹ Per una ricostruzione in questi termini M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., 241 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto*, cit., 173.

valutare che l'accadimento concreto abbia le caratteristiche per dirsi conforme al modello predisposto dal legislatore⁷².

Con tali puntualizzazioni può dirsi peraltro fatta salva la funzione rieducativa della pena in relazione a coloro i quali – ponendo in essere la condotta tipica – abbiano dimostrato disprezzo nei confronti di esigenze di più ampia difesa dei beni socialmente apprezzabili⁷³. Ciò tuttavia a condizione che il giudice abbia appurato la sussumibilità della condotta all'interno del tipo di quelle generalmente pericolose. Diversamente opinando si apre la strada all'ingresso del (diverso fenomeno del) pericolo presunto.

Nel campo economico, vi sono comportamenti devianti dalla fisiologia del sistema, la cui rilevanza penale non può essere ancorata alla prova di un legame causale con eventi di danno o di pericolo, a fronte dell'impossibilità di accertamento data o dalla natura estremamente diffusa degli interessi in gioco (il che renderebbe del tutto immaginifica l'individuazione di eventi concretamente lesivi) o dalla offendibilità unicamente per mezzo di condotte seriali. Tipiche ipotesi di fattispecie incentrate sul pericolo astratto sono quelle fondate su di un momento autorizzativo e poste a presidio dell'accesso tanto alla attività bancaria quanto a quella finanziaria, così come quelle fondate sulla tutela dell'attività di soggetti istituzionali (si tratta eminentemente della autorità amministrative indipendenti) e con riferimento alle quali ci si soffermerà *infra* cap. II § 3.

Si ritiene in verità qui di aderire alla tesi di quanti evidenziano come la difficoltà probatoria sia un argomento neutro in punto di giustificazione degli illeciti di pericolo, poiché tale problematicità può ben piuttosto avvalorare o la non incriminazione (a fronte della impraticabilità dell'accertamento) o la tipizzazione per mezzo di soli elementi accertabili⁷⁴. Il baricentro dell'analisi della legittimità del ricorso al pericolo astratto si sposta allora inevitabilmente sulla importanza del bene protetto, sulla interpretabilità della fattispecie in chiave offensiva di un interesse pre-dato, che rappresenti la premessa

⁷² M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., 226 s.

⁷³ S. CANESTRARI, *Reato di pericolo*, cit., 7: ciò, precisa l'Autore, «a condizione che sia presente nella fattispecie il richiamo ad una sottostante e vincolante tipologia empirico-criminologica, indice dell'offesa del reato e termine di riferimento essenziale per la volontà colpevole del soggetto».

⁷⁴ Così G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, cit. 339.

indispensabile per il benessere e la condizione essenziale per la vita di ciascuno dei consociati.

Si può sin da qui evidenziare come la difficoltà probatoria non possa però vertere - al contrario di quanto autorevolmente sostenuto⁷⁵ - sull'assenza di sapere scientifico, il quale è invece da reputarsi un vero e proprio requisito della fattispecie⁷⁶. Diversamente opinando, e addirittura fondando sull'assenza di conoscenze scientifiche parte della legittimazione del pericolo astratto, si opererebbe l'espansione del diritto penale per mezzo di una causalità immaginata e immaginaria, in assenza di risultati scientifici certi, sotto il vessillo di un tanto generico quanto imprevedibile dovere solidaristico di sicurezza, concepito come volto a preservare le generazioni future⁷⁷.

Ciò posto, la differenziazione fra pericolo astratto e pericolo concreto passa attraverso il vaglio di determinati fattori di maggiore o minore astrazione (o viceversa minore o maggiore concretizzazione).

Il primo è, come finora soltanto ventilato, la *consistenza del bene giuridico protetto*, in riferimento al quale si può qui accennare come maggiore concretezza si avrà laddove si tratti di un bene individuale e, specularmente, maggiore astrattezza ove si tratti di bene collettivo oppure di bene tutelato non nella sua esistenza *tout court* ma nella sua "sicura e indisturbata" esistenza. Mentre il diritto penale fallimentare (su cui ci si soffermerà *infra* cap. III) rimane ancorato tuttora a interessi personalissimi, la c.d. "seconda velocità" del diritto penale lascia questi ultimi perlopiù alle proprie spalle⁷⁸.

Il secondo è invece *l'ampiezza della base del giudizio*, ovvero il numero di circostanze di cui si debba e si possa tenere conto ai fini della valutazione di pericolosità ma, ancor prima, l'esistenza stessa di una base di giudizio (di cui non ha senso in radice discutere se il legislatore ha descritto con tecnica casistica fenomeni di generale pericolosità): come a dirsi che la concretizzazione, ove ricorrente, è graduabile. Trattandosi dell'accertamento di un elemento del fatto tipico, è perfino ovvia l'auspicabilità di un giudizio

⁷⁵ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 567.

⁷⁶ F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto*, cit., 179.

⁷⁷ Si veda M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 121.

⁷⁸ V. la «giostra delle "nuove" oggettività giuridiche» in M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 140 ss.

basato su tutte le circostanze esistenti⁷⁹; invero – come si è anticipato – svariate possono essere le ragioni di un’astrazione, quali la appena menzionata importanza del bene e il suo carattere collettivo, ma anche l’impossibilità probatoria di fronte a microviolazioni, il cui cumulo è intollerabile.

Il terzo, infine, è *il tempo del giudizio* medesimo, il quale può comportare «una minore o maggiore approssimazione alla realtà»⁸⁰ a seconda che la valutazione operi al tempo della condotta (come accade per i reati di mera condotta pericolosa, quali sono molti di quelli riscontrabili in materia economica) o al tempo dell’evento di pericolo.

Con tutta evidenza si avrebbe infatti maggiore astrazione laddove il reato di incendio di cosa propria di cui all’art. 423, co. 2 c.p. (ipotesi paradigmatica di pericolo concreto), anziché incriminare chiunque cagioni un incendio, adottasse la diversa formulazione del “chiunque appicca il fuoco alla cosa propria”: venendo incriminata una condotta pericolosa e non la causazione di un evento pericoloso si avrebbe l’espulsione dall’oggetto del giudizio di quell’insieme di circostanze successive alla condotta, che potrebbero fornire la prova dell’inesistenza di un pericolo⁸¹.

Allo stesso modo, con riferimento alla manipolazione del mercato ex art. 185 t.u.f., considerare l’espressione «concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari» (riferita alle notizie diffuse o agli altri artifici posti in essere) non come una mera modalità della condotta, ma come un vero e proprio evento di pericolo (anche temporalmente distaccato dal contegno tipico), permette di prendere in considerazione elementi quali il volume della negoziazione o gli effetti generati *ex post* (infra cap. II § 4).

Con riferimento ai reati offensivi di interessi economici, nonostante la riscontrabilità di numerose figure repute dalla dottrina prevalente come fattispecie di pericolo concreto (si pensi alla bancarotta fraudolenta, secondo la

⁷⁹ V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, 26; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell’illecito penale*, Milano, Giuffrè, 1983, 63.

⁸⁰ M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., 260.

⁸¹ Cfr. S. ARDIZZONE, *Incolunità pubblica (delitti e contravvenzioni contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, 369; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., 270; A. LAI, *Incolunità (reati contro la)*, in *Enc. giur.*, 6.

nota ricostruzione di Cesare Pedrazzi⁸², nonché appunto alla manipolazione del mercato e alla sua *concreta* attitudine all'alterazione dei prezzi), è tuttavia possibile evidenziare come la relazione di pericolo possa scolorire fino quasi ad astrarsi a fronte di una talvolta profonda distanza (anche cronologica) rispetto all'evento temuto, dell'assenza di leggi economiche certe, nonché della mancata considerazione dell'importanza del contesto economico, in cui la condotta deve inserirsi per acquisire i prescritti connotati di pericolosità.

3.1.1. Il problema della distanza concettuale tra la condotta tipica e il danno potenziale e della difficile compatibilità (economica) con la prognosi postuma tipica dei reati di pericolo.

Sulla distanza concettuale tra condotta tipica e danno temuto incide anzitutto la menzionata configurazione dell'interesse protetto, il quale condiziona fortemente il grado di astrazione della fattispecie: quando l'evento ha una dimensione tale da trascendere la condotta del singolo, cosa che accade certamente nelle fattispecie poste a tutela di interessi economici non individuali ma collettivi (es. l'economia pubblica intesa in una dimensione sociale, e dunque imperniata sull'affidabilità dei mercati, e non istituzionale), non viene turbata l'esistenza di un bene giuridico determinato ma un bene generico.

Di fronte a un pericolo c.d. comune (*gemeine Gefahr*⁸³), ovvero per un numero indeterminato di persone, o la norma rimane pressoché inapplicata (per l'eccezionalità delle macro-offese) o deve necessariamente inserirsi una componente di astrazione nel giudizio di pericolosità del fatto⁸⁴, o meglio, deve necessariamente prescindere dalla presenza effettiva di una vittima. Per intenderci, come nel reato di incendio di cosa propria, nonostante la necessaria prova del pericolo per l'incolumità pubblica, non occorre l'accertamento della

⁸² C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in ID., *Diritto penale: scritti di diritto penale dell'economia*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2003, 972.

⁸³ V. la disamina dell'origine storica di tale categoria in A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch: Kommentar vor §§ 306 ss.*, München, C.H. Beck, § 312, 1.

⁸⁴ Parla in termini estremamente convincenti di eccessiva distanza logico-temporale tra condotta tipica e danno temuto nelle fattispecie codicistiche a tutela dell'economia pubblica F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano, Giuffrè, 2010, 265.

presenza di persone umane nei luoghi abitati attinti, così - ad esempio - potrebbe dirsi che nel delitto di aggio *ex art. 2637 c.c.* o di manipolazione del mercato *ex art. 185 t.u.f.* non occorre che il titolo il cui prezzo è stato fraudolentemente alterato fosse monitorato da risparmiatori/investitori individuali interessati all'acquisto o alla vendita o divenga tale dopo la condotta.

In modo non dissimile si ha una "scomoda" distanza concettuale tutte le volte in cui l'evento temuto non può strutturalmente essere considerato conseguenza diretta della condotta tipica⁸⁵, la quale potrà al più cagionare un pericolo indiretto per l'interesse meritevole di tutela. Mentre il pericolo diretto è, appunto, direttamente riferibile al bene giuridico protetto, quello indiretto riguarda un che di negativo, di disapprovato, che però ancora non può essere descritto come attacco al bene protetto⁸⁶. Il soggetto attivo essenzialmente si limita a cagionare il pericolo di un evento pericoloso, per cui fra la sua condotta e il danno temuto si inserisce un fenomeno intermedio, il quale solo - se si verifica - può porre in pericolo l'interesse protetto.

In questi termini, si può qui anticipare come, ai sensi dell'art. 2638 c.c., chi, nelle comunicazioni alle *Authorities*, espone fatti materiali non rispondenti al vero, oppure occulta fatti che avrebbe dovuto comunicare, può creare il pericolo di ostacolare le funzioni di vigilanza (tale aspetto è infatti oggetto del dolo specifico e dunque la sua compiuta realizzazione non è richiesta ai fini dell'integrazione del fatto tipico); ciò, a sua volta, crea il pericolo per il bene costituzionale del risparmio (salvo quanto si dirà in tema di tutela di benifunzioni *infra cap. II § 3*), il quale peraltro, con la finanziarizzazione della ricchezza, si è da tempo svincolato dalla sfera dei patrimoni individuali mutando in investimento⁸⁷.

Questa fattispecie conosce invero un ulteriore fattore di astrazione, già prima menzionato, ovvero la protezione di un interesse ai fini di una garanzia non della sua sopravvivenza ma della sua "sicura e indisturbata" esistenza. Ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 2638 c.c. non si deve

⁸⁵ F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., 264 ss.

⁸⁶ Per tutti, S. CANESTRARI, *Reato di pericolo*, cit., 7.

⁸⁷ Cfr. L. FOFFANI, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: la proposta del progetto "Eurodelitti" per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, 2359.

necessariamente rischiare di frustrare in radice le funzioni di vigilanza, ma è sufficiente la creazione del pericolo di ostacolare, ossia di rendere più difficili e tortuose, le medesime.

Preme qui sin d'ora evidenziare come siffatte tecniche di tutela siano legate a doppio filo, da un lato, all'importanza cruciale di certi settori sensibili dell'economica e alla complessità non solo fattuale ma anche tecnica dell'agire degli operatori economici (che richiede un apparato regolatorio complesso, elastico e di agevole aggiornamento), dall'altro, al carattere diffuso, collettivo e immateriale (potremmo dire adespota) degli interessi coinvolti.

Di certo, la prospettata distanza concettuale raggiunge il massimo grado laddove siano incriminate, con elevato grado di astrazione del pericolo, condotte in riferimento alle quali non sia predicabile un giudizio di generale pericolosità; ma anche in presenza di una generale pericolosità (e dunque di una vicinanza logica rispetto al danno temuto) la relazione di pericolo può certamente sfumare in caso di cospicua *distanza cronologica* fra condotta e pericolo per il bene protetto, cioè quando sia astrattamente possibile l'incriminazione di un pericolo che si concretizza a grande distanza di tempo rispetto a una condotta la cui attitudine lesiva dovrebbe per vero dirsi ormai esaurita (cosa che, come si vedrà diffusamente *infra* cap. III, può profilarsi nelle fattispecie di bancarotta prefallimentare).

Infine, di fronte a fattispecie tanto di pericolo concreto quanto di pericolo astratto, lo specifico settore economico reca con sé importanti difficoltà per la cennata mancanza di leggi-scientifico economiche⁸⁸ (specie nel settore della finanziarizzazione della ricchezza) – che sarebbero invece necessarie per una prognosi di causalità potenziale –, nonché per la limitata capacità di accertamento processuale, trovandosi spesso il giudice dinanzi a meccanismi economici inaccessibili e ad eventi «che sono il prodotto di una pluralità di vettori eziologici indipendenti (...) manifestatisi simultaneamente in un medesimo lasso temporale, per di più estremamente circoscritto»⁸⁹: il reato di pericolo, in definitiva, si svincola così dalla dimensione della tutela di beni giuridici, difettando inevitabilmente la prova del loro turbamento.

⁸⁸ Così F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., 273 s.

⁸⁹ *Ibidem*.

3.1.2. Il contributo concretizzante della 'tipicità di contesto'.

Al contrario, un aspetto di concretizzazione del pericolo consiste nel prestare attenzione al disvalore di contesto al fine di illuminare la concreta offensività del fatto. Come anticipato, possono riscontrarsi una distanza logica o una distanza temporale fra la condotta e l'evento temuto; tuttavia tale offuscamento della relazione di pericolo può agevolmente essere reputato un falso problema se solo si considera il contesto nel quale la condotta deve necessariamente inserirsi. Ciò è tanto più importante nel settore della criminalità economica poiché «l'insinuarsi del fatto illecito tra le pieghe di attività specie economiche, sostanzialmente lecite implica un effetto di appannamento del senso normativo del fatto, che può essere messo a fuoco solo mediante l'analisi delle relazioni di contesto»⁹⁰.

Tale valorizzazione è stata persuasivamente sostenuta, ad esempio, con riferimento all'idoneità ingannatoria delle false informazioni sociali, rispetto alle quali non può parlarsi di potenzialità decettiva in caso di notizia resa ad una platea di soggetti certamente interessati a conoscerla, ma che l'abbiano già altrove comunque acquisita: questo è quanto può accadere laddove non venga comunicata una parte di perdite in un momento in cui la situazione di crisi di redditività della società sia stata tuttavia già valutata e presa in considerazione⁹¹.

Allo stesso modo, si abbandona la strada della mera valutazione in astratto di pericolosità della condotta alla luce di regole di esperienza con riferimento al delitto di manipolazione del mercato, se si considera il fondamentale disvalore di contesto: solo la congiuntura di mercato che fa da sfondo alla condotta manipolativa dà sostanza all'attitudine della condotta a

⁹⁰ F. PALAZZO, *Regole e prassi nell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Diritto privato. L'interpretazione e il giurista*, 2001-2002, Padova, Cedam, 546.

⁹¹ L'esempio è di G. LUNGHINI, sub *art. 2621*, in E. DOLCINI-G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2015, 1836. Anche con riferimento all'*art. 2628 c.c.* può evidenziarsi come il significato della protezione penale accordata al capitale sociale dipende dal contesto: le esigenze di tutela si atteggiano diversamente «venendo in considerazione, da un lato, il principio di effettività del capitale nella fase della sua formazione e, dall'altro, il principio di integralità dello stesso nella fase di esercizio» (A. BIANCONI, sub *art. 2628*, in T. PADOVANI (a cura di), *Le fonti del diritto italiano. Leggi penali d'udienza*, Milano, Giuffrè, 2003, 1276 ss.).

turbare il regolare funzionamento degli scambi mobiliari e la corretta interazione fra domanda e offerta⁹². L'alterazione dei prezzi si pone del resto come evento penalmente neutro, che assume i connotati richiesti dalla fattispecie soltanto se frutto di una condotta fraudolenta, la quale può definirsi tale solo se rapportata alle condizioni del mercato⁹³. Si tratta di implicazioni 'di contesto' non sconosciute anche al diritto penale codicistico. Si pensi ai cc.dd. reati di sospetto: talune condotte penalmente neutre (come la detenzione di medicinali guasti o di monete contraffatte) diventano tipiche in virtù del contesto oggettivo (la predisposizione al commercio) e soggettivo (il fine dell'immissione in circolazione) da cui sono accompagnate.

Anche nell'ambito del diritto penale fallimentare l'attenzione al contesto è stata più volte mostrata al fine di evitare il noto rischio di un *regressus ad infinitum* nella ricerca dei fatti punibili lungo tutta la vita dell'impresa, limitando la punibilità ai soli fatti che mantengano al tempo della dichiarazione di fallimento (oggi liquidazione giudiziale) un'attitudine lesiva concreta. Si è autorevolmente parlato a questo proposito di zona di rischio penale⁹⁴ o comunque di valorizzazione delle condizioni di liquidità al tempo della condotta, essendo la lesione della garanzia creditoria, dunque un fatto normativo, a descrivere il confine fra attività lecita e bancarotta, a tracciare la zona di rischio adeguato⁹⁵ (*amplius* cap. III).

La rilevanza tipizzante del contesto risulta certamente più evidente nelle fattispecie in cui il legislatore ha optato per l'uso della tecnica casistica⁹⁶ nella

⁹² Di questo avviso S. SEMINARA, *Aggiotaggio su strumenti finanziari*, in G.F. CAMPOBASSO (diretto da), *Testo unico della finanza*, Torino, Utet, 2002, 1466.

⁹³ F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., 269 ss. e 277.

⁹⁴ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1955, 24; ID., *Reati in materia di fallimento*, in *Enc. dir.*, 478.

⁹⁵ C. PEDRAZZI, sub art. 216, in C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di) *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 1995; C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in ID., *Diritto penale: scritti di diritto penale dell'economia*, cit., 974.

⁹⁶ Il legislatore si spinge oltre la tecnica casistica nei casi, per vero rari, di impiego di veri e propri indicatori, il cui ricorrere funge da indizio di illiceità: questo è quanto accade nella fattispecie di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603 bis c.p., il quale individua al co. 3 quattro indici di sfruttamento. La tecnica legislativa è la medesima impiegata dal legislatore tedesco nella descrizione del

descrizione del fatto tipico: qui il legislatore definisce la tipicità proprio attraverso una selezione di elementi di contesto. È quanto avviene, ad esempio, nella bancarotta semplice; qui la condotta tipica di sperpero delle sostanze non è neutra (l'imprenditore non è titolare di uno *ius utendi et abutendi* del proprio patrimonio), ma l'illiceità è puntualmente circoscritta dagli indicatori impiegati dal legislatore che ne definiscono e limitano la rilevanza penale. Il momento dell'offesa assume rilevanza unicamente attraverso il filtro degli indici legislativi: le spese eccessive sono tali, così come la consumazione di notevole parte del patrimonio acquisisce concretezza, solo se vagliate alla luce delle condizioni di liquidità del momento; altrettanto può dirsi delle operazioni di pura sorte per ritardare il fallimento, che non possono che aversi in costanza di una crisi conclamata⁹⁷.

3.2. b) la volatilizzazione del bene giuridico.

Il meccanismo di anticipazione più "malizioso" è rappresentato dalla evanescenza dell'oggetto di tutela in materia economica, in cui la sbandierata "crisi del bene giuridico" appare oltremodo evidente e complice ne è certamente la collocazione *extra condicem*, ossia il distacco dalle tecniche proprie del diritto penale codicistico improntato – anche in funzione classificatoria – alla tutela di beni. La disciplina codicistica in materia economica è tendenzialmente ristretta entro i confini della tutela di interessi soltanto individuali ed è stata pertanto nel tempo implementata dalla normativa complementare in cui si assiste a una dematerializzazione dell'oggetto di tutela.

La legislazione complementare, intervenuta negli anni a disciplinare nuovi e più articolati aspetti della vita economica presidiandoli con sanzioni penali poste a chiusura del sistema, ha fatto sì che entrassero nuovi interessi nella traiettoria del diritto criminale. Si ha certamente la più volte segnalata concretizzazione di un diritto penale meramente sanzionatorio, in cui la fattispecie incriminatrice si limita a individuare la forbice edittale applicabile

reato di usura al § 291 StGB, che al co. 2 enuclea tre circostanze in presenza delle quali il fatto è da reputarsi, *in der Regel*, di particolare gravità.

⁹⁷ Cfr. C. PEDRAZZI, sub *art. 217*, in C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di) *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 1995, 140 s.

alla violazione di un precetto contenuto altrove (emblematica a tal proposito è la figura dell'omessa comunicazione del conflitto di interessi di cui all'art. 2629 *bis* c.c.). Così si ravvisano fattispecie che, come si vedrà, risultano incentrate sulla mera infedeltà dei soggetti attivi, senza alcuna effettiva attitudine lesiva di interessi diversi dalla trasparenza societaria, dalla pura correttezza nei rapporti economici e dalla fiducia degli operatori, nonché dal regolare funzionamento degli organi di controllo.

Riguardo a quest'ultimo aspetto, ossia la tutela di organi di controllo, e dunque, di mere funzioni, va dato atto di come il settore economico abbia col tempo avvertito l'esigenza di una regolamentazione estremamente tecnica oltre che flessibile. L'esperienza reale ha così suggerito la creazione di un apparato regolatorio (oltre che ispettivo e sanzionatorio) estraneo dagli schemi classici e che ha dato vita - sull'esempio di altri ordinamenti⁹⁸ - al fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti. Si tratta di nuove esigenze di efficientamento e ammodernamento, ma anche di domande di uniformità provenienti da organismi sovranazionali (si pensi all'Unione bancaria europea, che risulterebbe inoperante in assenza di Agenzie nazionali di controllo con cui la Banca centrale europea possa dialogare⁹⁹).

Tale fenomeno – stante la crucialità degli interessi sottoposti alla sfera di azione di tali Autorità – ha portato alla criminalizzazione delle condotte di ostacolo o di aggiramento delle funzioni di vigilanza. La conseguenza è stata inevitabilmente la diffusione di un diritto penale «asservito ad istanze disciplinari, nel quale non si incontrerebbero “vittime”, ma solo inosservanze»¹⁰⁰. Si tratta infatti di un modello basato su di una serie articolata di obblighi informativi, senza i quali verrebbero frustrati i poteri di vigilanza delle Agenzie regolatorie.

Risulta allora evidente il rischio di uno svuotamento della funzione critica del bene giuridico (inteso come situazione di valore offendibile e tutelabile), a fronte dell'ingresso di veri e propri reati di scopo che realizzano

⁹⁸ Si tratta del modello delle *independent agencies* statunitensi, dei *non-departmental Public Bodies* inglesi e delle più recenti *autorités administratives indépendantes* francesi; v. in proposito P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2016 (trad. it. di F. DOMENICALI).

⁹⁹ V. cap. II nt. 67.

¹⁰⁰ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Il Mulino, 2010, 25.

quella «gratuita elargizione» di oggettività giuridiche, che si ha tutte le volte in cui viene perso ogni riferimento concreto, immediato ed afferrabile a un interesse dell'individuo, e quella «messa in liquidazione della filosofia dell'oggettività giuridica»¹⁰¹ cui consegue una sovrapposizione fra scopo e oggetto di tutela¹⁰².

Pare però necessaria una premessa. Questo meccanismo di anticipazione della tutela si è fatto strada a fronte di quello che può dirsi il fallimento del diritto penale fondato su reati di danno a tutela di beni sostanziali¹⁰³, il quale ha reso necessario adottare schemi di pericolo astratto¹⁰⁴ in cui il danno per gli interessi personali (quelli cioè sostanziali) rimane nella penombra¹⁰⁵.

Questa anticipazione della tutela si è realizzata in due direzioni in parte simili (e per questo spesso assimilate nella letteratura¹⁰⁶) ma con aspetti di rimarchevole diversità: lo smarrimento della funzione critica del bene giuridico (dunque di limite all'estensione del penalmente rilevante) in favore di un bene giuridico quale espressione dell'esigenza (politico-criminale) di criminalizzare è avvenuto con la costruzione di fattispecie che assumono quale oggetto di tutela mere funzioni, le quali non sono, come si spiegherà, in nessun modo reinterpretabili in chiave offensiva. Diverso appare invece il ricorso a beni

¹⁰¹ F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 325; ID., *Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, Giappichelli, 1998, 252 s.

¹⁰² V. sul punto C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., 24 ss.; R. RAMPIONI (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, cit. 18 ss.

¹⁰³ Sul tema, lucidamente F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003; ID., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 459 s.. V. altresì L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 71 ss.

¹⁰⁴ Cfr. D. PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale in materia economica*, in *Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, Giappichelli, 1996, 10.

¹⁰⁵ L'inaccettabilità del ritorno al *Kernstrafrecht* propugnato dalla Scuola di Francoforte (v. K. LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafens?*, Francoforte, Suhrkamp Verlag, 1995, traduzione italiana L. EUSEBI (a cura di), *Il declino del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2005, spec. 31 ss.) è ampiamente argomentata da G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, cit., 179.

¹⁰⁶ Nota come si tratti di tue tematiche che finiscono per intrecciarsi e quasi per confondersi fra loro S. SEMINARA, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., 31.

strumentali, in vista della tutela di beni finali: qui, ove vi sia un concreto e palpabile collegamento fra i due e, dunque, quello finale non scompare dai profili di tipicità del fatto (cosa che accade invece quando non è neppure lontanamente posto in pericolo), non pare del tutto frustrata quella funzione di «controllo scientifico e democratico» dell'incriminazione¹⁰⁷.

3.2.1. I beni strumentali e la c.d. seriazione dei beni giuridici.

Si è già più volte in precedenza evidenziato un'importante caratteristica della criminalità economica: la sua proiezione offensiva nei confronti, spesse volte, di soggetti indeterminati, sottoposti ad aggressioni a lesività seriale. La indeterminatezza, in un'ottica *ex ante*, delle vittime, in uno con la potenziale diffusività delle conseguenze lesive, ha favorito la costruzione di fattispecie volte alla tutela di interessi superindividuali o "pubblicistici". L'importanza di tali interessi (es. il patrimonio degli investitori) impedisce che l'intervento sanzionatorio sia limitato alla fase della concreta lesione, così come il carattere diffuso e, in particolare, la non offendibilità per mezzo di una singola condotta (ma solo attraverso una sommatoria di condotte) impediscono di richiedere la concreta lesione. Vengono così solitamente enucleati dei beni intermedi o strumentali, che sono tutelati non in sé stessi ma in vista della tutela di un altro bene¹⁰⁸, il quale (solo) è in grado di soddisfare in modo immediato un bisogno dell'uomo. In questo senso bisogna immaginare una "seriazione" dei beni, i quali si dispongono, appunto, "in serie" fra la condotta lecita e il bene finale¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Di tale funzione del bene giuridico parla M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 27 ss.; ID., *Teoria del reato*, cit., 122 ss., 172.

¹⁰⁸ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2018, 218 ss; ID., *Reato in generale* (voce), in *Enc. Dir.*, 1987, 797 ss.

¹⁰⁹ La differenziazione fra bene mediato (solitamente di natura collettiva) e bene immediato (direttamente tutelato) è stata elaborata nella dottrina tedesca da SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, 1979; v. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. I. Allgemeiner Teil*, München, 1975; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, München, 2006; e in quella spagnola v. MATA MARTIN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, Comares, 1997, 85 ss.; C. MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, cit., 159 ss., 173 ss., 206 ss.; E. DEMETRIO CRESPO, *Crisis financiera y derecho penal económico*,

Appare in effetti opportuno enucleare un evento intermedio (di danno o di pericolo) anziché richiedere necessariamente la produzione di un macro-evento, poiché si rende così possibile individuare se vi sia stato un pericolo per i rappresentanti di un interesse adespota. Il bene strumentale garantirebbe in questo senso un livello di maggiore concretezza in punto di accertamento dell'offesa¹¹⁰.

Il rischio è certamente che il bene strumentale divenga mero espediente argomentativo¹¹¹ ove scorrettamente individuato: talvolta il bene strumentale è del tutto evanescente e rappresenta il simmetrico della condotta vietata, rendendo così nullo qualsivoglia disvalore d'evento (si approfondirà *infra* § 3.2.3 il tema della tutela di mere funzioni), talaltra il bene strumentale è un *quid* di diverso rispetto alla condotta, ma non ha alcun collegamento con il bene finale, di modo che il danneggiamento o la messa in pericolo del bene strumentale non reca con sé alcuna potenzialità lesiva di quello finale.

In altri termini, a volte la fattispecie così costruita potrebbe perdere completamente di vista l'evento offensivo¹¹². Più avanti si esaminerà proprio questo aspetto in relazione alla seriazione di alcuni beni a rilevanza economica, quali (con riferimento agli artt. 2621 e 2622 c.c.) la trasparenza societaria e il patrimonio societario; (con riferimento ai reati previsti dal d.lgs. 74/2000) il corretto accertamento tributario e la riscossione del tributo; (con riferimento al

cit., 315 ss. La tutela può mirare alla protezione di un bene collettivo c.d. non individualizzabile, con la conseguenza che il bene intermedio prende il nome – a seconda degli Autori – di bene intermedio spiritualizzato o con funzione rappresentativa; può poi aversi una protezione di un bene superindividuale che risulta viceversa ben tutelabile attraverso un bene individuale (solitamente il patrimonio).

¹¹⁰ D. PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale*, cit., 14, menziona a titolo esemplificativo i beni strumentali della uguaglianza dei partecipanti al mercato, l'affidabilità dei soggetti esercenti determinate attività, le condizioni di funzionamento dei sistemi di governo e controllo istituzionale sul mercato o sui suoi settori.

¹¹¹ G. ZUCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione "critica" del bene giuridico e la pretesa necessaria offesa a un bene*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, 803.

¹¹² Così A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., 213, il quale evidenzia la necessità - ai fini di un giudizio di legittimità costituzionale della fattispecie - che i comportamenti illeciti individuati come lesivi del bene strumentale siano caratterizzati da un sufficiente grado di determinatezza oltre che da un'effettiva idoneità offensiva nei confronti del bene finale.

reato di usura c.d. presunta) la correttezza del mercato del credito e il patrimonio individuale (*infra* cap. II § 2).

Preme sin da ora ricordare, tuttavia, come la legittimità e l'opportunità della "seriazione dei beni giuridici" siano state talvolta messe in discussione sulla base del seguente assunto: il bene finale o viene concretamente attinto (anche in termini di messa in pericolo) e allora la funzione del bene strumentale si rivela del tutto inutile, oppure non viene minimamente toccato (restando mera *ratio legis* e non assurgendo a oggetto della tutela), con la conseguenza che il suo etichettamento come bene giuridico avrebbe una mera funzione legittimante dell'intervento del legislatore¹¹³. Tuttavia, mentre il secondo appunto certamente coglie nel segno, l'inutilità prospettata in prima battuta non convince. L'individuazione di un bene strumentale agevola la determinatezza e tassatività della fattispecie: di fronte a un interesse diffuso non offendibile, se non con condotte seriali, individuare un bene più prossimo all'agente permette di delineare con maggiore nettezza i fatti veramente meritevoli di pena. Questo apparirà più chiaro nel prosieguo della trattazione, specie nella parte in cui si individueranno quei particolari beni strumentali che sono le *funzioni strumentali* (da cui però andranno espunte quelle funzioni di mediazione amministrativa del tutto svincolate dal bene finale).

3.2.2. L'emersione di beni istituzionali non preesistenti alla norma. Un obiettivo intrinsecamente propulsivo della tecnica legislativa e la preponderanza di una concezione metodologica e trasformistica del bene giuridico.

In questo panorama di smaterializzazione e scarsa riconoscibilità del bene giuridico si inserisce la tematica della tutela di funzioni¹¹⁴. Avendo il legislatore inteso proteggere interessi collettivi, non descrivibili in termini strettamente "personali", che consistono – nel particolare settore economico –

¹¹³ F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., 301 ss.

¹¹⁴ In argomento cfr. W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 108 s.; ID., *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1996, 9 ss.; T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 670 ss.; ID., *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 639 ss.; P. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, Cedam, 1993, 103, 106 ss.

essenzialmente nel regolare funzionamento di settori regolati da Autorità di vigilanza¹¹⁵, queste ultime divengono oggetto diretto di tutela.

Si tratta di quei settori connotati da una consistente “dipendenza amministrativa”¹¹⁶, in cui, cioè, si è optato per un modello di governo e di controllo da attribuirsi ad Autorità amministrative *sui generis* (in quanto insensibili alle direttive dell’esecutivo¹¹⁷), e che si fonda su obblighi informativi posti in capo all’operatore e su poteri di acquisizione riconosciuti alle Agenzie di controllo. Queste ultime operano la c.d. mediazione amministrativa, che consiste nella determinazione del corretto temperamento fra le esigenze di libera iniziativa economica e quelle di tutela dell’interesse alla cui conservazione sono preposte; si pensi al concetto di “sana e prudente gestione” dell’attività bancaria alla cui garanzia devono essere informati i poteri esercitati dalla Banca d’Italia¹¹⁸, in ciò coincidendo il punto di equilibrio fra il

¹¹⁵ L’interesse della collettività risiederebbe nella soddisfazione dell’esigenza a che certe attività vengano assoggettate ad un controllo preventivo di idoneità e rispettino determinate prescrizioni in modo che non possano entrare nel sistema soggetti capaci di inquinarlo. Rileva D. PULITANÒ, *Supplemento giudiziario e poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1983, 101 ss. che il controllo sulla compatibilità dell’attività economica con gli interessi protetti è affidata proprio all’autorità competente per il rilascio delle autorizzazioni. Sul tema della tutela di funzioni *ex multis* D. CASTRONUOVO, *Brevi note sull’atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 637 ss.; V. MANES, *La tutela penale*, in M. CAMMELLI-G. SCIULLO-C. BARBATI-A. LEON-V. TUCCINI-M.C. FREGNI-V. MANES (a cura di), *Il diritto dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2011, 219 ss., 237 ss.

¹¹⁶ In questi termini M. CATENACCI-G. HEINE, *La tensione fra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell’ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, 921 ss.

¹¹⁷ *Ex multis* G. GIRAUDI-M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti: dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell’efficienza*, Roma, Laterza, 2001; R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, Cedam, 2010, 309; R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del Giudice amministrativo*, in *Rivista della scuola superiore dell’economia e delle finanze*, 2005, 1.

¹¹⁸ Art. 5 t.u.b.: «1. Le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all’efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all’osservanza delle disposizioni in materia creditizia. 2. La vigilanza si esercita nei confronti delle banche, dei gruppi bancari, degli intermediari finanziari, degli istituti di moneta elettronica e degli istituti di pagamento. 3. Le autorità creditizie esercitano altresì gli altri poteri a esse attribuiti dalla legge».

libero esercizio dell'attività bancaria e la tutela del risparmio e del credito. Si tratta inevitabilmente di concetti normativi indeterminati che debbono essere riempiti di contenuto, a seconda della peculiare congiuntura economica del momento, e da cui deriva il flessibile potere regolamentare riconosciuto all'Autorità di settore.

Oggetto di tutela divengono così le prerogative riconosciute alle *Authorities* dalle varie leggi istitutive e/o regolatrici (le c.d. regole del gioco) e, in particolare, viene presidiato dalla sanzione penale il flusso corretto e ininterrotto di informazioni con gli operatori del settore, in modo tale da neutralizzare le fonti di rischi per il sistema (quale può essere l'operatore che non sia in grado di fornire garanzie di solidità).

L'anticipazione della soglia di intervento penale, allo scopo di proteggere interessi a carattere diffuso, segue sempre alla condivisibile presa di coscienza del fatto che limitarsi alla tutela di beni personali comporterebbe l'attivazione dell'armamentario punitivo dinanzi a una progressione offensiva intollerabilmente avanzata: lo spazio di operatività indisturbata dell'attività economica risulterebbe così ampio da rendere inutile l'intervento tardivo del diritto penale. Occorre in altri termini intervenire in una fase in cui l'evento di pericolo può ancora essere adeguatamente controllato¹¹⁹.

L'anticipazione della tutela nei confronti di beni cruciali viene realizzata – come si è visto a proposito dei beni strumentali – proteggendo situazioni che altro non sono che la «premessa indispensabile per il benessere e lo svolgimento della personalità di ciascuno dei consociati: situazioni ampie, estese, non riferibili a soggetti determinati, ma per ciascuno necessarie come condizioni essenziali della vita individuale e sociale»¹²⁰.

Con riferimento alla tutela di funzioni, tuttavia, pare doversi operare una sostanziale differenziazione rispetto ai generici beni strumentali. Si tratta infatti di fattispecie criminose in cui è spesso arduo individuare un bene giuridico palpabile, parendo al contrario rinvenibili comminatorie di sanzioni a fronte di mere trasgressioni a un apparato regolamentare (difetto di autorizzazione, violazione delle condizioni indicate nel provvedimento autorizzativo, false informazioni, ostacolo alle funzioni di vigilanza), rispetto alle quali la lesività in termini di dannosità sociale è davvero scarsamente

¹¹⁹ G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, cit., 186.

¹²⁰ S. SEMINARA, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., 26.

afferrabile, se non attraverso correttivi interpretativi che forzerebbero intollerabilmente il principio di legalità (*infra* § 4). Come detto, sanzionare penalmente la semplice elusione di una rete regolamentare, e dunque la semplice condotta non conforme a una disciplina dettata per il corretto funzionamento di un settore economico porta alla totale dematerializzazione del bene giuridico (l'oggetto di tutela altro non appare che la *ratio legis*, ossia la finalità regolatoria che viene di volta in volta in rilievo). Ciò svuota di certo anzitutto la funzione critica, ma altresì la funzione interpretativa del bene giuridico e, in definitiva, la sua funzione garantista, stante l'assenza di interessi pre-dati, palpabili, a rilevanza sociale e danneggiati o posti in pericolo dall'autore¹²¹.

Occorre tuttavia ora una precisazione: non può tacersi come lo stesso codice Rocco conosca forme di tutela di funzioni, come ad esempio la tutela dell'amministrazione della giustizia o della p.a. (*amplius* § 2.2.3). Tuttavia, la tutela di (mere) funzioni, nell'accezione qui delineata, altro non appare che mezzo di espansione della zona di intervento penale¹²², attraverso il grimaldello della creazione di beni giuridici artificiali, che essenzialmente permette di superare i problemi in punto di accertamento del pericolo¹²³. Le funzioni tipiche delle Autorità di controllo sono dirette alla tutela di interessi talvolta di settore e talvolta trasversali e l'operatività delle fattispecie penali poste a garanzia del loro indisturbato operare (*infra* cap. II § 3.2) scattano infatti anche laddove l'inosservanza non abbia messo in pericolo tali interessi (es. gli interessi patrimoniali dei risparmiatori).

¹²¹ Evidenza come l'esigenza irrinunciabile di affidare il contenimento di interessi all'azione di mediazione della p.a. non esclude ma anzi implica il necessario riferimento a beni sostanziali in gioco, poiché solo una loro concreta afferrabilità e una loro concreta esigenza di protezione possono legittimare e conformare la mediazione istituzionale D. PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale*, cit., 16.

¹²² In questi termini R. RAMPIONI (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, cit. 7 s. *Contra* G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., 554; E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 10 ss. Secondo questi Autori le *Authorities* giocano un ruolo fondamentale nella complessa società contemporanea, tale per cui la loro assimilazione ai tradizionali organi amministrativi non può dirsi arbitraria; diversamente ragionando altro non si farebbe che veicolare ideologie liberiste volte a sottrarre determinati settori a controlli accentrati statali (E. DOLCINI, *Principi costituzionali*, cit., 18).

¹²³ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 346.

Si tratta di un connotato tipico della tutela di funzioni che non è limitato al solo settore economico ma che si estende a tutti i settori (specie quello ambientale) in cui si ha la menzionata mediazione amministrativa. Ebbene, il pericolo di frustrazione del requisito della necessaria lesività appare di fattezze concrete, con però alcuni necessari distinguo, che si cercherà ora di illustrare, fra *beni-funzioni*, *funzioni strumentali* e *mere funzioni*.

3.2.3. Modelli di funzioni-beni vs. modelli non reinterpretabili in chiave offensiva. Gli illeciti di mera disobbedienza frutto di un'esigenza politico-criminale di 'ordine pubblico economico'.

Comunemente si parla di protezione di funzioni tutte le volte in cui vengono incriminate le violazioni di discipline che operano una mediazione (e regolano i conflitti) tra beni contrapposti: in particolare – nel caso delle autorità amministrative deputate al controllo dei settori della vita economica – una mediazione (potremmo dire, con una generalizzazione) tra le esigenze dell'imprenditore (dunque di libera iniziativa economica) e l'interesse che si intende proteggere da attacchi.

Sotto questa etichetta sono rinvenibili ipotesi (quasi sempre fondate sul pericolo) che hanno grandi profili di diversità: talvolta la funzione si rende indipendente da qualsivoglia ulteriore interesse materiale (e rileva in sé), talaltra invece la funzione è tutt'altro che autonoma, in quanto vero e proprio strumento di protezione di un bene-scopo. Infine, come si chiarirà, altre volte ancora sono «mero travestimento estetico di irregolarità, trasgressioni, etc.»¹²⁴.

Del primo modello (quello dei *beni-funzioni*) fanno parte le fattispecie volte alla tutela di funzioni di organi statali, storicamente avvertiti come beni autonomi¹²⁵: ne è certamente un esempio l'amministrazione della giustizia e, dunque, la funzione di accertamento dei reati, che è bene tutelato in sé dal Titolo III del codice penale. Al di fuori di questi casi, la funzione non può essere tutelata in se stessa, altrimenti si fuoriesce dallo schema dell'illecito

¹²⁴ M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati contro la salute pubblica*, in M. DONINI-D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, Cedam, 2008, 246.

¹²⁵ M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 246.

offensivo per sanzionare la mera disobbedienza ad un ordine impartito dall'Autorità di regolazione, mirando a conseguire un risultato che non preesiste all'ordine stesso, ma che al contrario consiste nel puro esercizio controllato e pianificato di una certa attività: i reati posti a tutela di *mere funzioni* appaiono perciò estranei alla tutela di beni giuridici¹²⁶, frutto al più di una concezione metodologica dei medesimi¹²⁷.

Il solo argomento della importanza sociale storicamente attribuibile a una funzione non basta tuttavia a segnare il confine tra *beni-funzioni* e *mere funzioni*; si tratterebbe infatti di una linea di demarcazione estremamente arbitraria oltre che verosimilmente cangiante nel tempo. La legittimità della tutela di (certe) funzioni in sé e per sé considerate risiede altrove, ma tale puntualizzazione richiede la preliminare introduzione del terzo modello di funzione sopra preannunciato: la *funzione strumentale*.

Il rischio di tutelare mere funzioni, e dunque di svuotare di contenuto offensivo la fattispecie, non viene corso ove la funzione di controllo sia specificamente volta alla prevenzione di un pericolo per un bene finale, e dunque a garantire un risultato diverso e ulteriore rispetto alla mera efficienza del controllo medesimo. Ciò accade quando un bene sostanziale diverso dal mero indisturbato operare di un organo entra nell'oggetto della tutela, il che – come è stato sostenuto in termini convincenti¹²⁸ – si verifica: (1) sia per mezzo

¹²⁶ Si esprimono in tal senso F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, Il Mulino, 1990, 19 ss.; G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 1994, 146 ss.; C. PEDRAZZI, *Interessi economici*, cit., 306 ss. e *passim.*; S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, Esi, 2001, 61 ss.

¹²⁷ Cfr. S. PANAGIA, *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, spec. 1140, nt. 55, il quale non ammette una terza via, ulteriore rispetto alle funzioni tutelabili come beni in sé e alle mere-funzioni: «attraverso la tutela della funzione si vuole surrogare o meglio dissimulare la mancata tutela del bene (ad esempio, nei reati ambientali: l'ambiente salubre) che il legislatore non intende, nella realtà normativa, preferire ad altro bene (l'economia) con cui il primo si trova in conflitto. In questo caso la funzione dissimula la mancata tutela effettiva del bene da parte del legislatore. Non si può dunque parlare di tutela strumentale, ma di mancata tutela del bene. Il correlativo schema normativo, che è quello tipico dei reati d'obbligo, evidenzia questa realtà: si puniscono, insomma, condotte che violano un obbligo (e che non offendono un bene) come ad esempio lo scarico in violazione dell'obbligo di chiedere (...) o di ottenere l'autorizzazione».

¹²⁸ M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 249 ss.

di una tipizzazione di un pericolo astratto empiricamente fondata su di un giudizio di generale pericolosità della condotta; (2) sia attraverso la previsione di eventuali sanatorie/ravvedimenti *ex post* che determinino l'irrilevanza penale di condotte *ab origine* inoffensive del bene finale¹²⁹ (ma solo elusive del controllo strumentale e, per così dire, delle regole del gioco); (3) sia mediante l'attribuzione di rilevanza a sole situazioni pregnanti (in cui la pericolosità attiene al contesto e all'oggetto della condotta).

Si tratta in questo secondo caso di fattispecie volte alla tutela di funzioni che appaiono però reinterpretabili in chiave offensiva, atteggiandosi in definitiva la *funzione* a bene *strumentale*, perché vi è un bene finale che è al tempo stesso risultato e oggetto della funzione¹³⁰: a essere punita non è la disobbedienza (alla prescrizione della p.a.) ma l'attitudine offensiva delle condotte che integrano tale disobbedienza¹³¹.

Sussiste, in altre parole, in questi casi, una relazione – anche se mediata dal bene strumentale – tra la condotta e i beni alla cui salvaguardia è orientata la disciplina che pone le 'regole del gioco'. La categoria dei *Pflichtdelikte* non comporta necessariamente l'abbandono del modello dell'illecito costruito intorno alla lesione di un bene giuridico: «in un sistema fondato sul principio di offensività di beni giuridici la violazione del dovere può avere diritto di cittadinanza non come fondamento della responsabilità ma come ulteriore requisito in aggiunta all'offesa al bene giuridico»¹³².

Il potenziale pregiudizio per il bene finale è qui elemento intrinseco della condotta tipica, la quale è ritenuta astrattamente idonea a pregiudicare il bene medesimo. Deve allora ricorrere quel giudizio di generale pericolosità su cui si reggono i reati di pericolo astratto: la criminalizzazione di condotte non

¹²⁹ T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale*, cit., 82.

¹³⁰ Sulle potenzialità involutive della tecnica della seriazione dei beni giuridici in tutti i casi in cui la condotta offensiva del bene intermedio non sia in grado di esprimere alcuna diretta connessione con il bene finale v. per tutti, A. FIORELLA, *Reato in generale* (voce), cit., 797 ss.; ID., *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in L. CONTI, *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, Cedam, 2001, 15 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005, 86 ss.

¹³¹ Così M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, Cedam, 1996, 141.

¹³² F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 122.

autorizzate che siano meramente preliminari e dunque neppure in astratto offensive (come potrebbe essere per esempio la sola apertura non autorizzata di una succursale bancaria senza esercizio alcuno di attività bancaria) non potrebbe superare il vaglio di legittimità costituzionale. La peculiarità sta nel fatto che la valutazione in concreto di pericolosità è operata dall'Autorità di controllo, alla quale, per esigenze pratiche, è attribuito il compito di formulare prescrizioni.

Anche lo schema della mancanza di un'autorizzazione ammette una reinterpretazione in chiave offensiva, benchè più limitata; le condotte rientranti in queste tipologie di fattispecie sembrano infatti avere un'attitudine offensiva più scolorita, perché (almeno in apparenza) fondate sulla mera esigenza di sottoporre un'attività al preventivo vaglio della p.a. Tuttavia, anche in questo caso, potrebbero individuarsi casi in cui una norma incriminatrice fondata su di un momento autorizzatorio non risulti volta a tutelare una evanescente mera funzione, a incriminare una mera disobbedienza (facendo cioè coincidere il bene tutelato con il simmetrico della condotta vietata), ma mostri al contrario un chiaro legame con il bene finale (il corretto dispiegarsi dell'attività dell'organo deputato a concedere l'autorizzazione sarebbe, di conseguenza, un bene strumentale). Il controllo deve essere allora volto ad accertare il possesso di requisiti che permettano ad un operatore di stare sul mercato senza introdurre rischi per beni sostanziali pre-esistenti¹³³. La

¹³³ La giustificazione dell'intervento penale nel caso di condotta tenuta senza la necessaria autorizzazione unicamente «laddove il controllo pubblico sia finalizzato all'accertamento dell'esistenza dei presupposti e requisiti fattuali di idoneità in assenza dei quali l'attività controllata presenta un pericolo altissimo» è sostenuta da F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 470 s. V. anche A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, Giappichelli, 2003, 168 ss., secondo il quale il legame con beni giuridici rilevanti si scorgerebbe, da un lato, nel fatto che l'autorizzazione costituisce un'attestazione di conformità della condotta serbata rispetto ad una disciplina preesistente e già sostanzialmente definita anche nelle sue regole specificamente inerenti ai limiti di tollerabilità rilevanti nel caso di specie, dall'altro lato, nella circostanza che l'attività autorizzatoria è strettamente connessa ad un'attività di monitoraggio volta al contenimento quantitativo e all'indirizzamento contenutistico di certe attività che potrebbero, se incontrollate, minacciare beni giuridici rilevanti (il fallimento complessivo del monitoraggio comporterebbe dunque il naufragio del contenimento dei livelli di rischio). Invero, anche in questo caso, andrebbe preventivamente considerata la finalità concreta del monitoraggio, non potendo quest'ultimo essere tutelato in sé: se il monitoraggio è volto a evitare

condotta tipica deve cioè mostrare un'attitudine offensiva nei confronti del bene finale e la fattispecie deve presentarsi come volta *ab origine* alla tutela del medesimo. Resta certamente il problema dell'elusione del controllo all'ingresso da parte del soggetto che risulti comunque in possesso dei requisiti necessari e dunque del soggetto a cui l'autorizzazione sarebbe stata concessa, se ritualmente domandata (*infra* cap. II § 3.1).

Tornando ora alla distinzione fra *beni-funzioni* e *mere funzioni* (le prime tutelabili in sé e per sé, mentre le seconde unicamente se funzionali alla tutela di un bene finale e dunque solo se reinterpretabili come *funzioni strumentali*), per fare chiarezza si può partire da un esempio che rende forse più agevole districare la matassa.

L'amministrazione della giustizia (che è, come si è visto sopra, un bene funzione) incarnando, attraverso i poteri riconosciuti ai propri organi, l'interesse alla repressione dei reati (che è porzione consistente del più ampio concetto di garanzia dell'ordine pubblico e difesa sociale), esercita una funzione che non può dunque dirsi strumentale a un interesse che sia altro da sé; le norme incriminatrici del Titolo III del codice penale tutelano del resto proprio l'in sé della amministrazione della giustizia, tipizzando condotte idonee a porre in pericolo (sia esso astratto o concreto) l'*iter* proprio dell'accertamento dei reati.

Potremmo dire che *la componente punitiva è la ragione* dell'esistenza di detto organo dello Stato e dell'attribuzione ad esso dei relativi poteri.

Questo non accade con riferimento al controllo demandato alla p.a., ad esempio, sulle armi¹³⁴, sui giochi e le scommesse (la cui normativa è contenuta

l'instillazione in un dato settore del rischio X, allora rilevante sarà solo l'ostacolo al controllo idoneo a creare quello specifico rischio X. Una condotta elusiva, disobbediente ma non in grado di incidere in senso distruttivo o di essere pericolosa per le specifiche finalità risulta del tutto estranea all'idea di illecito come lesione di un bene giuridico.

¹³⁴ Diversa risulta invece la ricostruzione di M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 249 ss. Secondo l'Autore la funzione di controllo sulle armi fra le funzioni da intendersi come beni in sé; qui si preferisce invece distinguerla e classificarla come funzione strumentale, essendo la fattispecie incriminatrice fondata sì sulla trasgressione/violazione di una cautela (che l'incriminazione fa propria), ma con un elemento che fa capire come la norma penale sia volta sin dall'inizio alla tutela di un che di ulteriore rispetto al mero governo amministrativo: la presenza di almeno un'arma funzionante rende evidente che si tratti di protezione accordata non al controllo pubblicistico ma all'incolumità pubblica.

nel tulps), o – in maniera ancor più lampante – con riferimento al controllo demandato alle autorità amministrative indipendenti, ad esempio sui livelli minimi di patrimonializzazione delle banche: i controlli sono qui espressione di funzioni strumentali a interessi pre-esistenti. Mentre l'amministrazione della giustizia è funzionalizzata alla repressione di reati e ha un ruolo dunque proattivo, costitutivo (di qualcosa che non le pre-esiste), al contrario, ad esempio, la Banca d'Italia è funzionalizzata a garantire il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione degli istituti bancari (artt. 5 t.u.b. e 5 t.u.f.) e ha pertanto un ruolo conservativo – attraverso la garanzia della sana e prudente gestione della raccolta del risparmio e dell'esercizio del credito – di un interesse pre-dato, e solennemente garantito dalla Costituzione all'art. 47.

La componente punitiva è qui un effetto (eventuale) dell'esercizio dei poteri.

E' perciò evidente che se si disobbedisce a una richiesta/prescrizione senza che sia posto in pericolo l'interesse pre-dato (anche se danneggiati o posti in pericolo risultano i regolari controlli dell'*Authority*) non residua alcuno spazio d'operatività per il principio di offensività; tutelare con la sanzione penale il suo indisturbato operare, senza avere riguardo alla finalità istituzionale, non può che dar luogo a un reato di mera disobbedienza. In altre parole, si può ostacolare, disobbedire alla autorità amministrativa indipendente senza in alcun modo toccare il bene finale alla cui tutela la stessa è volta; non così con l'amministrazione della giustizia: ostacolandola, si ostacola sempre l'accertamento dei reati (salvo che si tratti di condotta inoffensiva – si pensi alla calunnia grossolana che non induca in errore l'operatore di polizia giudiziaria – ma questo nulla sposta ai nostri fini, dal momento che renderebbe il fatto del tutto atipico, perché non si avrebbe, a monte, alcun ostacolo all'amministrazione della giustizia).

Lesione della amministrazione della giustizia e lesione dell'interesse all'accertamento dei reati vanno di pari passo: non si può ledere la prima senza offendere anche il secondo. E questo non accade con riferimento alle funzioni strumentali¹³⁵.

¹³⁵ Non si condivide pertanto la tesi di chi ritiene che pur in presenza di una tutela di funzione si possa riconoscere un ruolo di centralità ad un bene giuridico finale (cfr. T. PADOVANI, *Il problema del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 119; ID., *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 675 s.; ID., *Diritto penale della*

4. *La giurisprudenza tra tentativi di correzione in via ermeneutica del pericolo astratto e la china scivolosa della plurioffensività.*

Di fronte a fattispecie declinate dal legislatore su di una pericolosità astratta o presunta, in cui l'offesa al bene tutelato non è elemento espresso, né risulta sostituito a livello lessicale con un equivalente fenomenico, ha assunto un ruolo straripante l'operazione ermeneutica giudiziale, il cui obiettivo dichiarato è da tempo quello di reinterprete (tutte le volte in cui appare possibile) le fattispecie a lesione (solo apparentemente) latente. Il principio di offensività diviene così «fulcro del controllo contenutistico sulla fattispecie penale»¹³⁶, non volto tanto però a sindacare la legittimità della tecniche di tutela impiegata a monte, quanto l'ambito applicativo a valle: l'offesa, salvo i casi eccezionali di non reinterpretabilità, sussiste sempre, perlomeno nella veste di elemento implicito¹³⁷ (si pensi alle operazioni di ortopedia realizzate dalla giurisprudenza con riferimento ai reati contro l'amministrazione della giustizia e, in particolare, con riferimento al reato di falsa testimonianza).

L'operazione ermeneutica di concretizzazione del pericolo (e dunque di trasformazione di reati di pericolo astratto in reati di pericolo concreto, ma anche la trasformazione di reati di mera disobbedienza in reati di evento di

prevenzione e mercato finanziario, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 81 in cui l'Autore afferma che con la repressione di condotte disfunzionali si spaccia per bene giuridico la mera inosservanza di una norma, la quale finirebbe col tutelare se stessa, «in un circolo vizioso che disvela l'artificiosità della costruzione, il suo risolversi in un semplice gioco di specchi»).

¹³⁶ L'espressione è di V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., 3.

¹³⁷ Senza pretesa di ricostruire qui la concezione realistica dell'illecito, può ricordarsi come l'interpretazione dell'art. 49 c.p. in chiave di necessaria offensività fosse già rinvenibile in G. DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco*, in *Osservazioni intorno al "Progetto preliminare di un nuovo codice penale"*, Milano, Vita e pensiero, 1927. Nell'evoluzione dottrinale successiva v. M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1924, 127 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, Giuffrè, 1995, 199; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959, 23; A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, Morano, 1964, 16 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1978, 447 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2003.

pericolo) si dispiega con forza anche perché nella sostanza incoraggiata da numerose pronunce interpretative di rigetto della Corte costituzionale che ha assai di frequente respinto al mittente le ventilate illegittimità costituzionali di fattispecie fondate su di una mera presunzione di pericolosità tramite lo strumento dell'obbligo di interpretazione conforme: «sarà (...) compito del giudice ordinario evitare che – a fronte della descrizione, per certi versi, non particolarmente perspicua del fatto represso – la norma incriminatrice venga a colpire anche fatti concretamente privi di ogni connotato di pericolosità»¹³⁸. La Corte mostra così una sostanziale condiscendenza dinanzi alla, di fatto intangibile, discrezionalità del legislatore¹³⁹ in punto di contenuto dell'offesa e tecnica legislativa impiegata, cioè in punto di offensività in astratto¹⁴⁰. La Corte ha rinunciato ad un sindacato sulle vie di anticipazione della tutela, in termini di pericolo astratto o presunto, salvo evidenziare la possibilità di “aggiustarle” in via interpretativa, specie attraverso gli elementi c.d. pregnanti del tipo.

Potremmo dire che nella medesima direzione si muovono certe decisioni della Corte di cassazione che, seppur con una certa discontinuità, riconoscono al principio di offensività un ruolo dirimente in punto di definizione del contenuto dell'illecito anche con riferimento ai reati costruiti sull'assenza di un provvedimento autorizzativo: viene richiesto anche in presenza di un reato formale e di pericolo presunto una “minima potenzialità di *vulnus*” per il bene giuridico tutelato¹⁴¹.

¹³⁸ Corte cost., 20 giugno 2008, n. 225, par. 4. Del medesimo tenore, Corte cost. 8 luglio 2010, n. 250, in cui viene confermato il principio ormai consolidato in forza del quale «l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie».

¹³⁹ A proposito di ‘modello debole’ di approccio costituzionalistico cfr. M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 422 ss. ^[1]_[SEP]

¹⁴⁰ V. in proposito la ricostruzione di F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.; C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, 91 ss.

¹⁴¹ «In materia paesaggistica il reato di cui all'art. 163 del decreto legislativo 29 ottobre 1999 n. 490, che si pone in continuità normativa con l'art. 1 sexies del decreto legge 27 giugno 1985 n. 312, convertito in legge 8 agosto 1985 n. 431, non

Il rischio evidente è tuttavia quello di una torsione della legalità e di una rottura dei suoi confini attraverso la modifica dei connotati della fattispecie¹⁴². Torsione a cui peraltro si assiste anche con riferimento al fenomeno giurisprudenziale della plurioffensività interna¹⁴³ alternativa¹⁴⁴, che altro non appare che un facile espediente per «evadere dalla tipicità», prescindendo

viene integrato da qualsiasi opera o attività compiuta senza il preventivo rilascio dell'autorizzazione da parte dell'autorità preposta alla tutela del vincolo, atteso che anche in presenza di un reato formale e di pericolo presunto è riservata al giudice la verifica dell'offensività specifica della condotta tenuta, con valutazione ex ante e che perciò deve essere diretta ad accertare non già se vi sia stato un danno al paesaggio ed all'ambiente, bensì se il tipo di intervento fosse astrattamente idoneo a ledere il bene giuridico tutelato» (Cass. pen., sez. III, 30 gennaio 2003, n. 10641, Rv. 224355, in *Ced*). Cfr. Cass. pen., sez. III, 3 febbraio 2015, n. 21029, Rv. 263978, in *Ced*, in cui si legge che «in tema di reati ambientali, il positivo accertamento di compatibilità paesaggistica dell'abuso edilizio eseguito in zona vincolata non esclude la punibilità del reato di pericolo di cui all'art. 181, comma 1 bis, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, che non richiede per la sua integrazione un effettivo pregiudizio per l'ambiente, in quanto il rilascio di tale provvedimento non implica "automaticamente" che l'opera realizzata possa ritenersi "ex ante" inoffensiva o inidonea a compromettere il bene giuridico tutelato».

¹⁴² Sul rischio di una rottura degli argini della legalità ad opera del giudice che in sede ermeneutica muti la struttura e il senso della fattispecie (cosa che implicherebbe prese d'atto e decisioni di tipo legislativo) M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., 109 s. V. altresì sul punto le analisi di P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, Cedam, rist. 1972, 17 ss.; F. BRICOLA, *Teoria*, cit., 86; ID., *Interesse in atti d'ufficio* (voce), in *Enc. dir.*, 1971, 71; M. DONINI, *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Critica del diritto*, 1998, 95 ss.; R. RAMPIONI, *Dalla parte degli "ingenui"*, Padova, Cedam, 2007, 160 ss.

¹⁴³ Con tale espressione si intende distinguere da quella esterna al diritto penale, che si ha quando la condotta criminosa può assumere rilievo anche civile, amministrativo, erariale, tributario e disciplinare.

¹⁴⁴ Quella necessaria ricorre invece in presenza di quelle fattispecie (come, ad esempio, l'art. 628 c.p.) che richiedono cumulativamente e non alternativamente l'offesa a più d'un bene giuridico: è il classico caso della rapina ex art. 628 c.p. in cui devono essere lesi tanto il patrimonio quanto la libera autodeterminazione.

Per un'argomentazione nel senso della necessaria individuazione di un bene prevalente cfr. D. FALCINELLI, *La complessità del reato: tra unità del fatto, unicità dell'offesa e pluralità del "danno"*, in *Arch. pen.*, 2013, 2, 5; D. BRUNELLI, *Il tentativo della rapina impropria: Le Sezioni Unite liquidano sul nascere i segnali di enforcement del precedente*, in *Cass. pen.*, 2013, 66.

dall'offesa ad un bene giuridico tradizionalmente collegato alla fattispecie incriminatrice¹⁴⁵.

E' quanto è accaduto con riferimento al reato di cui all'art. 2621 c.c. (nella versione anteriore alla modifica legislativa avutasi con il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61¹⁴⁶), il quale veniva reputato integrato dalla giurisprudenza anche da falsità esigue (in quanto relative a riserve occulte extra bilancio di bassissimo valore) perché in grado di offendere, non la trasparenza societaria, ma pur sempre l'ordine pubblico¹⁴⁷ o, si legge in altre pronunce, la fede pubblica¹⁴⁸ (sempre nel prisma della plurioffensività alcune sentenze parlano anche di tutela dell'economia pubblica¹⁴⁹; *amplius infra* cap. II § 2).

Nello specifico settore dell'economia si è visto come ci si trovi spesso al cospetto di una volatilizzazione dell'offesa: o per la distanza concettuale tra condotta e danno temuto o per la vaghezza di certi concetti giuridici indeterminati (es. efficienza del mercato) o ancora per il loro elevato tecnicismo con conseguente difficoltà di prova in sede di accertamento penale.

¹⁴⁵ E' quanto accade – ad esempio – in materia di peculato (Cass. pen., sez. VI, 17 maggio 2018, n. 29262: «la natura plurioffensiva del reato di peculato implica che l'eventuale mancanza di danno patrimoniale conseguente all'appropriazione non esclude la sussistenza del reato, atteso che rimane pur sempre leso dalla condotta dell'agente l'altro interesse protetto dalla norma, diverso da quello patrimoniale, cioè quello del buon andamento della pubblica amministrazione»); di contraffazione di segni distintivi (Cass. pen., sez. V, 27 gennaio 2016, n. 18289: «il delitto di cui all'art. 473 cod. pen., essendo finalizzato a tutelare il collegamento tra il marchio contraffatto ed un determinato prodotto, precede l'immissione in circolazione dell'oggetto falsamente contrassegnato e ne prescinde, in quanto il bene oggetto della falsificazione, una volta registrato, è per sua natura destinato alla circolazione nel mercato, anche se non ancora inserito nel circuito commerciale. Fattispecie relativa a prodotti falsi riproducenti un modello di borse registrato ma non ancora commercializzato dal reale produttore, in cui la S.C. ha affermato la natura plurioffensiva del reato di contraffazione o alterazione di marchi o segni distintivi di prodotti industriali»); di molestia o disturbo alle persone (Cass. pen., sez. I, 13 dicembre, 2012, n. 2597: ai fini della configurabilità del reato di molestia o disturbo alle persone, trattandosi di ipotesi plurioffensiva che protegge oltre alla tranquillità del privato anche l'ordine pubblico, è sufficiente che quest'ultimo sia solo messo in pericolo a causa della possibile reazione della persona offesa»).

¹⁴⁶ Per una sintesi dell'evoluzione interpretativa circa il bene protetto v. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, Giuffrè, 2004, 48 s. (spec. nt. 9); V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 85.

¹⁴⁷ Cass. pen., 19 ottobre 2000, in *Dir. giust.*, 2001, 17 ss.

¹⁴⁸ Cass. pen., sez. V, 26 settembre 1994, n. 4073, Rv. 200191 – 01 in *Ced.*

¹⁴⁹ Cass. pen., sez. V, 28 febbraio 1991, n. 3949, Rv 186896 – 01 in *Ced.*

Si è altresì visto come l'allontanamento dalla tutela di interessi strettamente individuali sia inevitabile in una società post-moderna e che spesso sia pressoché inconcepibile formulare norme incriminatrici incentrate sul danno.

Purtuttavia, la plurioffensività eventuale (frutto di ortopedia giudiziale) non può essere la soluzione ai problemi di accertamento: «senza individuare un bene necessariamente offeso dalla condotta tipica, si finisce per creare, (...) in via interpretativa, un reato 'ad offesa alternativa', che moltiplica la possibilità di applicazione della norma penale tante volte quante sono gli interessi collegati alla norma in astratto»¹⁵⁰. La plurioffensività, oltre a rinunciare di fatto alla ricerca di un interesse pre-esistente all'incriminazione, risulta concetto di tale ampiezza (i beni ricomprendibili potrebbero essere moltiplicabili all'infinito¹⁵¹) da far perdere al principio di necessaria lesività ogni significato euristico, e al bene giuridico la funzione sistematica e ricostruttiva del contenuto della fattispecie¹⁵².

5. Un tentativo di riordino concettuale: sussidiarietà, preesistenza del bene giuridico, offensività.

Come si era anticipato, esistono in dottrina opzioni in favore dell'abbandono del bene giuridico¹⁵³, sulla base della considerazione che lo stesso rappresenta un antidoto del tutto illusorio contro l'espansione incontrollata del diritto penale e un'arma spuntata in sede di controllo critico sulle scelte incriminatrici del legislatore. La scelta incriminatrice andrebbe piuttosto vagliata alla luce dei complessivi "programmi di tutela"

¹⁵⁰ F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., 300.

¹⁵¹ Notano infatti come un fatto criminoso possa attingere svariati interessi non rientranti nell'ambito di tutela di tale fattispecie ma solo tra gli scopi dell'incriminazione A. PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, Giuffrè, 1965, 396, nota 16; G. GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, Cedam, 1969, 25 ss.

¹⁵² Osserva, con riferimento al trend giurisprudenziale relativo al falso in bilancio, come la ricostruzione della fattispecie in chiave plurioffensiva e la conseguente inarrestabile espansione della stessa siano avvenuti sotto la spinta dell'ardore giustizialista della magistratura G. FLORA, *Metamorfosi del falso in bilancio e «scelta» del bene giuridico protetto*, in E. DOLCINI-C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano, Giuffrè, 2006, 2313.

¹⁵³ V. nt. 19.

costituzionali, espressivi di una sfera di valori ad elevata considerazione sociale¹⁵⁴.

Negli ordinamenti europei in cui non è possibile riscontrare alcuna tradizione giuridica in materia di bene giuridico (*Rechtsgütertheorie*), com'è noto vengono adottate chiavi di lettura che prescindono totalmente da un interesse protetto: ciò che conta è la fattispecie descritta dal legislatore e ogni correzione in chiave teleologica è inaccettabile superamento del dato legale, è diritto giurisprudenziale.

Si pensi all'ordinamento giuridico francese e a una figura chiave del *droit pénal des affaires*, ossia l'*abus de pouvoirs ou de voix* (artt. 241-3, co. 5 e 242-6 co. 4 del *Code de commerce*) che può essere considerato come la fattispecie corrispondente al nostro delitto di infedeltà patrimoniale. Già sfogliando la manualistica ci si rende conto della rilevanza del solo *élément matériel* e del solo *élément moral* nell'economia delle fattispecie; nessun rilievo è attribuito all'interesse tutelato nell'interpretazione dei confini del fatto tipico. Il reato di abuso menzionato punisce con le pene (congiunte) detentiva e pecuniaria il fatto che i dirigenti, in malafede, facciano del proprio potere o dei voti a sé spettanti un uso che fanno essere contrario agli interessi della società, vuoi per fini personali, vuoi per favorire un'altra società o impresa a cui siano direttamente o indirettamente interessati. Nessuna interpretazione della fattispecie (che pare con tutta evidenza di mera infedeltà) potrebbe essere guidata dalla valorizzazione di interessi palpabili quali il patrimonio dei soci o dei terzi creditori, tant'è che un tipico caso di abuso di poteri rintracciabile nella giurisprudenza francese è proprio la condotta dell'amministratore che concluda abusivamente un contratto con la propria società per garantirsi una commissione, senza determinare alcuna perdita o profitto per la società¹⁵⁵.

¹⁵⁴ G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, cit., 53 ss. V. U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, cit., 118 secondo il quale «l'unico concetto che può, almeno in una certa misura, garantire un grado minimo di limitazione dell'area del penalmente rilevante è quello che la condotta penalmente illecita deve consistere in un comportamento che, valutato sul piano oggettivo, e cioè *senza attingere alla psiche del soggetto, rappresenti una condotta in sé intollerabile*».

¹⁵⁵ P. CONTE-W. JEANDIDIER, *Droit pénal des sociétés commerciales*, Paris, Litec, 2004, 118 e 121. Sul controverso accoglimento della teoria dei vantaggi compensativi nelle operazioni infragruppo v. A. BOULANGER, *Restructurations sociétaires et responsabilité pénale*, Presses de l'Université Toulouse, 2019, 250 ss., spec. 253, che evidenzia come sia del tutto illusorio considerare l'interesse sociale alla stregua di

Il riferimento rigoroso alla sola fattispecie così come descritta dal legislatore è condivisibile, perlomeno con riferimento alle fattispecie a forma vincolata, in cui il mero dato letterale può risultare certo bastevole; per le fattispecie non formali, tuttavia, non pare potersi negare la necessità di compiere scelte in un certo senso di “regolamento dei confini”, di selezione in concreto dei fatti tipici.

Si è riconosciuto qui più volte come il bene giuridico (se *volatilizzato*) possa essere utilizzato in chiave espansiva dell'intervento penale¹⁵⁶: è quanto accade nella tutela di mere funzioni o nella plurioffensività alternativa (§§ 3.2.3 e 4). Tuttavia, ciò è frutto di quella che si è voluto indicare come preponderanza di una concezione metodologica e trasformistica del bene giuridico e di impiego di beni-funzioni non reinterpretabili in chiave offensiva: in altri termini, una deriva del bene giuridico che non può scalfire quella funzione di argine alla incriminazione della mera disobbedienza (o di condotte sintomatiche di personalità pericolose), che non può allo stesso disconoscersi. A condizione tuttavia che si consideri il bene giuridico come entità esterna alla norma, che non può cioè identificarsi con la stessa o in essa esaurirsi¹⁵⁷.

Com'è stato osservato, infatti, «se si tutela una “norma” a prescindere dalle conseguenze, è evidente che cessa ogni controllo critico sull'incriminazione in forza di parametri democraticamente verificabili come quelli dell'epistemologia della causazione (...), un controllo reso invece possibile e necessario – a livello sia legislativo e sia applicativo – dal paradigma

oggetto di protezione: posto che per la bancarotta non è richiesto che l'autore abbia agito per un fine personale (a differenza dell'abuso di beni societari), nessuna efficacia “scriminante” può essere riconosciuta all'interesse garantito al gruppo complessivamente considerato. Non vi è spazio cioè, secondo l'Autore, per un'interpretazione teleologica della fattispecie.

¹⁵⁶ In una prospettiva comparata, osserva come la teoria del bene giuridico (*doctrine of legal goods*) possa condurre ad una protezione a più ampio spettro rispetto al principio di offensività (*harm principle*), poiché la prima potrebbe potenzialmente proteggere un ventaglio più ampio di interessi, in quanto non solo l'offesa agli altri può determinare la necessità di una sanzione penale, ma piuttosto un ostacolo a qualsiasi altro interesse protetto (anche paternalistico o attinente alla morale) N. PERSAK, *Criminalising harmful conduct. The harm principle, its limits and continental counterpart*, New York, Springer, 2007, 104 e 106.

¹⁵⁷ O. VANNINI, *Reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto (a proposito di incendio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1918, 344; M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 117; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 300.

dell'offesa (lesione o messa in pericolo) di un bene che non sia meramente "spirituale"»¹⁵⁸.

L'intervento penale che sia viceversa passibile di controllo scientifico e democratico ¹⁵⁹ (non dunque un'imposizione autoritaria "dall'alto") deve necessariamente essere imperniato sull'offesa a interessi¹⁶⁰ piuttosto che sulla violazione di doveri (che veicola piuttosto l'idea di un illecito meramente disciplinare); esso può essere descritto in tre (non di certo nuovi) *step*.

1. L'intervento penale deve porsi come *extrema ratio*, non dando cioè per scontato che lo stesso sia strumento idoneo a soddisfare le esigenze di garanzia di un sistema di prevenzione efficiente (sussidiarietà "esterna"), e non dando altresì per scontato che mezzo idoneo per la prevenzione di reati sia la minaccia della pena più severa ossia quella detentiva (sussidiarietà "interna" al diritto penale stesso)¹⁶¹. Senza questa preliminare valutazione si corre il rischio considerevole di dar vita a un diritto penale meramente simbolico¹⁶²: enfatico ma sostanzialmente inefficiente.

¹⁵⁸ M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., 9.

¹⁵⁹ M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 27 ss. Sul ruolo della scienza penale come contropotere critico sulla irrazionalità immanente e sul potere enorme dello Stato sui singoli v. ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 309 ss.; ID., *Democrazia penale e ruolo della scienza*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, Monduzzi, 2005, 27 ss.

¹⁶⁰ Sull'insufficienza del solo principio di offensività, svincolato dal bene giuridico cfr. ; e, nella dottrina tedesca, A. VON HIRSCH, *Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle"*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2002, 2 ss.; P. WITTIG, *Rechtsgutstheorie, "Harm Principle" und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen*, in R. HEFENDEHL-A. VON HIRSCH-W. WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, 239 ss.

¹⁶¹ Sull'importanza delle forme di anticipazione prepenalistiche della tutela e sulla necessità di distribuire la sofferenza della reclusione in base a presupposti meno pregnanti v. L. EUSEBI, *Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale*, cit., 42 ss., spec. 44.

¹⁶² C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 447 ss.; S. MANACORDA, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1364 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, in *Criminalia*, 2011, 313 ss.; S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, 2018; A. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla cultura penale*, in www.archiviopenale.it, 2018.

Il ricorso alla pena viene così limitato ai casi in cui quest'ultima si rivela indispensabile al raggiungimento di un obiettivo di contenimento di un fenomeno disfunzionale (cui possono ben mirare anche i settori extrapenali).

2. Quando il diritto penale interviene, deve farlo nella forma di protezione di beni non spirituali¹⁶³, ma di beni pre-dati/esistenti, espungendo dall'orizzonte penalistico le già viste mere-funzioni e, viceversa, ammettendo le funzioni-strumentali, ossia quei beni istituzionali reinterpretabili in chiave offensiva¹⁶⁴. Questo passaggio è successivo all'*extrema ratio*: un fenomeno di devianza deve essere contenuto col mezzo efficiente ma meno afflittivo e se unico mezzo efficiente è lo strumento penale, allora, questo solo (non anche quelli civile o amministrativo, per i quali legittima è la reazione alla violazione mera del paradigma normativo) deve intervenire con fattispecie poste a tutela di beni giuridici.

3. Nell'intervenire, il diritto penale deve presentarsi sotto forma di fattispecie incriminatrici offensive (in termini di danno o messa in pericolo) per gli interessi *sub 2*.

Nel diritto penale economico, bisogna considerare come tale schema sia di facile trasposizione ove vengano in rilievo interessi "tradizionali" di impronta individuale; tuttavia, poiché nella materia economica proliferano interessi funzionali/istituzionali, l'applicazione dei tre *step* prima menzionati potrebbe così articolarsi. Deve anzitutto operarsi una valutazione circa la meritevolezza di tutela penale (stante l'inconcludenza di quella extrapenale¹⁶⁵) dell'interesse "non tradizionale"; della funzione istituzionale va poi accertata la finalizzazione *ex lege* alla protezione di interessi primari¹⁶⁶; da ultimo la

¹⁶³ M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., 11. L'Autore intende tale secondo *step* come preconditione del principio di offensività.

¹⁶⁴ Per una panoramica (anche della giurisprudenza costituzionale) sulla selezione dei beni tutelabili penalmente attraverso il ricorso ai criteri della ragionevolezza e della proporzionalità v. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 136 ss.

¹⁶⁵ Evidenza come il principio di sussidiarietà sia stato utilizzato troppo spesso per derivare dagli scarsi successi della criminalizzazione di certi comportamenti la conclusione dell'ovvia inefficacia di strumenti meno limitativi dei diritti individuali L. EUSEBI, *Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie*, cit., 45.

¹⁶⁶ D. PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale*, cit., 16.

funzione deve essere protetta soltanto da quegli attacchi che le impediscano di assolvere il proprio ruolo di protezione proprio degli interessi primari¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Queste esigenze sono fortemente avvertite nella letteratura spagnola; fra i vari, E. DEMETRIO CRESPO, *Crisis financiera y derecho penal economico*, cit., 306 che invoca i principi dell'*ultima ratio* e dell'*in dubio pro reo*, ritenendo sì «*deseable llevar a cabo una regulacion juridica de un determinado sector de la actividad economica*», ma altresì necessaria «*una justificacion especifica de la criminalizacion de conductas*». V. altresì S. SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, 47.

CAPITOLO II

ALCUNI MODELLI PARADIGMATICI DI TECNICA LEGISLATIVA

SOMMARIO: 1. Un diritto penale a “due velocità”: rispetto dei principi penalistici *vs.* difesa sociale dal “nemico”. - 2. La seriazione dei beni giuridici: beni strumentali e beni finali economici in alcuni esempi paradigmatici. a) L’interesse al corretto accertamento tributario. b) La tutela della trasparenza societaria. c) La tutela del mercato del credito. - 3. Il modello ingiunzionale e la tutela di beni-funzioni. - 3.1. Le violazioni delle “regole del gioco” *all’ingresso*. L’abusivo esercizio dell’attività bancaria, finanziaria, assicurativa e di forma pensionistica. - 3.2. Le violazioni delle “regole del gioco” *nel corso della vita dell’impresa*. L’ostacolo alle funzioni di vigilanza e la violazione degli obblighi di collaborazione. - 3.3. Una breve nota in punto di omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali dei soggetti sottoposti a misure di prevenzione. - 4. Reati di pericolo concreto ad evento penalmente neutro. Il caso della manipolazione del mercato *ex art. 185 t.u.f.* - 5. Reati di mera infedeltà e moralizzazione delle relazioni commerciali. - 5.1. Venature eticizzanti della corruzione fra privati *ex art. 2635 c.c.* - 5.2. La violazione (mera) di uno standard etico nell’*insider trading ex art. 184 t.u.f.*

1. Un diritto penale a “due velocità”: rispetto dei principi penalistici vs. difesa sociale dal “nemico”.

L’utilizzo dell’espressione ‘diritto penale a due velocità’, per rappresentare la netta biforcazione a cui è andato incontro il diritto penale dalla seconda metà del Novecento, si deve a Giorgio Marinucci, che evocava, proprio in materia economica, la distonia fra un quasi immobile originario statuto penale dell’impresa e un frenetico diritto penale societario proprio di un’economia mista¹⁶⁸. La seconda velocità del diritto penale è quella porzione¹⁶⁹ che tenta di stare al passo con lo sviluppo economico e scientifico,

¹⁶⁸ G. MARINUCCI, *Gestione d’impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 425.

¹⁶⁹ Osserva come le due velocità siano topograficamente rappresentate dalla legislazione penale complementare, la cui parte più consistente è rappresentata da reati economici in senso lato, fra i quali spiccano le contravvenzioni, ovvero «il

e dunque con i nuovi fenomeni criminosi post-moderni, all'interno di una più ampia strategia preventiva fondata sulla costruzione di un reticolo di controlli preventivi volti a neutralizzare (o perlomeno ridurre) gli spazi di manovra per la commissione di lucrosi fatti illeciti.

Si è già avuto modo di evidenziare come determinati settori di cruciale importanza dell'economia siano ormai immersi in strutture connotate da una profonda complessità, tanto tecnica quanto fattuale, che esigono un apparato regolatorio e prescrittivo ad altrettanto elevato tasso di tecnicità e analiticità. Di qui l'affioramento in ambito penale di una prospettiva di tutela delle agenzie pubbliche, allo scopo di agevolarne i controlli, anziché proteggere in via immediata i beni giuridici di fattezze più tradizionali. Il diritto penale che ne emerge, ad andatura più sostenuta (e dunque ad operatività anticipata), diviene così «cerniera esterna»¹⁷⁰ dei modelli di intervento pubblicistico nell'economia, a tutela, dunque, indiretta dei beni finali. Si profila in tal senso un diritto penale sanzionatorio che si distingue in punto di tecnica legislativa per il ricorso abbondante ad elementi normativi che trovano specificazione in fonti regolamentari di settore o che hanno struttura negativa, nel senso che si risolvono nella mancanza di autorizzazione o nel mancato rispetto di una prescrizione o di un ordine amministrativo¹⁷¹. Addirittura è stato evidenziato come si sia andati oltre il meccanismo degli elementi normativi, essendo un vero e proprio formante amministrativo ad operare la selezione penalistica, a «preparare dal basso» la norma penale il cui contenuto viene talvolta riempito persino da prassi amministrative, con la conseguente inversione del naturale ordine 'norma di valutazione'/'norma precettiva'¹⁷².

E' stato tuttavia osservato come questo sia un fenomeno non espressivo della sola post-modernità, ma sia piuttosto un sistema tradizionale e ben collaudato che segna il «primato dell'antigiuridicità sulla tipicità»¹⁷³.

modello più tipico dell'amministrativizzazione del diritto penale» M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo dell'espansione del diritto penale economico*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, Giuffrè, 2006, 75.

¹⁷⁰ G. COCCO, *Beni giuridici funzionali*, cit., 173.

¹⁷¹ Cfr. C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., 32 ss.

¹⁷² M. DONINI, atti del convegno di Milano, 29 novembre 2019, in corso di pubblicazione.

¹⁷³ M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo dell'espansione del diritto penale economico*, cit., 72.

Frutto vero e proprio della contemporaneità è piuttosto quello schema in cui il *diritto penale* interviene *per primo* a stigmatizzare fatti irrilevanti civilisticamente o amministrativamente, proprio perché si considera che lo strumento extrapenale sia insufficiente (in quanto si temono danni di massa per interessi primari) e dunque la condotta diviene oggetto di divieto per la prima volta con la minaccia dello *ius terribile*¹⁷⁴.

A titolo esemplificativo, mentre sui fatti distrattivi descritti dalla fattispecie di bancarotta patrimoniale può cadere tanto la scure civilistica dell'azione revocatoria quanto l'esercizio dell'azione penale (il quale è peraltro talvolta prospettabile isolatamente, ad esempio perché l'atto di disposizione fuoriesce dal periodo sospetto richiesto per l'esercizio dell'autotutela civilistica), in settori differenti – rimodellati dal legislatore (anche comunitario) assai più di recente – quale quello del mercato del credito, assicurativo e mobiliare, vengono al contrario sanzionate talune condotte, come l'abusivismo (*infra* § 3.1), che nascono penali (v. altresì § 3.3.). Del pari il mercimonio delle proprie funzioni in senso a un'impresa privata, per mezzo dell'accettazione di denaro in cambio della violazione di un obbligo di fedeltà, *che non si risolve in un c.d. cartello*, se non si vuole dire che “nasce penale”, perché gli obblighi di fedeltà non nascono con l'incriminazione, si può certo dire che può assumere rilevanza soltanto penale (*infra* § 5.1), posto che la fattispecie incriminatrice dell'art. 2635 c.c. («corruzione tra privati») presenta una area di intervento maggiormente anticipata rispetto alla disciplina *antitrust* che stigmatizza le condotte sleali (artt. 2 e 3 l. n. 297/1990: «abuso di posizione dominante» e «intese restrittive della concorrenza»).

La seconda velocità del diritto penale può tuttavia essere letta dal diverso punto di vista di un potenziamento delle componenti strettamente repressiva e vendicativa del diritto penale quale strumento di lotta al “nemico”¹⁷⁵. L'anticipazione dell'intervento penale e la sua conseguente espansione – in antitesi strutturale rispetto al c.d. diritto penale nucleare o minimo – trova ragioni non solo fisiologiche, date dall'interventismo tipico

¹⁷⁴ M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo dell'espansione del diritto penale economico*, cit., 74, il quale evidenzia invero come non si tratti di una vera rivoluzione, dal momento che i reati di pericolo per la tutela di beni universali rappresentano da sempre una caratteristica di ampi settori del diritto penale.

¹⁷⁵ In questi termini F. MUCCIARELLI, *Diritto penale e attività bancaria. Aspetti problematici e spunti di riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5.

dello Stato sociale di diritto, ma anche patologiche ove «non sorretto da indagini empiriche sulla “tenuta” di sistemi o tecniche alternative a quelli penali»¹⁷⁶ e guidato al contrario dalle componenti irrazionali di istanze securitarie¹⁷⁷ che descrivono i tratti del diritto penale moderno/flessibile. I ‘tipi d’autore’ sono infatti anche quelli apparentemente più ordinari, gli operatori del mercato, che espongono a pericolo vittime indeterminate e sono per questo oggetto di una fitta rete di regole e di incriminazioni anticipate che qui si tenterà di analizzare attraverso il ricorso ad esempi paradigmatici.

L’aspetto e i contenuti di questa seconda velocità possono essere colti con chiarezza guardando alle figure del riciclaggio, dell’autoriciclaggio e dell’impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita. La prima velocità, ossia la tutela strettamente patrimoniale, è abbandonata in favore della protezione dell’ordine pubblico economico. Il patrimonio continua a dominare la scena, in quanto oggetto materiale del reato, ma acquisisce una dimensione pubblicistica¹⁷⁸. Nella attuale formulazione pare innegabile l’assenza di una tutela di un interesse a rilevanza patrimoniale: non si scongiura cioè (in una prospettiva statica) la pura e semplice consolidazione del profitto o (in una prospettiva più dinamica) l’alterazione della leale concorrenza (considerato che la consolidazione del profitto può inquinare il mercato in favore degli “operatori criminali” e a discapito di quelli probi). Ciò perché ricorre una clausola espressa di pericolosità («in modo da ostacolare l’identificazione della loro provenienza delittuosa») che fa emergere la (sola) protezione dell’amministrazione della giustizia.

Dall’intenzione dell’autore o meglio da una modalità della condotta, in cui vi è una compenetrazione inevitabile fra elemento oggettivo e soggettivo, si

¹⁷⁶ M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo dell’espansione del diritto penale economico*, cit., 76.

¹⁷⁷ F. MUCCIARELLI, *Diritto penale e attività bancaria*, cit. 5 parla di necessità del diritto penale di misurare le proprie strutture con l’età del populismo; parla invece di «populismo punitivo» L. FOFFANI, *Politica criminale europea e sistema finanziario: l’esempio degli abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 65 ss. Sul tema v. anche M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, Mucchi, 2019.

¹⁷⁸ V. A. MANNA, *Il bene giuridico tutelato nei delitti di riciclaggio e reimpiego*, in ID. (a cura di), *Riciclaggio e reati connessi all’intermediazione mobiliare*, Torino, Utet, 2000, 66, secondo il quale «la prospettiva tradizionale del patrimonio va(da) progressivamente espandendosi, sino a recepire, nel suo seno, profili indubbiamente pubblicistici di tutela, dovuti alla più recente legislazione».

desume la struttura dell'illecito, proiettata verso la seconda velocità del diritto penale dell'economia.

Lo stesso accade nell'esperienza statunitense, così come in quella portoghese e svizzera. Si richiede, infatti, rispettivamente uno specifico fine (i), «*to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law*»¹⁷⁹; (ii) «*com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal*»¹⁸⁰; o il compimento di (iii) «un atto suscettibile di vanificare l'accertamento dell'origine, il ritrovamento o la confisca di valori patrimoniali sapendo o dovendo presumere che provengono da un crimine o da un delitto fiscale qualificato»¹⁸¹.

Anche la formulazione francese, ancorché più succinta, lascia intendere come la mera capitalizzazione del profitto fuoriesca dalla fattispecie tipica, precisando che «*Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect*»¹⁸².

A conclusioni differenti si giunge invece considerando le fattispecie incriminatrici adottate in Spagna (art. 301 *Código penal*) e Germania (§ 261 *StGB*), ove è punibile anche il riciclaggio colposo. Nonostante la fattispecie di riciclaggio tedesca sia stata introdotta dal *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und andere Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität*, e nonostante il privilegio dell'autoriciclaggio sia caduto nel 2015 con il *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*, e dunque nell'ambito (in entrambi i casi) della lotta a forme certamente dolose di *money laundering*, si è voluto incriminare anche l'ipotesi colposa.

Il riciclaggio commesso per *imprudencia grave*, così come la *leichtfertige Geldwäsche*¹⁸³ perde, com'è evidente, quella proiezione finalistica di

¹⁷⁹ *Money Laundering Control Act*, § 1956.

¹⁸⁰ Art. 368a, co. 2 Codice penale portoghese.

¹⁸¹ Art. 305 *bis* Codice penale svizzero.

¹⁸² Art. 324-1 Codice penale francese.

¹⁸³ Si tratta peraltro dell'ipotesi che risulta statisticamente maggiormente applicata, stando ai dati riportati nello *Statistisches Bundesamt, Rechtspflege. Strafverfolgung, Fachserie 10*, 2014; l'ipotesi dolosa viene invece tacciata di ineffettività ad esempio da

“insabbiamento” del *paper trail*, divenendo fattispecie volta a punire il consolidamento del profitto e dunque – ritornando nella c.d. prima velocità del diritto penale – a proteggere i già menzionati interessi patrimoniali¹⁸⁴.

2. *La seriazione dei beni giuridici: beni strumentali e beni finali economici in alcuni esempi paradigmatici.* a) *L'interesse al corretto accertamento tributario.* b) *La tutela della trasparenza societaria.* c) *La tutela del mercato del credito.*

Si è visto come una forte anticipazione della tutela sia realizzata con lo strumento dei reati di pericolo (specie se astratto), così come attraverso fattispecie di apparente concreta lesione, apparente in quanto danneggiati risultano unicamente gli *interessi strumentali*, rimanendo invece l'*oggetto ultimo della tutela*, per così dire, sullo sfondo.

Il bene finale, dunque, qui esiste (a differenza di quanto si vedrà accadere con riferimento alla tutela di mere funzioni, *infra* § 3 ss.); cosa significhi però il ‘rimane sullo sfondo’ non appare chiaro: devono essere lesi tanto il bene strumentale quanto quello finale? L'uno deve risultare danneggiato e l'altro messo in pericolo? Integra la fattispecie la condotta che non sia idonea a porre in pericolo il bene finale, ancorché idonea a frustrare l'interesse strumentale?

Per tentare di fare chiarezza sul punto si possono qui prendere in considerazione tre ipotesi esemplificative di interessi strumentali, la cui esigenza di tutela è avvertita dal legislatore in funzione di ulteriori interessi (primari), i quali appaiono per verità cangianti nel tempo.

G. HELMERS, *Zum Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB): Beispiel einer rechtsprinzipiell verfehlten Strafgesetzgebung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2009, 509 ss.

¹⁸⁴ Per un'analisi comparata sul punto v. K. VOLK, *Aspetti dogmatici e politico-criminali della nuova legge tedesca anti-riciclaggio (§ 261 StGB)*, e E. BAGICALUPO, *Studio comparativo del diritto penale degli Stati membri della UE sulla repressione del riciclaggio o "lavaggio" di denaro illecitamente ottenuto*, in E. PALOMBI (a cura di), *Il riciclaggio dei proventi illeciti. Tra politica criminale e diritto vigente*, Napoli, Esi, 1996, (rispettivamente) 339 e 99; M. MAIWALD, *Profili problematici del riciclaggio in Germania e in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 369; G. TRAVAGLINO, *Riciclaggio: storia, comparazione, struttura*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 228 ss.; A. CASTALDO-M. NADDEO, *La normativa comunitaria e italiana sul riciclaggio: quali correzioni per una politica criminale efficace? (Un interessante raffronto con la legislazione argentina)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 313 e ss.

a) Un primo importante esempio è rappresentato dall'interesse al *corretto accertamento tributario*, che è dunque – a prima vista – un bene-funzione, di cui può rinvenirsi traccia fra le fattispecie incriminatrici contenute nel d.lgs. n. 74/2000. Occorre tuttavia chiedersi se il legislatore abbia richiesto, ai fini dell'integrazione dei fatti tipici ivi descritti, tanto la *lesione dell'interesse al corretto accertamento tributario* quanto *l'evasione del tributo*.

Nella più parte dei casi il legislatore del 2000 non ha inteso apprestare tutela alla funzione di accertamento in sé e per sé considerata, strutturando le fattispecie incriminatrici in modo tale per cui le violazioni tributarie a monte della dichiarazione restano prive di per sé di rilevanza penale. Si tratta di una disciplina tributaria che ha abbandonato le *rationes* che innervavano la previgente normativa (ossia quella contenuta nella l. n. 516/1982), la quale, punendo violazioni e non evasioni (o meglio, disobbedienze prodromiche che potevano dirsi solo sintomatiche di un'evasione sottostante), sotto la spinta dello slogan “manette agli evasori” e dell'esigenza di incrementare il gettito fiscale, aveva prodotto l'unico risultato di sovraccaricare la macchina giudiziaria¹⁸⁵, mostrando ben presto tutta la propria irrimediabile inefficacia nel combattere proprio l'evasione fiscale¹⁸⁶. Con la legge delega n. 205/1999 e il successivo d.lgs. n. 74/2000 si è assistito a un cambio di rotta¹⁸⁷, consistito nella incriminazione di sole condotte (salvo quanto subito si dirà) lesive del *bene finale* rappresentato dal *patrimonio dello Stato*, o più precisamente dalla *esatta e tempestiva percezione del gettito fiscale*. Di conseguenza il *corretto dispiegarsi della funzione della p.a.* (di accertamento del debito tributario in tutti i suoi elementi,

¹⁸⁵ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 12; G. SALCUNI, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., 675 ss.; F. GALLO, *Tecnica legislativa ed interesse protetto nei nuovi reati tributari: considerazioni di un tributarista*, in *Giur. comm.*, 1984, 279.

¹⁸⁶ Tale inefficacia si è mostrata in termini definitivi a fronte della valenza estintiva attribuita all'accertamento con adesione introdotto dal legislatore nel 1997 con il d.lgs. 218/1997 (v. sul punto A. PERINI, *Il delitto di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1259).

¹⁸⁷ S. FIORE, *Il caso del diritto penale tributario: da eccezione a paradigma? Osservazioni sul diritto penale com'è e come (forse) sarà*, in E. M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017, 534 ss.; R. CREPALDI, *Le recenti modifiche del diritto penale tributario: continua la strada verso il diritto penale della riscossione*, in *Giurisprudenza Penale*, 2017.

che diviene così esigibile¹⁸⁸) e, ancor prima, la *correttezza documentale* non sono altro che *beni strumentali*, la cui lesione non è da sola sufficiente per l'integrazione delle principali fattispecie di reato in materia.

Nello specifico, il *bene strumentale* (l'interesse al corretto accertamento fiscale) risulta *leso* nelle fattispecie di dichiarazione fraudolenta di cui agli artt. 2 e 3 d.lgs. 74/2000 (tale lesione pare in verità arrestarsi allo stadio del pericolo nell'ipotesi di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, richiedendo essa l'idoneità ad ostacolare e a indurre in errore l'amministrazione finanziaria, con espressioni tipiche dunque del *pericolo concreto*), così come risulta esserlo *il bene finale* (l'interesse alla corresponsione del gettito), in termini di *pericolo concreto* nell'ipotesi di cui all'art. 2 (che è fondata su un dolo specifico di offesa: il "fine di evadere le imposte sul reddito o sul valore aggiunto"), e in termini di *danno* in caso di utilizzo di altri artifici *ex art.* 3 (il quale è basato invece sul superamento delle soglie di cui alle lett. a) e b) e richiede pertanto l'avvenuta evasione).

Parimenti, il reato di dichiarazione infedele di cui all'art. 4, l'omessa dichiarazione di cui all'art. 5, così come gli omessi versamenti di cui agli artt. 10 *bis* e 10 *ter*, 10 *quater* richiedono, oltre alla lesione del bene strumentale, il *danno* per il *bene finale*, annoverando fra i propri elementi costitutivi proprio l'evasione dell'imposta¹⁸⁹.

Queste fattispecie rispecchiano pertanto quel prima menzionato cambio di filosofia che ha recato con sé il d.lgs. n. 74/2000, limitando il penalmente rilevante ai fatti direttamente lesivi degli interessi fiscali e abrogando i c.d. reati prodromici.

A tale cambio di rotta parrebbero tuttavia fare eccezione gli artt. 8 (emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti) e 10 (occultamento o distruzione di documenti contabili) d.lgs. cit..

L'emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti prescinde infatti dal conseguimento di un'effettiva evasione d'imposta ad

¹⁸⁸ Escludeva che esso potesse rappresentare l'oggetto della tutela per tutti quei reati tributari che non si sostanziavano nella trasgressione a un dovere di cooperazione con la p.a. già sotto il vigore della l. 4/1929 S. VINCIGUERRA, (voce) *Reato tributario*, in *Nss. dig. it.*, 1967, 1015.

¹⁸⁹ Opta invece per una ricostruzione in termini di mera messa in pericolo per il bene finale G. SALCUNI, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., 683.

opera del destinatario della fattura o di altro documento che attesti l'operazione in verità inesistente. Si ha *un'offesa al bene strumentale* attraverso una falsa rappresentazione della situazione reddituale e delle basi imponibili¹⁹⁰ che ostacola appunto lo Stato nell'esercizio della propria funzione di accertamento fiscale; non è viceversa necessario che la fattura falsa o l'altro documento vengano effettivamente utilizzati, con la conseguente notevole anticipazione della tutela per mezzo di un (vero e proprio?) reato prodromico¹⁹¹.

Oggetto di tutela diretta appare il bene strumentale del corretto accertamento tributario; tuttavia non pare versarsi qui nel campo della tutela di *mere-funzioni*¹⁹², ma al più in quello delle funzioni strumentali alla protezione di un bene finale, la quale viene sì fortemente anticipata ma non elimina il dato dello stretto rapporto esistente fra i bene-funzione e il bene-finale¹⁹³.

Infatti, l'interesse finale può essere scorto sullo sfondo e gli elementi della fattispecie devono far propendere per una qualificazione della stessa in termini di pericolo concreto. Nonostante la diversa opinione diffusa in giurisprudenza¹⁹⁴, il dolo specifico (il "fine di consentire a terzi l'evasione")

¹⁹⁰ R. ZANNOTTI, in E. MUSCO (a cura di), *Diritto penale tributario*, Milano, Giuffrè, 2002, 220.

¹⁹¹ P. VENEZIANI, *Emissione e utilizzo di fatture per operazioni inesistenti: asimmetrie dei modelli criminosi e forme di manifestazione del reato*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, Giappichelli, 2011, 629.

¹⁹² Qualifica, al contrario, stante l'assenza di tetti massimi di tolleranza penale, tanto l'art. 8 quanto l'art. 2 d.lgs. cit. come reati posti a tutela delle funzioni di controllo e di accertamento dell'Amministrazione finanziaria e non già del patrimonio dello Stato, che si porrebbe come *ratio* incriminatrice e non come interesse tutelato. E. INFANTE, in A. MANNA, *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., 784. Tale assenza dovrebbe tuttavia più propriamente far propendere per la natura di reato di pericolo, anziché di danno, delle fattispecie citate, che mirano pur sempre (ancorché attraverso una seriazione dei beni) alla tutela del patrimonio pubblico, stante lo specifico contenuto del dolo specifico il cui disvalore non può che riflettersi in una concreta idoneità delle condotte a (nel caso dell'art. 2) evadere le imposte sui redditi e sul valore aggiunto, e a (nel caso dell'art. 8) consentire ai terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto.

¹⁹³ Parla di rapporto alquanto stretto fra i beni posti in serie R. ZANNOTTI, *Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, in E. MUSCO (a cura di), *Diritto penale tributario*, Milano, Giuffrè, 2002, 174.

¹⁹⁴ Cfr. Cass. pen., sez. III, 13 maggio 2004, n. 26395 in *Il Fisco*, 2004, 7659, con nota di G. IZZO: «La emissione di fatture per operazioni inesistenti, già punita dall'art. 4 lett. d) del d.lgs. 10 luglio 1982 n. 429, convertito con legge 7 agosto 1982 n. 516, prevista dall'art. 8 del d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74, si configura come un reato

contiene l'intero disvalore del fatto (c.d. dolo specifico di offesa) che, come osservato *supra* cap. I § 2, deve far propendere per la concreta pericolosità della condotta (che deve dunque essere idonea e univocamente diretta all'evasione fiscale altrui)¹⁹⁵.

Anche il reato di occultamento o distruzione di documenti contabili *ex* art. 10 d.lgs. cit. non diverge dal paradigma della seriazione dei beni giuridici, per il quale è richiesta cioè sia la lesione dell'interesse al corretto accertamento tributario, sia la lesione dell'interesse alla riscossione del gettito (perlomeno in termini di pericolo come accade agli artt. 2 e 8); anche rispetto a tale norma incriminatrice non pare potersi parlare di tutela della mera funzione di accertamento. Si tratta certamente di una fattispecie dissonante rispetto ad un sistema che, negli intenti del legislatore, nasceva come incentrato sulla dichiarazione (e non su momenti ad essa strumentali) e sull'offesa a un bene giuridico materiale: il delitto di occultamento o distruzione si pone infatti al contrario come strumento di protezione immediata della trasparenza fiscale del contribuente¹⁹⁶ o (se vogliamo guardare al fenomeno dal punto di vista erariale) del pronto e regolare esercizio della funzione di accertamento della p.a.. Proprio il "fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di consentire l'evasione a terzi" previsto dalla norma permette tuttavia di replicare le medesime riflessioni operate con riferimento al reato di cui all'art. 8 in punto di necessarie caratteristiche della condotta e dunque sul piano della tipicità: non essendo richiesto l'evento di evasione si tratta di un reato di pericolo, che non perde cioè di vista, sul piano dell'offesa, l'interesse materiale finale di natura patrimoniale, e che richiede anzi la concretezza del pericolo¹⁹⁷ come sopra chiarito.

di pericolo astratto, atteso che mira a tutelare l'interesse dello Stato a non vedere ostacolata la propria funzione di accertamento fiscale anticipando la soglia dell'intervento punitivo rispetto al momento della dichiarazione ed essendo svincolata dal conseguimento di una effettiva evasione, punendo comportamenti propedeutici connotati da potenzialità lesiva del citato interesse erariale».

¹⁹⁵ Così A. LANZI-P. ALDROVANDI, *Manuale di diritto penale tributario*, Padova, Cedam, 2011, 262; F. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 2010, 48.

¹⁹⁶ A. TRAVERSI-S. GENNAI, *Diritto penale commerciale*, Padova, Cedam, 2012, 198.

¹⁹⁷ M. BOGGIANI, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, Torino, Utet, 875.

Da un lato la descritta modalità della condotta “in modo da non consentire la ricostruzione dei redditi o del volume d'affari” rende evidente che si tratta di un reato di danno con riferimento all'interesse immediato¹⁹⁸; dall'altro lato il dolo specifico volto all'evasione fiscale (propria o altrui) impone di considerarlo come reato di pericolo concreto per il bene mediato¹⁹⁹.

Tale distinzione non è mero esercizio di stile, ma è al contrario fondamentale per smascherare la tendenza giurisprudenziale ad espandere i confini della tipicità del reato in esame, travalicando i confini dei principi di legalità ed offensività²⁰⁰.

La giurisprudenza di Cassazione è difatti solita ascrivere al reato di occultamento o distruzione di documenti contabili natura di reato di pericolo, con riferimento tuttavia al (solo) interesse strumentale della trasparenza contabile²⁰¹, nel senso che, in caso di distruzione o occultamento parziale

¹⁹⁸ Così anche E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, Zanichelli, 2018, 277. Parla invece di pericolo concreto, non essendo richiesto che la condotta impedisca effettivamente all'amministrazione la ricostruzione dei redditi ma sia idonea ex ante ad impedirli G. FORTE, in A. MANNA, *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., 816. V. anche A. PERINI, (voce) *Reati tributari*, in *Dig. disc. pen.*, 950. Pare tuttavia trattarsi di un'interpretazione che si scontra col chiaro dato letterale: è richiesto infatti che la condotta sia tale da impedire la ricostruzione dei redditi o del volume d'affari e non già che la stessa impedisca, ostali o renda più gravosa detta ricostruzione. Né può giovare a tal fine un parallelismo con la fattispecie fallimentare della bancarotta documentale (unanimemente interpretata come reato di pericolo) stante la diversità del bene tutelato o, più esattamente, stante l'assenza in quest'ultimo caso di un bene intermedio (ove vi fosse il bene intermedio rappresentato dalla trasparenza contabile, esso dovrebbe dirsi certamente danneggiato e non soltanto messo in pericolo dalla condotta tipica, che deve essere tale da “non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari”).

¹⁹⁹ Così L.D. CERQUA, *Art. 10. Occultamento o distruzione di scritture contabili*, in I. CARACCIOLI-A. GIARDA-A. LANZI (a cura di), *Diritto e procedura penale tributaria*, Padova, Cedam, 2001, 305 s. e 332.

²⁰⁰ A. LANZI-P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Padova, Cedam, 2014, 298.

²⁰¹ *Ex multis*, Cass. pen., sez. III, 28 marzo 2018, n. 46049, in *Il Fisco*, 2018, 4168: «in tema di reati tributari, il delitto di occultamento o distruzione di documenti contabili di cui all'art. 10 del d.lgs n. 74 del 2000 costituisce un reato di pericolo concreto, che è integrato, nel caso della distruzione, dall'eliminazione della documentazione o dalla sua alterazione con cancellature o abrasioni, e, nel caso dell'occultamento, dalla temporanea o definitiva indisponibilità dei documenti, realizzata mediante il loro materiale nascondimento, configurandosi, in tale ultima ipotesi, un reato permanente».

deve essere accertato il rilevante grado di impossibilità di ricostruzione del reddito, mentre laddove la distruzione o l'occultamento siano totali (con conseguente ed inevitabile impossibilità assoluta di ricostruire il reddito soggetto ad imposta) è integrato di per sé l'elemento materiale del reato²⁰², senza che sia cioè necessario interrogarsi circa l'attitudine concreta della condotta ad evadere l'imposta, ossia a interferire col bene ultimo. Operazione questa che snatura la fattispecie, degradandola a reato posto a tutela di mere funzioni, relegando la finalità di evasione a solo atteggiamento della volontà colpevole anziché valorizzarla in punto di tipicità, nel senso che «condotta ed evento dovrebbero essere legate da “congruità finalistica”»²⁰³.

b) La tutela della *trasparenza societaria* richiama necessariamente alla mente le fattispecie di falso contabile di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., alla cui formulazione, rimasta per decenni invariata rispetto a quella originaria del codice del 1930, ha più volte messo mano il legislatore dapprima con la l. n. 61/2012, poi con la l. n. 262/2005 e da ultimo con la l. n. 69/2015.

Ne è emerso un percorso legislativo discontinuo, in termini inizialmente di arretramento dell'area di intervento penale, subito tuttavia rimeditato con l'introduzione di pene di una severità senza pari in ambito europeo²⁰⁴; e ciò non agevola l'indagine circa l'oggetto della tutela e il valore riconosciuto alla trasparenza dell'informazione societaria *tout court*.

Di particolare ampiezza risultava la fattispecie originaria²⁰⁵, che ricomprendeva come oggetto materiale qualsiasi comunicazione sociale (dunque tanto quelle obbligatorie quanto quelle facoltative), nonché una categoria particolarmente estesa di soggetti attivi e un riferimento assai generico alle “condizioni economiche della società”²⁰⁶. L'intervento penale

²⁰² In questi termini Cass. pen., sez. III, 18 aprile 2002, n. 20786, in *Cass. pen.*, 2002, 629.

²⁰³ M. BOGGIANI, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, cit., 883.

²⁰⁴ G. LUNGHINI, aub *art. 2621*, in E. DOLCINI-G. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 1827.

²⁰⁵ T. PADOVANI, *Una riforma difficile*, in *Leg. pen.*, 2002, 542.

²⁰⁶ Cfr. *ex multis* Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 1991, n. 1485, in *Giur. it.*, 1993, 448: «ai fini dell'integrazione del delitto di false comunicazioni sociali previsto dall'art. 2621 cod. civ., riguardano le “condizioni economiche della società” non solo l'entità delle poste da indicare nell'attivo e nel passivo del bilancio, ai sensi dell'art.

risultava così avanzato al punto da attribuire rilevanza a qualsivoglia invalidità, in un'ottica reputata da taluni di vera e propria moralizzazione del mercato²⁰⁷. La giurisprudenza reputava la norma abrogata come fattispecie plurioffensiva, volta cioè alla protezione di interessi eterogenei: il patrimonio dei soci o dei creditori, la trasparenza societaria e financo il mercato, l'economia e la fede pubblica²⁰⁸, nonché la liquidità finanziaria.

Siffatta ricostruzione giurisprudenziale è andata incontro a profonde e intuibili critiche: la plurioffensività alternativa rinuncia in radice all'individuazione di un'oggettività giuridica capace di assolvere a una funzione critica o anche solo sistematica della portata della fattispecie; il riferimento alla trasparenza societaria è poi sintomatico di una rinuncia alla individuazione di un bene preesistente rispetto alla creazione legislativa. Alla veridicità e alla completezza dell'informazione, come subito si dirà, andrebbe più propriamente riconosciuto un ruolo strumentale rispetto alla protezione di interessi materiali.

E' noto come con la riforma del diritto societario del 2002 si sia avuta una c.d. patrimonializzazione in chiave privatistica delle due norme incriminatrici in esame. Con l'introduzione di una «piramide punitiva» articolata in cinque livelli (il primo a rilevanza amministrativa, il secondo

2424 cod. civ., e i dati relativi ai risultati economici dell'esercizio ma anche tutti quegli elementi che sono rilevanti ai fini della valutazione della "potenzialità" economica della società. (Sulla scorta del principio di cui in massima la Cassazione ha disatteso l'assunto del ricorrente che sosteneva che l'omessa menzione nel bilancio della società dell'esistenza di un pegno sui beni propri non realizzava una falsità relativa alle "condizioni economiche della società" in quanto non alterava i risultati economici dell'esercizio).

²⁰⁷ Così F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2004, 146. V. altresì L. FOFFANI, *La tutela della trasparenza della proprietà azionaria come esempio di anticipazione dell'intervento penale nella disciplina del mercato finanziario*, in *Atti di IV congresso nazionale di diritto penale*, cit., 174 ss.

²⁰⁸ V. Cass. pen., sez. V, 6 dicembre 2000, n. 6889, Rv. 218270: «il delitto di falso in bilancio ha natura plurioffensiva, in quanto può ledere interessi eterogenei, sia interni, che esterni al rapporto sociale, restrittivamente inteso; pertanto la tutela sancita dalla legge, attesa la pluralità dei beni giuridici immediatamente protetti, riguarda, non solo la società, i soci *uti singuli*, i futuri soci, i creditori e, in genere, i terzi interessati, ma si estende all'interesse generale al regolare funzionamento delle società commerciali». Parlano di offensività ubiquitaria e di fantasia giurisprudenziale T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 2002, 1063 ss.; e A. MANGIONE, in E. MUSCO (a cura di), *Diritto penale tributario*, cit., 35.

contravvenzionale, i restati tre delittuosi di danno) il legislatore ha ricostruito il delitto di cui l'art. 2622 c.c. in termini di falso dannoso per la società, i soci o i creditori. Ciò aveva ragionevolmente fatto propendere per un deciso taglio rispetto al passato e in particolare rispetto alla passata plurioffensività, in favore di una nuova, più garantista – se non di sostanziale depenalizzazione – monoffensività incidente sul bene patrimonio, con l'abbandono della stiracchiabile trasparenza societaria. A tredici anni di distanza, tale identificazione dell'oggetto della tutela ha subito tuttavia lo stravolgimento della l. n. 69/2015, che ha apparentemente segnato un sensibile ritorno al passato ²⁰⁹, con l'espunzione del danno patrimoniale, il che porta inevitabilmente a domandarsi quanto possa dirsi davvero cambiato circa l'oggetto della tutela.

Valevole anche per le precedenti formulazioni è il rilievo che l'obbligo di adempiere al proprio dovere e di non abusare dei propri poteri altro non rappresenta che il negativo della condotta incriminata, e ciò deve portare a escludere che tali doveri di fedeltà possano assurgere a bene giuridico protetto (esterno al contegno criminoso): è la condotta a violare il bene giuridico e dunque la stessa non può coinciderci²¹⁰. Parimenti, l'interpretazione letterale delle fattispecie odierne non può attribuire alcun rilievo in termini di oggettività giuridica all'economia pubblica (che potrà essere al più ricondotto sotto l'etichetta – peraltro in parte fuorviante e di dubbia utilità pratica – di bene ultimo 'gigante' solo eventualmente toccato dalla condotta tipica²¹¹). Si deve più propriamente parlare di mero scopo della norma.

Ruolo centrale è invece da ascrivere alla *trasparenza dell'informazione societaria* e al *patrimonio societario*, i quali si pongono in un paradigmatico rapporto di seriazione.

Certamente nella versione *ante* 2015, quando cioè era richiesta per le ipotesi delittuose il danno patrimoniale, era chiaramente riconoscibile un rapporto di tal fatta: in primo piano era posto il patrimonio e in secondo piano (in chiave cioè meramente strumentale) la tutela della trasparenza societaria. Dinanzi al danno arrecato alla trasparenza, era altresì richiesto il danno per il patrimonio della società, dei soci o dei terzi (per l'integrazione dell'ipotesi

²⁰⁹ C. SANTORIELLO, *Il nuovo reato di falso in bilancio*, Torino, Giappichelli, 2015, 45.

²¹⁰ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., 219.

²¹¹ *Ibidem*.

contravvenzionale oltre alla lesione della trasparenza era invece sufficiente il pericolo di un'offesa patrimoniale²¹²).

L'eliminazione dell'elemento del danno patrimoniale ha portato taluni a ritenere modificato siffatto paradigma e, nella specie, a reputare il nuovo falso in bilancio come fattispecie di pericolo posta a tutela dell'interesse alla correttezza ed alla trasparenza dell'informazione societaria²¹³.

Tale ricostruzione non convince: il patrimonio societario non pare scomparso dall'orizzonte normativo, ma pare al contrario essersi posto sullo sfondo di fattispecie che non hanno perso un contenuto offensivo concreto. L'attuale formulazione infatti veicola chiaramente un pericolo concreto per i destinatari delle comunicazione: il "modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore" e il "fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto" illuminano il piano dell'offesa. Così come in passato, con riferimento all'ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 2621 c.c., si osservava come il fascio di interessi tutelato muovesse dal bene strumentale della trasparenza verso una concretizzazione dell'offesa (di pericolo, appunto, concreto) al patrimonio della società o dei soci proprio in virtù di quella finalità di ingiusto profitto che formava oggetto del dolo specifico²¹⁴, allo stesso modo può argomentarsi oggi sull'oggettività giuridica dei nuovi artt. 2621 e 2622 c.c.

²¹² Tale ricostruzione non ha trovato tuttavia l'accordo delle varie voci dottrinali: l'ipotesi contravvenzionale sarebbe infatti posta secondo taluni a tutela della sola trasparenza societaria.

²¹³ N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, Cedam, 2018, 78

²¹⁴ E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 2012, III ed., 134. *Contra* G. FLORA, *Metamorfosi del falso in bilancio*, cit., 2314, secondo il quale mancava una qualsiasi connotazione normativa di un dolo intenzionale di danno per i soci o i creditori che non poteva desumersi implicitamente dal fine di ingannare i soci o il pubblico e di profitto per sé o altri.

La consistenza patrimoniale dell'offesa propria anche dell'ipotesi contravvenzionale era stata altresì argomentata in ragione della previsione di soglie di rilevanza quantitativa del falso che si atteggiavano a «tipizzazione legale di soglie specifiche di potenzialità dannosa» (M. DONINI, *Abolitione criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. pen.*, 2002, 1247.

Essi richiedono sì il danno alla trasparenza, ma in funzione di tutela del patrimonio²¹⁵ il quale deve dunque essere non più danneggiato (come nelle false comunicazioni sociali in danno della società dei soci o dei terzi *ante* 2015) ma posto in pericolo. La tutela del patrimonio non può scolorire a mera *ratio* dell'incriminazione; anche quanti riconoscono protezione alla sola veridicità dell'informazione societaria, lo fanno ben distinguendo la stessa dalla mera trasparenza, volendo cioè sottolineare il *carattere funzionale* posseduto dalla corretta comunicazione dei dati identificativi dello stato di salute economico-finanziaria della società, dal momento che – si dice – l'informazione non è fine a sé stessa ma rappresenta la base delle determinazioni che il soggetto correttamente informato può assumere²¹⁶: il patrimonio insomma “esce dalla porta e rientra dalla finestra”.

c) L'idea del *corretto e fisiologico funzionamento del mercato del credito* come oggetto diretto di protezione penale si è profilata all'indomani della legge n. 198/1996 con cui è stato riformato il delitto di usura, attraverso l'eliminazione dall'ipotesi di cui al co. 1 dell'art. 644 c.p. di ogni precedente riferimento all'approfittamento dell'altrui stato di bisogno²¹⁷ e attraverso l'introduzione della soglia legale (modellata in base alle condizioni del mercato del credito²¹⁸)

²¹⁵ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., 219. Parla altresì di tutela della leale concorrenza e delle corretta gestione societaria S. SEMINARA, (voce) *Reati societari (profili generali)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, 818.

²¹⁶ G. FLORA, *Metamorfosi del falso in bilancio*, cit., 2317.

²¹⁷ Per una ricostruzione della precedente normativa v. M. BERTOLINO, *Le opzioni penali in tema di usura: dal codice Rocco alla riforma del 1996*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 774 ss.

²¹⁸ L'art. 2 l. 108/1996 prevede infatti ai commi 1 e 2 che: «1. Il Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione, corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale. 2. La classificazione delle operazioni per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie è

dell'interesse usurario. Le ragioni della riforma si ritrovano com'è noto nell'esigenza di superare le antiche difficoltà probatorie in punto di elemento soggettivo, nonché di contrastare un fenomeno diffuso tanto nella criminalità (specie organizzata) quanto penetrato oramai anche in seno all'impresa lecita (che i tassi bancari fossero frutto dell'arbitrio delle banche e non un prezzo fissato dal mercato²¹⁹ era ormai patrimonio comune da tempo).

Si è parlato a tal proposito di usura oggettiva o presunta, per distinguere la stessa dalla fattispecie residuale del co. 4 che mantiene invece il riferimento alla sproporzione rispetto alle condizioni economiche o finanziarie della vittima, nonché per sottolineare come il contenuto di disvalore risulti severamente svuotato, attraverso un impoverimento del precetto²²⁰, che si incentra ora sull'oggettivo superamento del tasso soglia. Agevole è notare come alla fattispecie paia così attribuita un'impronta pubblicistica e nella specie una funzione di sorveglianza e tutela del mercato creditizio nell'ottica di una più ampia protezione del sistema finanziario, con l'abbandono del dato patrimonialistico individuale (non si tratterebbe cioè più – nonostante la collocazione topografica – di un delitto contro il patrimonio mediante frode, essendo irrilevante che l'usurato abbia consapevolmente aderito alla pattuizione disponendo poi alle varie scadenze di liquidità sufficiente per far fronte alla corresponsione degli elevati interessi).

In altri termini, l'usura oggettiva pare attribuire oggi principale *tutela al mercato del credito* a dispetto del patrimonio individuale proprio perché prescinde dalla difficoltà finanziaria del mutuatario, il cui patrimonio potrebbe pertanto non risultare né danneggiato né posto in pericolo.

Va tuttavia segnalato come all'indomani della riforma la dottrina non sia apparsa concorde circa l'individuazione dell'interesse protetto: taluni hanno reputato immutato il bene giuridico, rappresentato sempre e comunque dal patrimonio dell'usurato, la cui difficoltà finanziaria diverrebbe oggetto di una

effettuata annualmente con decreto del Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi e pubblicata senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale».

²¹⁹ V. PLANTAMURA, (voce) *Usura*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 6135; A. MANNA, *La nuova legge sull'usura*, Torino, Utet, 1997, 69

²²⁰ R. RAMPIONI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 361.

presunzione assoluta²²¹; talaltri hanno riconosciuto invece alla fattispecie di nuovo conio natura plurioffensiva, tanto del patrimonio individuale quanto della libertà di autodeterminazione contrattuale²²², o anche, del corretto esercizio del credito²²³; talaltri ancora hanno ascritto all'usura oggettiva funzione di tutela del solo mercato creditizio²²⁴. In quest'ultima ipotesi, occorre peraltro valutare se l'aver accordato tutela al mercato del credito abbia fatto emergere un bene strumentale o piuttosto abbia dato vita a un reato di scopo, fondato sulla mera disobbedienza²²⁵, che non tutela alcun bene giuridico reale.

In altre parole, il corretto funzionamento del mercato dei prestiti è funzionale ad una corretta conservazione del patrimonio individuale? O era piuttosto, nella vecchia formulazione, il patrimonio individuale un bene strumentale rispetto al corretto andamento del mercato del credito? Se la prima opzione è vera, ora il patrimonio rimane sullo sfondo o scompare totalmente, essendo cioè irrilevante ai fini della tipicità del fatto che lo stesso non corra alcun pericolo?

A ben vedere pare innegabile il radicale mutamento di finalizzazione avutosi con la riforma del 1996 e l'abbandono del patrimonio individuale come oggettività giuridica: se davvero si vuole ancora intravedere il patrimonio nell'oggetto di tutela lo si deve rimeditare in termini di risparmio, investimento, patrimonio collettivo²²⁶. L'immutata rubrica e la persistente collocazione all'interno del Capo II del Titolo XIII del codice non può bastare a mantenere il patrimonio individuale quale oggetto di tutela diretta; né a ciò basta la necessità di una pattuizione, di una determinazione convenzionale del

²²¹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, Zanichelli, 2008, 222; D. MANZIONE, *Usura e mediazione creditizia*, Milano, Giuffrè, 1998, 74.

²²² F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, Cedam, 2009, 227 ss.

²²³ A. CRISTIANI, *Guida alle nuove norme sull'usura*, Torino, Giappichelli, 1996, 25 ss.

²²⁴ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 237 s. e 418 s.; F. MUCCIARELLI, *Disposizioni in materia di usura sub art. 1, legge 7 marzo 1996, n. 108*, in L.P., 1997, 514.

²²⁵ E' questa la tesi di A. GARGANI, *Usura semplice e usura qualificata. Osservazioni critiche sulla riforma del delitto di usura alla luce del paradigma carrariano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 80.

²²⁶ C. PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l'economia pubblica*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – problemi – prospettive*, Milano, Giuffrè, 1992, 351 ss.

corrispettivo usurario e non la semplice riscossione di un vantaggio usurario²²⁷. Ciò al più condurrebbe a reputare protetta la libertà di autodeterminazione e dunque il libero e consapevole esercizio dell'autonomia contrattuale, che è bene estraneo al patrimonio, salvo non volerlo intendere in una accezione personalistico-esistenziale²²⁸. Ma anche reputare protetta la libertà di autodeterminazione non convince appieno: solo lo stato di bisogno o comunque l'altrui approfittamento potevano valere a descrivere la natura artificiosa della cooperazione della vittima; eliminati tali riferimenti il fatto tipico può essere integrato anche da una consapevole e libera adesione da parte dell'usurato al patto usurario²²⁹.

Si può agevolmente sostenere che negli intenti del legislatore vi fosse quello di anticipare l'intervento penale tramite la creazione di una fattispecie di

²²⁷ Così R. RAMPIONI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 364. La persistente sussistenza del patrimonio quale bene giuridico protetto è stata argomentata anche alla luce dell'art. 3 D.M. 22 marzo 1997, il quale pone l'obbligo per le banche e gli intermediari finanziari di affiggere nei propri locali aperti al pubblico le tabelle riportanti il Tasso effettivo globale medio (Tegm) del trimestre in corso (V. PLANTAMURA, (voce) *Usura*, cit., 6135 ss.).

²²⁸ V. S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1988. Una dilatazione del patrimonio sino a ricomprendervi la libertà del consenso, intesa come autonoma determinazione alla volizione negoziale, si riscontra invero in giurisprudenza in tema di "truffa per assunzione" o in tema di truffa cui sia seguita la corresponsione del giusto prezzo (v. Cass. pen., sez. II, 25 settembre 2018, n. 55170 in *Ced.*: «in tema di truffa contrattuale, l'ingiusto profitto, con correlativo danno del soggetto passivo, consiste essenzialmente nel fatto costituito dalla stipulazione del contratto, indipendentemente dallo squilibrio oggettivo delle rispettive prestazioni; ne consegue che la sussistenza o meno della circostanza aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità deve essere valutata con esclusivo riguardo al valore economico del contratto in sé, al momento della sua stipulazione, e non con riguardo all'entità del danno risarcibile, che può differire rispetto al valore, in ragione dell'incidenza di svariati fattori concomitanti od anche successivi rispetto alla stipula, tra cui la decisione del *deceptus* di agire o meno in sede civile per l'annullamento del contratto».

²²⁹ Esattamente in questi termini, da ultimo Cass. pen., sez. II, 18 settembre 2019, n. 38551 in *www.ildirittoamministrativo.it*, la quale ha affermato che, ai fini dell'integrazione del delitto di usura, è sufficiente l'oggettiva usurarietà delle condizioni economiche stabilite dalle parti, con la conseguenza che non è necessario che l'agente abbia posto in essere una condotta volta ad indurre la persona offesa a dargli o promettergli interessi o altri vantaggi usurari, né vale ad escludere il reato l'aver la persona offesa volontariamente accettato tali condizioni o assunto, essa medesima, l'iniziativa di avviare le negoziazioni.

pericolo astratto, caratterizzata dalla sufficienza della conformità tra fattispecie concreta e fattispecie astratta e con la conseguente incriminazione di schemi di comportamento che l'esperienza reputa *iuris et de iure* idonei a incidere negativamente su interessi di natura collettiva²³⁰. L'usura oggettiva o presunta è innegabilmente indirizzata verso la tutela di beni di stampo pubblicistico, *al fine* però facilmente scorgibile *di tutelare gli interessi economici degli operatori che accedono al mercato finanziario*²³¹. Il mercato del credito appare allora come un bene strumentale alla tutela del bene-patrimonio (bene finale) il quale ha però un aspetto nuovo rispetto alla formulazione ante 1996: è il risparmio/investimento²³² ad essere oggetto di un pericolo astratto.

In questi termini ben si spiega il ricorso al pericolo astratto (ad una valutazione *ex ante* di pericolosità operata dal legislatore): trattandosi di bene collettivo la vera necessità è quella di salvaguardarlo non da singoli episodi (che potrebbero rivelarsi irrilevanti), ma da attacchi seriali (quali la diffusione a macchia d'olio di prassi usuarie sul mercato).

Non può sottacersi tuttavia il rischio che questa forte anticipazione della tutela incrimini la mera disobbedienza, la semplice trasgressione di un divieto, avendo smarrito un più tangibile referente materiale quale era il patrimonio individuale²³³.

Questa fattispecie incriminatrice mostra con evidenza la propria natura sanzionatoria (e ancillare) rispetto al precetto civilistico, fissato peraltro nel suo esatto contenuto per mezzo di un classico esempio di mediazione amministrativa: è la p.a., nello specifico il Ministero dell'economia e delle finanze, che, attraverso le rilevazioni trimestrali, individua il tasso effettivo globale medio da cui solo può trarsi il tasso soglia d'usura, secondo le regole di

²³⁰ C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., 33 s.

²³¹ D. PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale in materia economica*, in *Atti del IV Congresso nazionale di diritto penale*, cit., 10 ss.

²³² P. D'ANELLO, *Riciclaggio: dalla tutela penale del patrimonio individuale a quella dell'economia*, in *Arch. pen.*, 2012.

²³³ Si vedano sul punto le preoccupazioni di T. PADOVANI, *Prefazione* a D. MANZIONE, *Usura e mediazione creditizia*, Milano, Giuffrè, 1998, XI s.; V.N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, Liristi editore, 2008, 95; P. CAPOTI, *Usura presunta nel credito bancario e usura della legalità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 632.

cui all'art. 2, co. l. 108/1996. Si opera così, a livello sublegislativo, un bilanciamento fra ragioni dell'esercizio del credito e protezione dei singoli²³⁴.

Quanto viene tutelato non è però un bene-funzione in senso stretto, ma un criterio, una disciplina predisposta da un organo amministrativo deputato al controllo delle fonti di rischio²³⁵.

L'attività bancaria può essere senza dubbio annoverata fra quelle attività utili e dunque consentite, ma pericolose e perciò regolamentate, nella specie, attraverso la fissazione dei tassi soglia, per il cui rispetto l'ordinamento ricorre alla minaccia penale. Non è però una funzione di controllo quella tutelata: lo sarebbe se si incriminasse la scorretta comunicazione dei tassi d'interesse praticati (e di tutte le altre forme di remunerazione applicate) in sede di comunicazione alla Banca d'Italia in vista delle rilevazioni trimestrali.

Preme ripetere che non vi è più all'interno dell'usura presunta alcuna protezione diretta del patrimonio del singolo usurato, se non come titolare, fra i vari, del più ampio bene rappresentato dalla ricchezza collettiva.

Può scorgersi dunque un rovesciamento rispetto al consueto paradigma che vede un bene strumentale immateriale (quale era nell'esempio precedente la trasparenza societaria) funzionalizzato a un bene finale materiale (il patrimonio societario): si ha cioè la funzionalizzazione di una fattispecie criminosa, inserita fra i delitti contro il patrimonio, alla protezione di un bene di più ampie fattezze. E' del resto quanto accade anche con riferimento ai reati di riciclaggio e reimpiego che si inseriscono a pieno titolo all'interno di quella menzionata seconda velocità del diritto penale²³⁶ proteggendo non il patrimonio individuale (ancorché lo stesso ne costituisca l'oggetto materiale) ma l'ordine pubblico economico (ossia l'accertamento della responsabilità degli autori dei reati, da un lato, e la *par condicio* degli investitori, dall'altro)²³⁷.

²³⁴ P. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, Cedam, 1993, 37 s. 40 ss..

²³⁵ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 107.

²³⁶ G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 681 ss.; G. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 424 ss.

²³⁷ Individua quale bene strumentale l'identificabilità della provenienza delittuosa dei beni, quale bene intermedio l'amministrazione della giustizia e quale bene finale l'economia pubblica, intesa come mercato economico e della concorrenza

3. Il modello ingiunzionale e la tutela di beni-funzioni.

Una oramai importante fetta del diritto penale dell'economia sembra essere "andato oltre" la seriazione dei beni giuridici, ponendosi a baluardo delle pure e semplici "regole del gioco" su cui poggia il sistema economico, che divengono *oggetto non strumentale ma ultimo di tutela*. Vengono tutelate – attraverso un diritto penale sanzionatorio posto a chiusura dei sistemi extrapenali²³⁸ – le regole di accesso al mercato, le regole cui l'operatore è tenuto a conformarsi lungo la vita dell'attività economiche ed anche il rispetto degli obblighi di collaborazione con le autorità di controllo.

Diversamente da quanto accade nella seriazione dei beni giuridici, qui il vero bene finale è l'attività di mediazione della p.a. tradizionale e delle *Authorities*, le quali dettano regole elastiche e modificabili nel tempo: non vi è alcuna traccia di interessi patrimoniali, ma la semplice trasgressione della rete regolamentare. In altri termini, non si gradua la tutela, non la si anticipa, ma si muta prospettiva.

Non può dubitarsi che le condotte incriminate nell'ottica della tutela di beni-funzioni possano spesso ben figurare come lesive del sistema economico globalmente considerato. Le norme penali poste a tutela delle regole del gioco mirano, com'è noto, non a eliminare i rischi strutturalmente connessi a certe attività, ma ad evitare che il rischio fisiologico sia affiancato da ulteriori e più insidiosi, attribuibili alle scorrettezze degli operatori; attendere il danno si risolverebbe nell'adozione di uno strumento penale inutile, poiché ciò che solo può idoneamente proteggere tali beni (a natura diffusa) è una struttura preventiva volta a neutralizzare tempestivamente comportamenti disfunzionali²³⁹.

P. D'ANELLO, *Riciclaggio: dalla tutela penale del patrimonio individuale a quella dell'economia*, cit.

²³⁸ M. DONINI, (voce) *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, 1999, 277.

²³⁹ T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Atti del IV Congresso nazionale di diritto penale*, cit., 76 ss. L'Autore distingue tra regole del gioco poste a tutela della neutralità del mercato (a garanzia cioè dei profili organizzativi e delle tecniche operative) e regole del gioco poste a tutela dell'identità del medesimo (affinché cioè questo non risulti truccato), ritenendo l'accertamento delle prime sempre dipendente dal corretto e tempestivo esercizio dei poteri attribuiti all'autorità

Tuttavia la lesione menzionata assume contorni del tutto virtuali e soprattutto – ciò è quanto preme qui evidenziare per rimarcare la differenza rispetto ai beni strumentali – essa rimane estranea al fatto tipico, il quale non la pone neppure sullo sfondo. Plurime sono le figure che potrebbero a prima vista ricondursi sotto questo schema; occorre tuttavia considerarle partitamente per una più esatta classificazione.

La garanzia e la promozione della libertà di iniziativa economica passano attraverso interventi statuali (anche) restrittivi, non potendosi tale diritto costituzionale risolvere in una libertà indiscriminata, dovendo piuttosto consistere in una libertà disciplinata da “regole del gioco” che garantiscano un eguale accesso ad un mercato sano²⁴⁰. L’incriminazione della violazione di tali regole non deve perciò sconvolgere; si deve trattare tuttavia di regole (e, a monte, di condotte idonee a infrangerle) che funzionino «effettivamente come promozione e garanzia di libertà, e non come lacci o laccioli ingiustificati», in modo che oggetti ultimi della tutela penale siano «diritti e esigenze delle persone»²⁴¹.

3.1. Le violazioni delle “regole del gioco” all’ingresso. L’abusivo esercizio dell’attività bancaria, finanziaria, assicurativa e di forma pensionistica.

Con l’espressione abusivismo si fa riferimento all’esercizio di date attività senza il preventivo conseguimento di un provvedimento autorizzativo da parte della Pubblica Amministrazione. L’aver il legislatore fatto ricorso di fronte a tale fenomeno alla minaccia penale segna con chiarezza l’intenzione di rafforzare i vari presidi di controllo per il regolare esercizio di determinate attività, il cui svolgimento indiscriminato rappresenterebbe un’insidia per i beni di primaria importanza che vi risultano coinvolti (il risparmio, anche sotto forma assicurativa o previdenziale, l’equilibrio del libero mercato, *etc.*).

di controllo o di vigilanza, superando invece le seconde mere considerazioni di “corretto funzionamento” del mercato, attenendo a interessi di portata comune e generale (*ivi*, 87 s.)

²⁴⁰ Evidenzia come un mercato libero sia un mercato regolamentato D. PULITANÒ, *L’anticipazione dell’intervento penale*, cit., 12.

²⁴¹ D. PULITANÒ, *L’anticipazione dell’intervento penale*, cit., 13.

Si tratta del classico esempio di reati di pericolo astratto, in cui cioè non si prescinde dal pericolo, ma, piuttosto, il giudizio di pericolo è operato a monte dal legislatore. Ciò non priva tuttavia l'interprete di un potere di accertamento in concreto. *A monte*, infatti, può essere vagliata la correttezza della descrizione della situazione di pericolo, posto che, come si è già evidenziato, la condotta incriminata, da un lato, non può essere espressione di un diritto di libertà e, dall'altro, deve essere, secondo giudizi di idoneità generalizzanti, condizione d'insorgenza del pericolo. *A valle*, il giudice dovrà (anziché accertare la verifica del pericolo, come accade nelle ipotesi di pericolo concreto) valutare che il fatto sottoposto al suo giudizio appaia conforme al modello predisposto dal legislatore.

Le fattispecie di abusivismo del Testo Unico bancario sono incentrate sul mancato rilascio del provvedimento autorizzativo da parte della Banca d'Italia (per vero tale competenza è stata ad oggi attratta in capo alla Banca Centrale europea nell'ambito della costruzione dell'Unione bancaria europea²⁴²).

Nello specifico, l'art. 130 t.u.b. incrimina l'abusiva raccolta di risparmio tra il pubblico, l'art. 131 t.u.b. l'abusivo esercizio dell'attività bancaria, gli artt. 131 *bis* e *ter* t.u.b. l'abusiva emissione di moneta elettronica e l'abusiva prestazione di servizi di pagamento, mentre l'art. 132 t.u.b. incrimina l'esercizio abusivo di attività finanziarie. L'art. 140 *bis* t.u.b. incrimina poi l'abusivismo dell'agente in attività finanziaria e del mediatore creditizio.

Innegabilmente *oggetto di protezione* è la *funzione degli organi di vigilanza*; da revocare in dubbio è invece la rilevanza del risparmio, del regolare funzionamento del mercato. Certamente il controllo a cui sono assoggettate le

²⁴² Nel giugno 2012 la Commissione europea ha adottato una *road map* verso l'Unione bancaria europea, fra i cui pilastri figura il nuovo meccanismo unico di supervisione delle banche (accanto al meccanismo unico per la risoluzione delle crisi bancarie e al rafforzamento dei sistemi di garanzia dei depositi), il quale prevede l'assegnazione alla Bce di compiti di vigilanza prudenziale sulle banche dell'area euro. Ciò allo specifico fine di creare un sistema omogeneo di supervisione bancaria, volto a rafforzare la cooperazione tra le autorità nazionali di controllo, ma soprattutto a trasferire il controllo sulle banche ad un'istituzione sovranazionale che sia cioè lontana dall'influenza delle politiche nazionali, per un sistema bancario europeo più solido e stabile. Ad oggi, per adeguarsi al contenuto del Reg. UE 1024/2013 (cui è seguito poi il regolamento della Bce n. 468/2014), l'art. 14 t.u.b. attribuisce alla Banca centrale europea la competenza a rilasciare e revocare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, lasciando alla Banca d'Italia solo un potere di proposta.

attività menzionate è volto ad accertare la stabilità finanziaria (la c.d. sana e prudente gestione) dell'operatore del mondo bancario, nonché la sua adeguata preparazione professionale, in vista di una adeguata protezione e conservazione del patrimonio dei risparmiatori, che non sono così esposti ai rischi di un depositario (o comunque di un interlocutore finanziario) incapiente o tecnicamente inadeguato²⁴³. Alla riserva di attività è ricollegata dunque una cura dell'interesse pubblico²⁴⁴.

Da ciò non può tuttavia automaticamente dedursi, senza considerare la formulazione concreta della fattispecie, che la repressione dell'abusivismo, dunque dell'elusione di tale controllo, sia conseguentemente diretta a propria volta alla protezione di tale interesse.

Si è in dottrina sostenuto che si tratti di reati di pericolo astratto, dal momento che l'abusivismo viene punito «non già perché dall'esercizio senza autorizzazione derivi un'offesa sostanziale e determinata, ma soltanto perché da tale fatto si presume possa derivare un pericolo»²⁴⁵. Tuttavia che il risparmio debba essere posto in pericolo (seppur astratto, dunque non bisognevole di prova) non pare così scontato; si presenta al contrario spesso come scopo dell'incriminazione, restando all'esterno del fatto tipico²⁴⁶.

Il risparmio come bene finale, che eviterebbe la classificazione della fattispecie sotto l'etichetta di reato di mera disobbedienza, può emergere soltanto a fronte di richiami espressi o impliciti ad opera degli elementi

²⁴³ Per una ricostruzione di una triplice esigenza di tutela (del risparmio, del regolare funzionamento del mercato e del controllo dei flussi finanziari illeciti) v. R. ZANNOTTI, *La tutela dell'accesso al mercato nella prospettiva della lotta contro il riciclaggio: il caso dell'abusivismo*, in *Ind. pen.*, 2003, 925 ss.; cfr. altresì F. MOLITERNI, sub *art. 131 ter*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2018, 2211. La protezione del risparmio emerge anche in P. NUVOLONE, *Problemi di diritto penale bancario*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1976, 177.

²⁴⁴ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012, 316 ss.

²⁴⁵ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 367.

²⁴⁶ Diversamente è stato sostenuto che i reati di abusivismo bancario «non configurano un pericolo presunto e non sanzionano soltanto la violazione del precetto che prescrive l'autorizzazione (o l'iscrizione), ma si riferiscono ad una condotta che si estende nel tempo – si pensi al requisito della professionalità – e nello spazio: si pensi al requisito dell'organizzazione ed alla direzione pubblica della raccolta» (G. LOSAPPIO, *I reati di abusivismo e gli illeciti amministrativi imperniati sulla mancanza del consenso dell'autorità*, in G. BELLI-F. CONTENTO-A. PATRONI GRIFFI-M. PORZIO-V. SANTORO (a cura di), *Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, Zanichelli, 2003, 2198).

costitutivi del fatto tipico: ad esempio il riferimento all'esercizio effettivo di un'attività (che non si arresti alla mera sollecitazione) che sia diretta nei confronti del pubblico (dunque a un numero indeterminato *ex ante* di persone e non a un ristretta cerchia di interlocutori) e che abbia dunque il carattere della stabilità.

A monte, tale arricchimento del piano dell'offesa avviene con riferimento all'abusiva attività di raccolta del risparmio e all'abusiva attività bancaria (art. 130 e 131 t.u.b.), nonché con riferimento all'abusivismo finanziario *ex art.* 132 t.u.b., i quali paiono richiedere non il compimento di semplici atti di raccolta del risparmio (connessi o meno all'esercizio del credito) o singole operazioni finanziarie, ma la reiterazione di condotte (un'attività appunto ²⁴⁷) a carattere diffuso, proprio perché rivolte al pubblico²⁴⁸.

Il predetto arricchimento del profilo offensivo è tuttavia avversato da copiosa giurisprudenza che esclude la necessità di una pluralità di condotte ed anche dei requisiti dell'organizzazione e della professionalità perché possa dirsi integrato il reato di abusivismo finanziario di cui all'art. 132 t.u.b.²⁴⁹.

²⁴⁷ Dal riferimento all'attività, e non al semplice atto, trae i requisiti della reiterazione, abitualità e sistematicità R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 376.

²⁴⁸ Così E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, rist. 2019, 420. La necessità di una pluralità di atti può desumersi dallo stesso tenore letterale dell'art. 11 t.u.b. che qualifica l'attività bancaria in termini abituali.

²⁴⁹ V. Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2009, n. 7986, in *Ced*: «integra il reato previsto dall'art. 132 D.Lgs. n. 385 del 1993 (esercizio abusivo dell'attività finanziaria) l'erogazione anche di un solo finanziamento in violazione dell'obbligo di iscrizione negli elenchi di cui agli artt. 106 e 113 dello stesso D.Lgs., non essendo richiesta una stabile organizzazione né una specifica professionalità»; di pari tenore Cass. pen., sez. V, 14 dicembre 2001, n. 1628, in *Ced*: «per la configurabilità del reato previsto dall'art. 132 D.Lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (esercizio abusivo dell'attività finanziaria) è sufficiente l'erogazione anche di un solo finanziamento in violazione dell'obbligo di iscrizione negli elenchi di cui agli artt. 106 e 113 del T.U. e che tale finanziamento sia rivolto ad una cerchia anche ristretta di persone. Infatti il reato non richiede per il suo perfezionamento né l'abitualità né che l'offerta sia rivolta al pubblico».

Tale posizione è stata tuttavia negata da altre pronunce; v. Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2009, n. 7986, Rv. 246148, in *Ced*: il reato di esercizio abusivo dell'attività finanziaria (art. 132 D.Lgs. n. 385 del 1993) è un reato di pericolo, eventualmente abituale ed è commesso sia da chiunque, all'interno di una struttura di carattere professionale, realizzi una o più delle attività previste dall'art. 106 t.u.b.

Dubbi su di un concreto substrato offensivo per il risparmio possono nutrirsi con riferimento ai reati di cui agli artt. 131 *bis* e 131 *ter* t.u.b., rispetto ai quali sembra bastare, rispettivamente, che un solo individuo abbia avuto concreta disponibilità di moneta elettronica e che sia stato prestato anche un solo servizio di pagamento²⁵⁰.

Necessariamente più articolata è invece la riflessione relativa all'art. 166 t.u.f. che incrimina diverse tipologie di abusivismo nell'ambito del mercato mobiliare: 1) l'esercizio abusivo di servizi o attività di investimento (co. 1, lett. a)); 2) l'esercizio abusivo dell'attività di gestione collettiva del risparmio (co. 1, lett. a)); 3) l'esercizio abusivo di offerta in Italia di quote o azioni di OICR (co. 1, lett. b)); 4) l'esercizio abusivo di offerta (sotto forma di promozione o collocamento) fuori sede di strumenti finanziari o di servizi di investimento (co. 1, lett. c)); 5) l'esercizio abusivo dell'attività di promotore finanziario (co. 2).

Quanto alle ipotesi *sub* 1) e 2) va subito osservato che si tratta di attività svolte in modo continuativo, con il carattere dunque della professionalità, e nei confronti del pubblico; infatti, da un lato, oggetto di riserva di attività è il solo esercizio professionale nei confronti del pubblico dei servizi d'investimento, come espressamente stabilito dall'art. 18 t.u.b., dall'altro, la gestione collettiva è inequivocabilmente la gestione "di massa" (altrimenti non sarebbe

senza essere iscritto nell'elenco previsto dal medesimo articolo, sia da chiunque compia le predette operazioni protratte nel tempo, collegate da un nesso di abitudine, pur senza essere esponente di un'organizzazione professionalmente strutturata; ipotesi, quest'ultima, in cui il reato abituale deve considerarsi strutturato in una condotta unica della quale la ripetizione di una o più delle attività previste dall'art. 106 t.u.b. costituisce requisito essenziale. (In applicazione di questo principio la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha affermato la responsabilità, in ordine al reato di cui all'art. 132 D.Lgs. n. 385 del 1993, di un direttore di banca il quale aveva svolto le attività finanziarie previste dall'art. 106 TUB, nei confronti del pubblico, abusando delle proprie funzioni e competenze, in un contesto di individuale scelta trasgressiva, con più modalità e con più beneficiari, fino a costituire una "banca alternativa").

²⁵⁰ A. MIRIELLO, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, cit., 566 ss.; sul difetto di qualsiasi riferimento alla nozione di 'pubblico' v. V. LEMMA, *sub art. 131 bis*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 2555.

collettiva)²⁵¹. Di qui l'irrilevanza penale delle condotte sporadiche od occasionali²⁵².

La condotta *sub* 3) viceversa, risolvendosi nella pura e semplice offerta (non al pubblico), può dirsi integrata anche da un unico atto di invito, in qualsiasi forma, ad un singolo individuo²⁵³. L'ipotesi qui indicata al numero 4) si articola invece in due condotte alternative: la mera promozione (ossia quell'attività volta a stimolare l'acquisto del singolo investimento²⁵⁴) o il vero e proprio collocamento (che si perfeziona col versamento del prezzo ad opera del cliente). E' agevole in tali fattispecie ravvisare l'incriminazione di condotte meramente prodromiche, fondata sul mero dato formale dell'assenza di autorizzazione il che potrebbe far propendere per la natura di reato-ostacolo, di reato di mera disubbidienza.

L'ultima fattispecie, posta al co. 2 dell'art. 166 t.u.f., che incrimina il promotore finanziario abusivo, si riempie di contenuto alla luce dell'art. 31 t.u.f. che qualifica il promotore come colui che, in qualità di dipendente, agente o mandatario, esercita professionalmente l'offerta fuori sede. Non deve trattarsi di un'attività sporadica ma appunto caratterizzata dalla professionalità (salvo dover ribadire quanto appena detto in relazione alla natura fortemente

²⁵¹ P. LUCARELLI, *sub art. 166*, in C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Il testo Unico della intermediazione finanziaria. Commentario al D.lgs. 24 febbraio 1998*, Milano, Giuffrè, 1998, 909; S. SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Milano, Monduzzi, 2000, 603.

²⁵² V. NAPOLEONI, *sub art. 166*, in M. FRATINI-G. GASPARRI (a cura di), *Il testo unico della finanza*, Torino, Utet, 2012, 2202 s.

²⁵³ V. NAPOLEONI, *sub art. 166*, *cit.*, 2207, il quale evidenzia invero come anche una singola ipotesi di offerta sia connotata già di per sé da una sufficiente potenzialità offensiva degli interessi tutelati, ossia il corretto andamento del mercato e gli interessi patrimoniali degli investitori. Tuttavia può notarsi come anche le quote o le azioni di OICR altro non siano altro che strumenti finanziari, che sono ricompresi nella lett. precedente del medesimo art. 166 t.u.f., per cui risulta incomprensibile perché solo con riferimento a tali quote o azioni il legislatore si accontenti di un singolo atto isolato, mentre per riconoscere idoneità offensiva richiede alla lettera precedente l'esercizio di un'attività sistematica e continuativa.

²⁵⁴ M. SEPE, *I servizi di investimento*, in L. LACAITA-V. NAPOLEONI (a cura di), *Il testo unico dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 1998, 35 s.

prodromica della mera promozione) ed intervenuta in assenza di regolare iscrizione all'albo professionale²⁵⁵.

L'abusivismo conosce infine ulteriori esempi all'art. 305 d.lgs 209/2005 (abusivo esercizio dell'attività assicurativa) e all'art. 19 *bis* d.lgs. 252/2005 che incrimina invece l'esercizio abusivo di attività di forma pensionistica. Si tratta sempre di norme penali di chiusura, che incriminano la violazione della riserva di dette attività in favore dei soggetti autorizzati dalle Autorità di vigilanza competenti (l'Ivass e la Covip). Il riferimento in entrambi i casi all'attività e non al compimento di singoli atti permette di replicare quel riscontro di capacità offensiva di cui si è prima detto²⁵⁶.

Nelle ipotesi in cui si è riscontrata l'assenza di un arricchimento del profilo offensivo (essendo sufficiente un singolo episodio, ovvero perché trattasi di condotte prodromiche o destinate a un drappello ristretto di interlocutori) il solo elemento dirimente – a fronte di una condotta penalmente neutra – è rappresentato dalla violazione dell'obbligo formale di autorizzazione o iscrizione: *esclusiva* è dunque *la garanzia delle funzioni amministrative di controllo*, mentre la tutela dell'affidabilità del mercato per la protezione di risparmiatori/investitori non può dirsi neppure posta sullo sfondo, e, pertanto, la funzione amministrativa è in questi casi classificabile come mera funzione e non come funzione-strumentale.

Ebbene, anche nei casi in cui il fatto tipico sembra nutrito di elementi tali da far ricomparire (ancorché magari flebilmente) gli interessi materiali che fanno capo ai risparmiatori/investitori, occorre tuttavia valutare il peso da ascrivere al provvedimento amministrativo (che in concreto manca). In tutte le ipotesi menzionate il provvedimento amministrativo è – come anticipato – chiaramente posto a tutela della ricchezza collettiva, in quanto atto a saggiare il possesso dei requisiti di capacità, correttezza e del necessario *know how*²⁵⁷.

²⁵⁵ Sull'estraneità alla fattispecie delle trasgressioni delle prescrizioni regolanti l'attività (diverse da quelle fondanti l'obbligo di iscrizione), come la violazione del "monomandato" v. V. VALENTINI, *Brevi osservazioni in tema di abusivismo del promotore finanziario*, in *Cass. pen.*, 2004, 1960 ss.

²⁵⁶ P. SORBELLO, *L'abusivismo assicurativo fra tipo legale ed (in)applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 1141; F. CATULLO, *Gli interessi in gioco nella fattispecie di esercizio abusivo dell'attività dei fondi pensione*, in *Riv. pen.*, 2002, 1033 ss.

²⁵⁷ Art. 14 t.u.b.: «L'autorizzazione all'attività bancaria è rilasciata quando ricorrano le seguenti condizioni: a) sia adottata la forma di società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata; a-bis) la sede legale e la

direzione generale siano situate nel territorio della Repubblica; b) il capitale versato sia di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia; c) venga presentato un programma concernente l'attività iniziale, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto; d) sussistano i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione prevista dall'art. 19 per i titolari delle partecipazioni ivi indicate; e) i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo siano idonei, ai sensi dell'art. 26; f) non sussistano, tra la banca o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che ostacolano l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza. 2. L'autorizzazione è rilasciata dalla BCE, su proposta della Banca d'Italia; è negata, dalla Banca d'Italia o dalla BCE, quando dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 non risulti garantita la sana e prudente gestione. 3. Non si può dare corso al procedimento per l'iscrizione nel registro delle imprese se non consti l'autorizzazione del comma 1. (...)».

Art. 26 t.u.b.: «1. I soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche devono essere idonei allo svolgimento dell'incarico. 2. Ai fini del comma 1, gli esponenti devono possedere requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza, soddisfare criteri di competenza e correttezza, dedicare il tempo necessario all'efficace espletamento dell'incarico, in modo da garantire la sana e prudente gestione della banca. 3. Il Ministro dell'economia e delle finanze, con decreto adottato sentita la Banca d'Italia, individua: a) i requisiti di onorabilità omogenei per tutti gli esponenti; b) i requisiti di professionalità e indipendenza, graduati secondo principi di proporzionalità; c) i criteri di competenza, coerenti con la carica da ricoprire e con le caratteristiche della banca, e di adeguata composizione dell'organo; d) i criteri di correttezza, con riguardo, tra l'altro, alle relazioni d'affari dell'esponente, alle condotte tenute nei confronti delle autorità di vigilanza e alle sanzioni o misure correttive da queste irrogate, a provvedimenti restrittivi inerenti ad attività professionali svolte, nonché a ogni altro elemento suscettibile di incidere sulla correttezza dell'esponente; e) i limiti al cumulo di incarichi per gli esponenti delle banche, graduati secondo principi di proporzionalità e tenendo conto delle dimensioni dell'intermediario; f) le cause che comportano la sospensione temporanea dalla carica e la sua durata. 4. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze possono essere determinati i casi in cui requisiti e criteri di idoneità si applicano anche ai responsabili delle principali funzioni aziendali nelle banche di maggiore rilevanza. 5. Gli organi di amministrazione e controllo delle banche valutano l'idoneità dei propri componenti e l'adeguatezza complessiva dell'organo, documentando il processo di analisi e motivando opportunamente l'esito della valutazione. In caso di specifiche e limitate carenze riferite ai criteri previsti ai sensi del comma 3, lettera c), i medesimi organi possono adottare misure necessarie a colmarle. In ogni altro caso il difetto di idoneità o la violazione dei limiti al cumulo degli incarichi determina la decadenza dall'ufficio; questa è pronunciata dall'organo di appartenenza entro trenta giorni dalla nomina o dalla conoscenza del difetto o della violazione sopravvenuti. Per i soggetti che non sono componenti di un organo la valutazione e la pronuncia della decadenza sono effettuate dall'organo che li ha nominati. 6. La Banca d'Italia, secondo modalità e tempi da essa stabiliti, anche al fine di ridurre al minimo gli oneri gravanti sulle

Tuttavia la mancanza di detta autorizzazione o iscrizione non può da sola significare e dunque equivalere alla mancanza dei requisiti necessari per ottenerla. Il tema che viene così in rilievo è quello ampiamente dibattuto del provvedimento amministrativo come elemento della fattispecie che risulti mancante in concreto senza che risultino tuttavia mancanti i presupposti per una sua emissione²⁵⁸.

A valle, se davvero le fattispecie si proponessero di tutelare beni materiali (a valenza individuale o collettiva) non potrebbe dirsi integrato il reato laddove l'attività oggetto di riserva sia stata esercitata *da un soggetto pur dotato dei requisiti fissati dalla disciplina di settore o comunque in modo tale da risolversi in termini favorevoli per il risparmiatore o investitore*²⁵⁹. E invero questo, com'è noto, non accade²⁶⁰: per cui l'interesse ultimo non può che figurare come l'interesse al corretto esercizio di una funzione (di vigilanza).

Tant'è che il punto dirimente è la presenza (o l'assenza) del provvedimento, senza che vi sia alcun riferimento alla legittimità dello stesso (estendere la fattispecie alle ipotesi in cui l'autorizzazione sia stata ottenuta, ma risulti viziata, significherebbe forzare il dato letterale attribuendo al giudice il potere di accertare un elemento – l'illegittimità del provvedimento – estraneo al fatto tipico²⁶¹). Il bene protetto, di pura creazione legislativa e che coincide

banche, valuta l'idoneità degli esponenti e il rispetto dei limiti al cumulo degli incarichi, anche sulla base dell'analisi compiuta e delle eventuali misure adottate ai sensi del comma 5. In caso di difetto o violazione pronuncia la decadenza dalla carica».

²⁵⁸ G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996; N. MAZZACUVA, *Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza in sede penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 774 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, in *Quad. pen.*, 2002, *passim*.

²⁵⁹ Se può risultare fantasioso che l'attività bancaria venga esercitata da soggetti dotati dei requisiti di cui agli artt. 14 e 19 t.u.b., che tuttavia si dimentichino di richiedere la debita autorizzazione, maggiormente aderente alla realtà è l'ipotesi in cui un soggetto si renda autore di un collocamento abusivo a distanza (art. 166, co. 1, lett. c)) avente ad oggetto un contratto di investimento che si riveli ampiamente vantaggioso per il cliente.

²⁶⁰ Cfr. V. NAPOLEONI, sub *art. 166*, cit., 2193, il quale evidenzia come la norma incriminatrice esaminata non sanziona chi esercita l'attività oggetto di riserva senza possedere i requisiti di legge, ma coloro i quali, pur possedendoli, si sottraggono al controllo dell'autorità di vigilanza.

²⁶¹ Così F. BRICOLA, *Il diritto penale del mercato finanziario*, in *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, Giuffrè, 1993, 39.

con il contenuto della prescrizione, a cui pertanto non preesiste, è allora ancor di più *il solo controllo ad opera dell'autorità di vigilanza di settore* che è comunque garantito in presenza di un provvedimento illegittimo (un controllo vi è comunque pur stato); salvo che il vizio che inficia l'atto sia talmente radicale da escludere che le funzioni di controllo siano state nel concreto esercitate²⁶².

Si tratta di una struttura diffusa, perché in grado di offrire tutti i vantaggi di una fattispecie strettamente formale, ed adottata infatti non soltanto dal nostro ordinamento. Si pensi alla formulazione esemplare della norma definitoria contenuta nel § 330d StGB²⁶³, che in materia di reati ambientali dà rilevanza penale alla violazione, tra i vari, di un provvedimento amministrativo esecutivo (*einem vollziehbaren Verwaltungsakt*), di una condizione direttamente esecutiva di esso (*einer vollziehbaren Auflage*) o di un "contratto ad oggetto pubblico" sostitutivo di un provvedimento amministrativo (*einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, soweit die Pflicht auch durch Verwaltungsakt hätte auferlegt werden können*). Anche qui è evidente che si tratta della protezione del potere amministrativo in sé e per sé considerato, posto che al mancato ottenimento dell'autorizzazione è espressamente equiparato l'ottenimento di essa a seguito di *Drohung, Bestechung* o *Kollusion*, oppure mediante *unrichtige oder unvollständige Angaben* (il che frustra comunque, com'è evidente, data funzione).

Tornando a quanto detto in relazione all'esercizio abusivo di attività riservate, non si può controbattere affermando che, dal possesso dei requisiti non discende automaticamente l'emissione del provvedimento autorizzativo; al contrario il possesso degli interessi determina *ex se* l'insorgere di un interesse legittimo pretensivo cui fa da contraltare un potere amministrativo vincolato, dovendo l'autorizzazione essere concessa a chiunque possieda i requisiti di legge senza che permanga alcun potere discrezionale in capo all'autorità

²⁶² A. MIRIELLO, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, cit., 564.

²⁶³ Ai co. 4 e 5 si legge che: «*eine verwaltungsrechtliche Pflicht: eine Pflicht, die sich aus a) einer Rechtsvorschrift, b) einer gerichtlichen Entscheidung, c) einem vollziehbaren Verwaltungsakt, d) einer vollziehbaren Auflage oder e) einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, soweit die Pflicht auch durch Verwaltungsakt hätte auferlegt werden können, ergibt und dem Schutz vor Gefahren oder schädlichen Einwirkungen auf die Umwelt, insbesondere auf Menschen, Tiere oder Pflanzen, Gewässer, die Luft oder den Boden, dient; Ein Handeln ohne Genehmigung, Planfeststellung oder sonstige Zulassung; auch ein Handeln auf Grund einer durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Genehmigung, Planfeststellung oder sonstigen Zulassung*».

competente, cui non è più ad oggi consentito far valere controinteressi di politica monetaria²⁶⁴.

Le fattispecie sin qui esaminate non ruotano infatti intorno alla carenza dei requisiti per l'iscrizione/autorizzazione²⁶⁵ (che legittimerebbe sì la considerazione delle funzioni di vigilanza come bene strumentale in vista della tutela del risparmio dei cittadini o della concorrenza tra privati) ma alla mancanza *tout court* di queste ultime, con esclusione pertanto di qualsivoglia altro bene (preesistente rispetto alla norma), diverso dalla mera funzione, dal panorama dell'oggettività giuridica.

Tale conclusione va tuttavia forse rimodulata con riferimento alle sole fattispecie di abusivismo bancario: solo in questi casi il possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità da parte degli esponenti aziendali della c.d. banca di fatto (ossia della banca che non abbia ottenuto l'autorizzazione) non può escludere il ricorrere di un' idoneità offensiva nei confronti del bene-risparmio ove un'effettiva attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito sia realizzata. Ciò perché l'abusivismo, e dunque la natura sommersa dell'attività bancaria, non permette secondo i più²⁶⁶ la copertura, garantita invece per le banche autorizzate, ad opera del meccanismo di garanzia dei depositi nonché del meccanismo di risoluzione unico delle crisi bancarie; misure, predisposte dal diritto dell'Unione europea, che introducono strumenti omogenei di protezione degli interessi dei depositanti e la sottrazione alla disciplina ordinaria della crisi d'impresa²⁶⁷. Ciò non pare acquisire rilievo laddove l'attività sia intrapresa da soggetto ampiamente solvibile.

²⁶⁴ V. TROIANO, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, Cedam, 2015, 324 e A. MEYER, *La tutela penale dell'accesso*, in A. MEYER-L. STORTONI (coord. da), *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, Torino, Uter, 2002, 115.

²⁶⁵ L. PISTORELLI, *La fattispecie di abusivismo nell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 1053.

²⁶⁶ Diffusamente S. BONFATTI, sub *art. 80*, in G. BELLIF. CONTENTO-A. PATRONI GRIFFI-M. PORZIO-V. SANTORO (a cura di), *Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit. 1272 ss.; ID., *La liquidazione coatta delle banche e degli intermediari in strumenti finanziari. Presupposti soggettivi ed oggettivi*, Milano, 1998, 24 ss.

²⁶⁷ La *banking union* poggia sulla Direttiva BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*) Dir. 2014/59/UE, a cui si è data attuazione con i d.lgs. n. 180 e 181/2015, e sul Reg. n. 806/2014, istitutivo del *Single resolution mechanism*, del *Single resolution fund* e del *Single resolution board*. Complessivamente vengono delineati degli interventi in via preventiva, o comunque ai primi segnali di difficoltà delle banche autorizzate,

3.2. *Le violazioni delle “regole del gioco” nel corso della vita dell’impresa. L’ostacolo alle funzioni di vigilanza e la violazione degli obblighi di collaborazione.*

La tutela di mere funzioni non emerge soltanto al momento dell’ingresso degli operatori economici nel mercato, ma potrebbe profilarsi anche lungo la vita dell’attività economica attraverso, anzitutto, il grimaldello dell’art. 2638 c.c. (“Ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza”), che, a seguito della riforma avutasi con la l. n. 61/2002, con la sua portata generale e unificante²⁶⁸ punisce le condotte che siano in vario modo di ostacolo alle funzioni delle (genericamente indicate come) autorità pubbliche di vigilanza. A tale previsione si accompagnano poi talune altre fattispecie che ricalcano il c.d. modello ingiunzionale, imperniate cioè sulla violazione degli obblighi di collaborazione e sull’inottemperanza agli obblighi di comunicazione alle autorità di settore (perlopiù in tema di omessa comunicazione di partecipazioni ‘rilevanti’ alla Banca d’Italia, alla Consob, all’Ivass e alla Covip): si pensi agli artt. 139, co. 2 e 140 t.u.b., ma anche agli artt. 169 e 174, co. 1 t.u.f., all’art. 16, co. 2 l. n. 20/1998 e all’art. 18 *bis* d.lgs. n. 124/1993.

attraverso piani di risanamento (artt. 69 quater ss. t.u.b.), accordi per il sostegno finanziario infragruppo (artt. 69 duodecies t.u.b.), piani di risoluzione individuale predisposti dalle Autorità nazionali di risoluzione (art. 7 d.lgs. n. 180/2015), ma anche attraverso misure di intervento precoce (artt. 69 noviesdecies ss. t.u.b) e, solo in ultima battuta, attraverso strumenti di risoluzione (cessione a una *bridge bank*, *bail-in*, liquidazione coatta amministrativa).

²⁶⁸ Con la riforma menzionata sono stati abrogati i reati di ostacolo alle funzioni di vigilanza collocati nella legislazione complementare, ossia l’art. 134 t.u.b. e gli artt. 171 e 174, co. 2 t.u.f. Il progetto di unificazione si è tuttavia in parte arrestato con l’introduzione dell’art. 170 *bis* t.u.f. (avutasi con la l. n. 62/2005), volto a tutelare le funzioni di Consob e Banca d’Italia strettamente relative agli abusi di mercato, e con l’introduzione dell’art. 306 del codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209/2005), che protegge le funzioni di accertamento del possesso dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività assicurativa dell’Ivass. Si vedano anche gli artt. 19 *ter* d.lgs. n. 252/2005 (con riferimento ai poteri della Covip) e 29 d.lgs. n. 39/2010 (sull’ostacolo lo svolgimento delle attività di revisione legale).

Tali fattispecie sono in verità una specificazione di quel più generale obbligo di “trasparenza esterna”, la cui violazione è sanzionata proprio all’art. 2638 c.c.

Mentre al primo comma di predetto articolo è punita la condotta degli esponenti aziendali che, allo specifico fine di ostacolare l’esercizio delle funzioni di vigilanza (disvalore di intenzione), espongono fatti materiali non rispondenti al vero nelle comunicazioni previste in base alla legge, ovvero occultano con altri mezzi fraudolenti fatti che avrebbero dovuto comunicare, al secondo comma sono puniti tali soggetti ove, in qualsiasi forma, omettendo le comunicazioni dovute, ostacolano consapevolmente le funzioni di vigilanza (disvalore di evento)²⁶⁹. E’ noto come tale fattispecie abbia mortificato quella spinta impressa dalla l. n. 61/2002 di garanzia di maggiore coerenza sistematica, considerate le plurime ambiguità contenutistiche²⁷⁰ riguardanti (oltre che il bene protetto, di cui subito si dirà) le Autorità pubbliche effettivamente prese in considerazione (sono solo quelle preposte alla tutela dei mercati finanziari? o in generale tutte quelle preposte alla tutela di valori costituzionali? V. *infra*), nonché le comunicazioni effettivamente rilevanti ai fini della tipicità del fatto (sono solo quelle imposte dalla legge o anche quelle richieste dalle singole Autorità?²⁷¹). Il *deficit* di determinatezza è valso a riconoscere al reato di ostacolo (additato come «fattispecie onnivora»²⁷²) una prevalente valenza politica, in quanto agevole strumento idoneo, da un lato, ad avviare indagini “esplorative”, volte cioè alla scoperta di diversi e più gravi reati²⁷³, dall’altro, a perseguire condotte che avrebbero altrimenti rischiato di

²⁶⁹ S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 687.

²⁷⁰ C. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, Utet, 2003, 347.

²⁷¹ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., 294.

²⁷² L. CORNACCHIA, *Ostacolo all’esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Giur. comm.*, 2017.

²⁷³ N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell’economia*, cit., 116. Osserva come dalla concreta esperienza del mercato possa desumersi che l’elusione della vigilanza sia sintomatico di precedenti o imminenti atti di infedeltà patrimoniale, fatti di corruzione, abusi d’ufficio, fatti di bancarotta, *etc.* per i quali non sarebbe possibile quasi mai effettuare intercettazioni, richiedere misure cautelari custodiali o ottenere sentenze di condanna significative N. ROSSI, *Ostacolo alla vigilanza e nuova disciplina del falso in bilancio*, in *Riv. guardia di finanza*, 2016, 73 e 84.

garantirsi l'impunità, considerata la scarsa applicabilità del reato di falso in bilancio nella sua formulazione *ante* 2015²⁷⁴.

Risulta di palmare evidenza la natura istituzionale dell'interesse immediatamente protetto, ossia *le funzioni di soggetti di diritto pubblico con poteri di vigilanza*²⁷⁵. Si tratta dello stesso modello adottato dal *Código penal* spagnolo, che all'art. 294 incrimina la condotta di «los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras»; proprio per siffatta formulazione esso è reputato strutturalmente estraneo ai reati societari, presentando piuttosto le fattezze di un delitto contro la pubblica amministrazione²⁷⁶.

Ebbene, la tutela apprestata a determinate istituzioni (di cui non può certo dubitarsi alla luce del dato letterale) trova certamente la propria ragione giustificatrice nella circostanza che le stesse risultano per legge preposte alla protezione di interessi finali di primaria importanza; tuttavia ci si chiede – ancora una volta – se quegli interessi finali perdano o meno rilevanza nella fattispecie concreta.

In altre parole, è una tutela di mere funzioni o di funzioni strumentali? Si è al cospetto di un'anticipazione della tutela dei beni materiali più volte menzionati, o piuttosto alla mutazione della prospettiva della tutela attraverso fattispecie di pericolo o di danno per le (sole) funzioni delle autorità?

Si tratta secondo taluni di una tutela in via indiretta anche della sfera patrimoniale dei singoli, nell'interesse dei quali l'attività di vigilanza viene svolta²⁷⁷.

²⁷⁴ A. ALESSANDRI, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 600 ss.

²⁷⁵ A. ALESSANDRI, *I nuovi reati societari*, cit., 13; G.A. MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, in G. CANZIO-L.D. CERQUA-L. LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Padova, Cedam, 2014, 275 ss.; L. FOFFANI, sub *art. 2628 c.c.*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2007, 2555; N. ROSSI, *Ostacolo alla vigilanza e nuova disciplina del falso in bilancio*, cit., 72; A. NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: spunti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 262.

²⁷⁶ In tal senso C. MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., 261.

²⁷⁷ G.A. MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, cit., 560

Si può constatare come tale conclusione, ossia il far rientrare l'interesse patrimoniale all'interno dell'oggettività giuridica del reato, certamente porterebbe ad un rimitazione dell'ampiezza della fattispecie, e nello specifico ad una sua più che auspicabile restrizione entro confini di sicura idoneità offensiva, dovendo richiedersi un nesso funzionale tra informazione resa od omessa e il bene patrimoniale.

Secondo questa lettura, la funzione di vigilanza non potrebbe dirsi oggetto di protezione penale in sé e per sé, ma unicamente alla luce dei suoi obiettivi specificamente fissati dalla legge. Dal che discenderebbe la necessità di accertare la pertinenza e la rilevanza della richiesta avanzata dall'Autorità di controllo con le funzioni sue proprie²⁷⁸. Inoltre, nessuna rilevanza potrebbe essere ascritta alle condotte ingannatorie aventi ad oggetto non dati patrimoniali (o comunque di marcata impronta economica), ma dati meramente organizzativi, laddove l'*Authority* sia concepita come istituzione deputata a fronteggiare (unicamente) rischi economici²⁷⁹. Non solo. Andrebbe sempre vagliata l'esistenza di una correlazione tra la falsa rappresentazione economica e l'esercizio della vigilanza mirata, nel senso che dovrebbe riconoscersi la punibilità solo ove le condotte fraudolente siano tali da aver

²⁷⁸ Tale elemento trova invero riscontro in giurisprudenza: si legge in Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2001, n. 17290, in *Ced* che «integra il reato di cui all'art. 2638 cod. civ. (Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza), la condotta del presidente di un istituto di credito soggetto alla vigilanza che inviò alla Banca d'Italia una nota, ancorché successiva all'ispezione, contenente controdeduzioni al verbale ispettivo, con la quale si espongono fatti materiali, oggetto di valutazioni, non rispondenti al vero - nella fattispecie consistenti nelle condizioni economiche e finanziarie che si riflettono sulle previsioni di perdite di un'azienda sottoposta a sequestro di prevenzione - considerato che si tratta di *comunicazione pertinente e rilevante al fine dell'esercizio della funzione di vigilanza* e che alla falsità dei fatti esposti consegue l'ostacolo alla vigilanza stessa».

²⁷⁹ Si pensi alla Banca d'Italia che è per legge preposta alla garanzia della sana e prudente gestione delle banche nazionali, nell'ottica di una tutela della complessiva stabilità del sistema, con la conseguenza che le condotte tipiche ai sensi dell'art. 2638 c.c. altro non dovrebbero essere che quelle idonee a indurre in inganno circa l'adeguatezza patrimoniale e il coefficiente di solvibilità del singolo istituto bancario. Cfr. Cass. pen., sez. VI, 9 novembre 2010, n. 40164 in *Ced*: «ai fini della sussistenza del reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza mediante l'occultamento di fatti, è non solo necessario che gli stessi siano *rilevanti per la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società* e che la loro comunicazione sia effettivamente pertinente all'interpello dell'ente di vigilanza, ma altresì che la condotta sia corredata dal ricorso a mezzi fraudolenti e non si risolva nel mero silenzio sulla loro esistenza».

celato una situazione economica dell'impresa che, se correttamente esposta, avrebbe imposto l'adozione di adeguate misure di vigilanza, influenzando cioè la valutazione che l'Autorità di settore avrebbe assunto per salvaguardare il bene finale. La funzione penalmente tutela andrebbe cioè intesa, secondo questa ricostruzione, non come semplice potere conoscitivo come potere di adottare contromisure²⁸⁰, risultando punibile soltanto l'effettivo contrasto di un'azione intrapresa dall'Autorità²⁸¹.

Le due ipotesi criminose previste dai primi due commi dell'art. 2638 c.c. dovrebbero allora di conseguenza considerarsi entrambe di pericolo. La prima incriminerebbe il pericolo di un evento pericoloso: la condotta dovrebbe essere soggettivamente finalizzata (e dunque concretamente idonea) a porre in pericolo la funzione di vigilanza, il che porrebbe a sua volta in pericolo il bene finale. La seconda incriminerebbe la causazione di un evento pericoloso (l'ostacolo effettivo alle funzioni di vigilanza, con conseguente pericolo per il bene finale). Va peraltro considerato che la tutela risulta ancor più anticipata se si considera che 'ostacolo' non equivale a 'impedimento', ma piuttosto ad intralcio, ancorché «non momentaneo» e «non irrilevante»²⁸².

Tuttavia questa tesi – seppur mossa da comprensibili intenti di far riemergere una concreta idoneità offensiva nei confronti di interessi pre-dati – non convince, perché va oltre il dato letterale, cui viene attribuito, con una torsione della legalità, un significato che con tutta evidenza non ha.

Quelli incriminati sono comportamenti disfunzionali, lesivi dell'interesse pubblicistico alla efficienza e funzionalità delle agenzie di controllo (tanto da giustificare la perseguibilità d'ufficio), nel solco di una propensione "statolatrica" alla repressione di infedeltà in danno della p.a.²⁸³: si

²⁸⁰ La necessità di una sorta di giudizio controfattuale viene sostenuta, ancorché con riferimento all'abrogato art. 134 t.u.f., da M. ZANOTTI-A. MEYER, *Le false comunicazioni sociali di cui all'art. 134 t.u.l.b.*, in A. MEYER-L. STORTONI (coord. da), *Diritto penale della banca*, cit., 187 ss.

²⁸¹ M. ROMANO, *Diritto delle società e sistema punitivo italiano nel contesto internazionale*, in AA.VV., *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2007, 290 ss.

²⁸² A. ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 260; A.F. TRIPODI, *L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob*, in F. SGUBBI-D. FONDAROLI-A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, Cedam, 2013, 205.

²⁸³ T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2006, 43 ss.

ha sì una anticipazione della tutela, ma attraverso una tecnica ben distante dall'impiego del pericolo astratto o presunto, che si realizza piuttosto con la *creazione di nuovi oggetti di tutela* (rappresentati proprio dalle funzioni o istituzioni) e quindi con l'incriminazione di inosservanze o non conformità rispetto a una serie di prescrizioni (le "regole del gioco" appunto), per mezzo della formulazione di reati all'interno del cui fatto tipico potrebbe non residuare neppure l'ombra dagli interessi concreti dei singoli, che rimangono così relegati a mera *ratio legis*. Conseguentemente, «l'offensività degrada ad impalpabile forma di intralcio istituzionale»²⁸⁴.

L'assenza di interessi privatistico-patrimoniali deve infatti dedursi dalla fatto che la portata della fattispecie non è limitata alle sole autorità finanziarie, potendosi ricomprendere nel concetto di Autorità pubblica di vigilanza soggetti quali il Garante delle privacy, nonché le commissioni di vigilanza sulle società calcistiche professionistiche²⁸⁵ e, in generale, qualsiasi altro ente di diritto pubblico investito di funzioni di controllo²⁸⁶.

Dall'assenza di interessi privatistico-patrimoniali dall'area della tutela consegue che le false informazioni rese all'*Authority* non devono essere idonee ad indurre in errore il pubblico dei risparmiatori/investitori ma devono soltanto essere idonee a ostacolare (co. 1) o devono aver ostacolato le funzioni pubbliche di controllo (co. 2). Può certamente cogliersi l'intento di far fronte al problema della tutela del flusso informativo, che «appare particolarmente urgente nell'attuale congiuntura internazionale di esplosione finanziaria, nella quale si assiste a un incremento esponenziale del rischio di comunicazioni false o incomplete alle autorità di vigilanza da parte di operatori economici che cercano di occultare le proprie criticità (ovviamente per evitare provvedimenti pregiudizievole), a discapito dell'interesse collettivo al corretto funzionamento

²⁸⁴ A. NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: spunti problematici*, cit., 273.

²⁸⁵ «Integra il delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza la dolosa omissione, da parte del presidente di una società di calcio professionistica di fornire informazioni obbligatorie alla Federazione Italiana Gioco Calcio (FIGC), posto che a questa è riconosciuta la titolarità di un potere ispettivo e di controllo di rilevanza pubblicistica attinente alla regolarità delle gestione delle società professionistiche di calcio» (Cass. pen., sez. V, 31 ottobre 2014, n. 10108, in *Cass. pen.*, 2015, 3740).

²⁸⁶ R. ZANOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 197.

del mercato e alla tutela del risparmio»²⁸⁷. Tuttavia ciò non basta a modificare l'oggettività giuridica, pena una violazione del principio di legalità.

3.3. Una breve nota in punto di omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali dei soggetti sottoposti a misure di prevenzione.

Quella sin qui descritta pare una forma esasperata di anticipazione dell'intervento penale a tutela della mera fisiologia del sistema (sia quello economico o quello amministrativo-burocratico, *etc.*), attraverso la punizione di colui che si ponga “non in linea” con le regole strutturali prestabilite di un apparato non meglio identificato. Meritevole di pena è dunque in quest'ottica il comportamento disfunzionale, infedele (v. *infra* § 5), soltanto sintomatico (perché penalmente neutro) di un'offesa che non si può o non si vuole necessariamente provare.

In tale ambito, sospeso a mezz'aria fra la tutela di funzioni e i reati di mero sospetto, si inserisce la fattispecie delittuosa di omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali da parte dei condannati in via definitiva per taluno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3 *bis* c.p.p. o per il delitto di cui all'art. 12 *quinquies*, co. 1, d.l. n. 306/1992, ovvero dei sottoposti con provvedimento definitivo a una misura di prevenzione. Il precetto e la sanzione sono scissi agli artt. 30 e 31 della l. antimafia (l. n. 646/1982), e ora trasfusi, rispettivamente, agli artt. 80 e 76, co. 7, del Codice antimafia (d.lgs. n. 159/2011), limitatamente alle persone sottoposte a misure di prevenzione.

Si tratta di una normativa di chiusura delle disposizioni fiscali e tributarie in tema di misure di prevenzione applicate ai soggetti condannati per il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p., che introduce un sistema di controllo decennale del patrimonio di tali soggetti²⁸⁸, allo scopo di monitorare

²⁸⁷ L. CORNACCHIA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza*, cit., 73.

²⁸⁸ Art. 30, co. 1, l. n. 646/1982: «le persone condannate con sentenza definitiva per taluno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale ovvero per il delitto di cui all'articolo 12-quinquies, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o già sottoposte, con provvedimento definitivo, ad una misura di prevenzione ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575, sono tenute a comunicare per dieci anni, ed entro trenta giorni dal fatto, al nucleo di polizia tributaria del luogo

l'andamento dell'attività economica e del flusso reddituale del affiliato nonché la rete di persone che vi intrattengono rapporti²⁸⁹.

L'incriminazione ha ad oggetto una condotta reputata da taluni priva di un effettivo disvalore oggettivo e d'evento, idonea solo a fungere da indizio circa la commissione di altri reati determinanti un lucro patrimoniale: una condotta che può cioè dirsi offensiva solo ammettendo che possa, per così dire, prendere in prestito il disvalore dal reato indiziato²⁹⁰.

di dimora abituale, tutte le variazioni nell'entità e nella composizione del patrimonio concernenti elementi di valore non inferiore ad euro 10.329,14. Entro il 31 gennaio di ciascun anno, i soggetti di cui al periodo precedente sono altresì tenuti a comunicare le variazioni intervenute nell'anno precedente, quando concernono complessivamente elementi di valore non inferiore ad euro 10.329,14. Sono esclusi i beni destinati al soddisfacimento dei bisogni quotidiani». Art. 31 l. cit.: «chiunque essendo tenuto, omette di comunicare entro i termini stabiliti dalla legge le variazioni patrimoniali indicate nell'articolo precedente è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da lire 20 milioni a lire 40 milioni. Alla condanna segue la confisca dei beni a qualunque titolo acquistati nonché del corrispettivo dei beni a qualunque titolo alienati».

Art. 80 d.lgs. n. 159/2011: «salvo quanto previsto dall'articolo 30 della legge 13 settembre 1982, n. 646, le persone già sottoposte, con provvedimento definitivo, ad una misura di prevenzione, sono tenute a comunicare per dieci anni, ed entro trenta giorni dal fatto, al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, tutte le variazioni nell'entità e nella composizione del patrimonio concernenti elementi di valore non inferiore ad euro 10.329,14. Entro il 31 gennaio di ciascun anno, i soggetti di cui al periodo precedente sono altresì tenuti a comunicare le variazioni intervenute nell'anno precedente, quando concernono complessivamente elementi di valore non inferiore ad euro 10.329,14. Sono esclusi i beni destinati al soddisfacimento dei bisogni quotidiani». Art. 76, co. 7 d.lgs. cit.: «chiunque, essendovi tenuto, omette di comunicare entro i termini stabiliti dalla legge le variazioni patrimoniali indicate nell'articolo 80 è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 10.329 a euro 20.658. Alla condanna segue la confisca dei beni a qualunque titolo acquistati nonché del corrispettivo dei beni a qualunque titolo alienati. Nei casi in cui non sia possibile procedere alla confisca dei beni acquistati ovvero del corrispettivo dei beni alienati, il giudice ordina la confisca, per un valore equivalente, di somme di denaro, beni o altre utilità dei quali i soggetti di cui all'articolo 80, comma 1, hanno la disponibilità».

²⁸⁹ Per una puntuale disamina della fattispecie v. F. BASILE, *A proposito di misure di prevenzione personali: il controverso ambito di applicazione soggettivo dell'art.80 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (obbligo di comunicazione delle variazioni patrimoniali)*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017, 485.

²⁹⁰ Parla di trasposizione del contenuto di disvalore da una fattispecie all'altra e di una sorta di mutazione di gravità A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., 227.

La giurisprudenza chiamata a pronunciarsi sulla fattispecie ha operato una precisa delimitazione dell'oggettività giuridica, estromettendone gli interessi a contenuto strettamente patrimoniale. Il reato in esame non ha infatti, secondo la ricostruzione dominante tra le pronunce della Corte di cassazione, carattere finanziario, dal momento che il bene giuridico protetto non si identifica nella tutela, ancorché indiretta, ~~degli~~ dell'erario, bensì nella tutela dell'ordine pubblico. La norma sarebbe infatti diretta a consentire l'esercizio di un controllo patrimoniale più penetrante da parte della Guardia di finanza nei confronti di soggetti ritenuti particolarmente pericolosi, al fine di accertare tempestivamente se le variazioni patrimoniali dipendano dallo svolgimento di attività illecite²⁹¹.

La tutela pare dunque apprestata alle funzioni di accertamento della Guardia di finanza, senza che si possa formulare un fondato giudizio di disvalore di una condotta, quella di omessa comunicazione di una variazione patrimoniale, che risulta penalmente neutra. Si tratta di un'ipotesi esemplare di reato «di diritto penale amministrativo», inidoneo cioè a ledere beni individuali, la cui condotta non dà vita a un evento materiale esteriore e il cui danno consiste unicamente nell'inesatto assolvimento di un compito o di una prestazione che lo Stato comanda²⁹².

Tale assetto è stato indirettamente confermato anche da una pronuncia di rigetto della Corte costituzionale ²⁹³, che ha reputato non fondata la questione di legittimità sollevata dal giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Palermo in riferimento agli artt. 3, 13, co. 1, 25, co. 2, e 27, co. 3 Cost. Il giudice rimettente aveva ritenuto non manifestamente infondato il sospetto di incostituzionalità della normativa in esame, nella parte in cui si riferisce anche alle variazioni patrimoniali compiute con atti pubblici dei quali è prevista la trascrizione nei registri immobiliari e la registrazione a fini fiscali (variazioni dunque inoffensive perché prive di qualsivoglia carattere sommerso od occulto).

La Corte costituzionale non ha invero reputato condivisibile tale interpretazione, che avrebbe invero riconosciuto alla fattispecie un carattere

²⁹¹ Cass. pen., sez. I, 22 novembre 2001, n. 45798, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2002, 164.

²⁹² M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 43.

²⁹³ Corte cost., 17 maggio 2017, n. 99.

maggiormente pregnante in termini tanto di offensività quanto di dolosa adesione psicologica, puntualizzando proprio sul bene giuridico protetto.

Riprendendo quanto più volte affermato dalla giurisprudenza di Cassazione²⁹⁴ è stata negata rilevanza, ai fini del perfezionamento del reato, alla veste pubblica o meno dell'atto di disposizione patrimoniale compiuto dal soggetto obbligato alla comunicazione, proprio perché si tratterebbe di obbligo (penalmente sanzionato) funzionale all'esercizio di un controllo patrimoniale penetrante e analitico ad opera del nucleo di polizia tributaria «nei confronti di persone ritenute particolarmente pericolose onde accertare per tempo se le variazioni patrimoniali dipendano o meno dall'eventuale svolgimento di attività illecite». Tale attività di controllo particolarmente pervasivo non potrebbe essere assicurato dalla registrazione e dalla trascrizione nei pubblici registri degli atti che determinano le variazioni patrimoniali, non implicando esse una diretta e immediata informazione del nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale della persona obbligata alla comunicazione circa le variazioni sospette.

Fine ultimo è dunque la *protezione delle (mere) funzioni del nucleo di polizia tributaria* a cui viene assicurata la conoscenza tempestiva e reale dei mutamenti dello stato patrimoniale e che viene dunque messa nelle condizioni di procedere immediatamente agli opportuni accertamenti. Obiettivo questo, si legge nella motivazione della sentenza della Corte costituzionale, che non potrebbe essere raggiunto «se dovesse essere la polizia tributaria ad assumere di propria iniziativa le informazioni attraverso la consultazione dei pubblici registri».

²⁹⁴ Cass. pen., sez. V, 3 dicembre 2015, n. 13077, in *Ced*: «il delitto di omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali è configurabile anche nel caso in cui l'omissione, posta in essere dal condannato per associazione di tipo mafioso, riguardi la stipulazione di atti pubblici che confluiscono in una banca dati informatizzata gestita dalla Guardia di Finanza, poiché anche detto inserimento non è idoneo a garantire la tempestiva conoscenza dei mutamenti dello stato patrimoniale del soggetto destinatario di tale obbligo, esigenza alla base della disposizione di cui agli artt. 30 e 31 della legge n. 646 del 1982. (Fattispecie in tema di omessa comunicazione di atto pubblico notarile di donazione effettuato a favore della moglie dal soggetto sottoposto all'obbligo di legge)».

4. *Reati di pericolo concreto ad evento penalmente neutro. Il caso della manipolazione del mercato ex art. 185 t.u.f.*

La manipolazione del mercato si presenta ad oggi come fattispecie autonoma, collocata all'interno Testo unico dell'intermediazione finanziaria²⁹⁵, ma di fatto ricalca, com'è noto, la previsione di cui all'art. 2637 c.c. (rubricato «Aggiotaggio»), discostandosene solo per l'oggetto materiale, rappresentato, nel caso della manipolazione, da strumenti finanziari quotati o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato²⁹⁶.

Mentre il delitto di aggioaggio inserito nel c.c. fra i reati societari ricomprende anche il c.d. aggioaggio bancario, la manipolazione del mercato si risolve nel c.d. aggioaggio informativo («diffusione di notizie false») e nel c.d. aggioaggio manipolativo («operazioni simulate o altri artifici»). Ciò che lega le condotte descritte è l'idoneità concreta ad alterare il prezzo degli strumenti finanziari, ossia a fissare lo stesso ad un livello non corretto, non fisiologico.

Proprio la concreta idoneità porta a reputare il delitto in esame come fattispecie costruita attorno ad un pericolo concreto: il pericolo di alterazione (c.d. *price sensitivity*) è elemento della fattispecie e necessita di accertamento puntuale ad opera del giudice ai fini di un giudizio di tipicità del fatto²⁹⁷. Viene

²⁹⁵ L'art. 185 t.u.f. è stato riformulato con la l. n. 2626/2005.

²⁹⁶ Maggiori invece sono le differenze con il delitto di rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio ex art. 501 c.p. il quale richiede altresì il dolo specifico di turbare il mercato interno, aggiunge accanto alle notizie false anche quelle esagerate o tendenziose, non autonomizza (rispetto agli altri artifici) le operazioni simulate e non richiede che l'aumento o la diminuzione del prezzo sia "sensibile".

²⁹⁷ G. PEZZUTO, in E. MUSCO (a cura di), *Diritto penale tributario*, cit., 283; C. LONGARI, in R. RAMPIONI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 207; A. ROSSI, *Le fattispecie penali di aggioaggio e manipolazione del mercato (artt. 2637 c.c. e 185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58): problemi e prospettive*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 2647; V. PLANTAMURA, in A. MANNA, *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit., 1010.

Nella giurisprudenza v. di recente Cass. pen., sez V, 19 ottobre 2018, n. 53437, in *Ced*: «il delitto di manipolazione del mercato, previsto dall'art. 185 t.u.f., è un reato di *pericolo concreto e di mera condotta*, la cui concreta idoneità deve essere accertata sulla base del criterio della prognosi postuma, volto a verificare se – con riferimento all'intera platea degli investitori ed alla complessiva situazione di mercato,

difatti descritta una condotta dalla quale deve derivare una probabilità di sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, la cui pericolosità non può che costituire oggetto di prova specifica, altrimenti non si sarebbe fatto ricorso all'avverbio "concretamente". Non può nascondersi tuttavia come il dato letterale possa presentare a prima vista taluni fattori di astrazione del pericolo²⁹⁸, che allontanano cioè la condotta (*rectius* la sua attitudine offensiva) dall'interesse protetto. Ciò alla luce della *natura penalmente neutra dell'evento temuto*, del *deficit di determinatezza della fattispecie*, nonché della *difficoltà probatoria* di cui subito si dirà.

Quanto al primo aspetto, si può osservare come sia vero che nell'oggettività giuridica venga fatto rientrare l'interesse all'equilibrio del mercato in quella peculiare sottospecificazione che è, non il livello dei prezzi, ma il meccanismo di formazione degli stessi²⁹⁹; tuttavia, l'evento che la condotta pericolosa dovrebbe essere idonea a cagionare è un evento penalmente neutro: i prezzi per loro natura sono soggetti ad oscillazioni³⁰⁰.

Non solo l'instabilità è fisiologica, ma anche l'instabilità che risulti il frutto di una speculazione non può dirsi *ex se* conseguenza di un contegno criminoso: l'operazione anche fortemente aleatoria che si incentra sulla predizione e anticipazione del futuro andamento di una porzione del mercato

nonché valutando le iniziative sollecitatorie della Consob a norma dell'art. 114 t.u.f. – gli effetti decettivi dei fatti comunicativi, prevedibili in concreto ed *ex ante* quali conseguenze della condotta dell'agente, siano stati potenzialmente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di mercato del titolo rispetto a quello determinato in un corretto processo di formazione dello stesso».

²⁹⁸ Ancorché relative all'art. 501 c.p., si mostrano illuminanti le pagine di Cesare Pedrazzi, secondo il quale gli elementi di astrazione non si pongono necessariamente in contrasto col concetto di pericolo concreto, implicando già il giudizio stesso di pericolo (come elemento della fattispecie) una certa misura di astrazione, rappresentata dal non tenere conto di tutte le circostanze, ma soltanto di quelle rilevabili *ex ante*. Ad un ulteriore accentuazione dell'astrazione si va poi incontro, secondo l'illustre Autore, quando si allarga la cerchia degli elementi di cui non si tiene conto nel giudizio di pericolo (C. PEDRAZZI, *L'aggiotaggio come delitto contro l'economia pubblica*, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, IV, Milano, Giuffrè, 2003, 39 s.).

²⁹⁹ A. ROSSI, *Le fattispecie penali di aggiotaggio e manipolazione*, cit., 2653.

³⁰⁰ Ancorché con riferimento all'art. 501 c.p., già SANDULLI, *Aggiotaggio*, in *Giust. pen.*, 1936, 295; L. CONTI, *Rialzo e ribasso fraudolento di prezzi o valori*, in *Nov. dig. it.*, 1968, 844. In relazione alla fattispecie del t.u.f. F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., 269.

finanziario è del tutto lecita ove sia trasparente e non artificiosa (ancorché potenzialmente ingannatoria, poiché se la previsione si rivelasse errata l'effetto inevitabile sarebbe quello di una destabilizzazione del mercato)³⁰¹. Se ci si prefigge di proteggere il meccanismo di formazione dei prezzi, garantendo una corretta interazione fra domanda e offerta, si può infatti obiettare che anche il prezzo artificiale è frutto dell'incontro fra domande e offerte veramente esistenti sul mercato. In sostanza l'alterazione del prezzo è un mero sintomo di una condotta penalmente rilevante, idonea ad attingere interessi sovraindividuali quali sono quelli qui considerati.

Di tale problematica la dottrina si è diffusamente fatta carico, ponendo anzitutto l'accento sulla necessità che detta alterazione debba derivare necessariamente da *modalità comportamentali artificiali* (disvalore di condotta)³⁰². Con ciò si va incontro tuttavia al secondo scoglio prima menzionato: il *deficit* di determinatezza della norma incriminatrice, specie con riferimento al catalogo aperto degli «altri artifici», cui si aggiunge l'estensione imprecisata del termine «sensibile» che dovrebbe caratterizzare l'alterazione tipica. La clausola di chiusura che incrimina gli «altri artifici» ha infatti condotto, nella prassi, all'incriminazione anche di condotte non intrinsecamente fraudolente, ma – se isolatamente considerate – lecite e veritiere. Ne costituiscono un esempio le pratiche che prendono il nome di *marking the close* e che consistono nell'acquisto o nella vendita in prossimità della chiusura della seduta borsistica così da imprimere un prezzo di chiusura particolarmente elevato o particolarmente ribassato e ingannare gli investitori alla riapertura³⁰³. Diretta

³⁰¹ F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., 39 e 85, secondo il quale la speculazione oltre a garantire un profitto individuale per lo speculatore è anche socialmente auspicabile, perché garantisce una «transizione verso uno stato di equilibrio e di efficienza allocativa del mercato».

³⁰² F. MUCCIARELLI, *Aggiotaggio*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, Ipsoa, 2002, 428; A. ROSSI, *Le fattispecie penali di aggio e manipolazione*, cit., 2664.

³⁰³ L. ORSI, *Gli "artifici" costitutivi dell'elemento oggettivo dei delitti di aggio (art. 2637 c.c.) e di manipolazione del mercato (art. 185 t.u.f.)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 110. Sulla più corretta riconducibilità delle condotte prive di frode all'interno dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187 *ter* t.u.f. M.B. MAGRO, *Manipolazioni di mercato: illecito penale o amministrativo*, in *Cass. pen.*, 2007, 56 ss. Sull'irrilevanza penale poi dello sfruttamento doloso di un potere di mercato v. E. AMATI, sub *art. 185 t.u.f.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1061. Quanto alla

conseguenza di quanto detto è poi la criticità in punto di accertamento probatorio: nella fisiologica instabilità di un mercato, accertare un pericolo concreto imputabile a una condotta si mostra di difficile praticabilità³⁰⁴.

E' tuttavia irrinunciabile uno sforzo interpretativo che permetta di non ascrivere rilevanza penale a condotte sì speculative ma lecite e, dunque, di individuare «il punto critico in cui cominciano ad essere coinvolti gli interessi della pubblica economia»³⁰⁵, e nella specie del mercato finanziario.

Si è tentato in tal senso di riconoscere la presenza del requisito dell'artificiosità, da un lato, secondo un paradigma oggettivo, riconoscendo talvolta l'artificiosità come qualifica dell'effetto, talaltra del mezzo impiegato³⁰⁶, dall'altro secondo un paradigma soggettivo, riconoscendo cioè la fraudolenza nel fine perseguito. L'opzione del nostro legislatore è stata certamente nel senso di una oggettivizzazione della artificiosità, non ricorrendo alcun dolo specifico di offesa, ma piuttosto ponendosi la potenziale alterazione come effetto della condotta³⁰⁷, la quale deve dirsi anomala e idonea ad inserire un rischio eterodeterminato, distinto ed ulteriore rispetto a quelli ineliminabili del mercato, innescando il rischio di controreazioni da parte dei risparmiatori/investitori³⁰⁸.

Di qui la necessità di far leva su taluni indici di concretizzazione quali il contesto, inteso come specifica congiuntura di mercato o come insieme delle

rilevanza del mero silenzio v. F. SGUBBI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, Cedam, 2013, 76.

³⁰⁴ Tale difficoltà si acuisce ove vengano incriminate come manipolative del mercato attività che si risolvono in stime come quelle tipiche delle agenzie di rating in caso di rating “incongruo”; ne è un esempio il caso “Standard & Poor's” deciso da Trib. Trani, sent. 30 marzo 2017 (dep. 26 settembre 2017), n. 837, Pres. ed est. Pavese, posta alla base dell'analisi di I. MERENDA, *Attività di rating e delitto di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 2018. V. anche G. LOSAPPIO, *Agenzie di rating e manipolazione del mercato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 506 ss.

³⁰⁵ C. PEDRAZZI, *L'aggiotaggio come delitto contro l'economia pubblica*, cit. 36.

³⁰⁶ Seppure con riferimento all'art. 501 c.p. ancora significative sono le riflessioni di C. PEDRAZZI, *L'aggiotaggio come delitto contro l'economia pubblica*, cit., 50 e 51.

³⁰⁷ Conclude ritenendo il tentativo soggettivistico come potenzialmente illiberale, e quello oggettivistico come incerto e di difficile prova, potendo un effetto distorsivo sorgere anche in modo casuale F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., 48.

³⁰⁸ A.L. MACCARI, sub *art. 2637 c.c.*, in F. GIUNTA (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, Giappichelli, 2002.

operazioni in cui la condotta si inserisce³⁰⁹, il ruolo e le funzioni dei destinatari³¹⁰ dell'informazione nell'aggiotaggio informativo, le caratteristiche dello strumento finanziario, il volume della negoziazione, i mezzi impiegati³¹¹, nonché gli effetti generati *ex post*³¹².

Ebbene, se è corretto dire che l'incriminazione del *market abuse* mira a proteggere l'equilibrio del mercato in fase di formazione dei prezzi (rivestendo rilevanza penale l'alterazione del prezzo che sia frutto di una dolosa rappresentazione errata della realtà) pare nel vero chi riconosce tuttavia nella 'corretta interazione fra domanda e offerta' null'altro che il reciproco della condotta vietata e dunque un bene non pre-esistente alla norma. Il bene protetto, il reale interesse che fa capo alla collettività, dovrebbe essere allora viceversa quello dell'efficienza allocativa del investimenti finanziari, che imporrebbe di domandarsi – dinanzi a una condotta artificiosa in grado di alterare il prezzo di uno strumento finanziario – come avrebbe reagito dinanzi a ciò il mercato³¹³. Quel pericolo concreto (che si è tentato di mantenere ricercando criteri di concretizzazione) scolorirebbe, lasciando così il passo piuttosto a un pericolo indiretto: la condotta pericolosa così come qui ricostruita è concretamente idonea a determinare (ma non è necessario che determini) un evento che è di solo pericolo perché idoneo, a sua volta, a mettere a repentaglio l'allocazione efficiente degli investimenti finanziari.

La consistenza dell'offensività del fatto sarebbe così agevolmente ancorata ad un interesse maggiormente palpabile; tuttavia ciò contrasta con il dato letterale: non è qui richiesto alcun legame fra l'attitudine offensiva della condotta e l'inefficace allocazione dei flussi finanziari, ma soltanto fra la prima e l'alterazione dei prezzi di strumenti finanziari. L'integrazione del fatto tipico è indipendentemente dalla variazione, successiva alla condotta, del flusso valutativo dello strumento finanziario³¹⁴; non occorre neppure che il titolo il

³⁰⁹ D. FONDAROLI, *Aggiotaggio mediante altri artifici: disvalore del fatto e disvalore del contesto*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 96 ss.

³¹⁰ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 447 s.

³¹¹ F. MUCCIARELLI, *Aggiotaggio*, 431 ss.; A. ROSSI, *Le fattispecie penali di aggiotaggio e manipolazione*, cit., 2664 s.

³¹² D. FALCINELLI, *Il giudice, l'antifraude e una "Fata morgana": se il tipo del pericolo concreto esprime un'offesa di danno (di un bene astratto)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011.

³¹³ F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., 269 ss..

³¹⁴ D. FALCINELLI, *Il giudice, l'antifraude*, cit., 14.

cui prezzo è stato fraudolentemente alterato fosse, prima della condotta, oggetto di interesse di investitori.

5. Reati di mera infedeltà e moralizzazione delle relazioni commerciali.

Le fattispecie sin qui vagliate e le conseguenti riflessioni permettono di evidenziare talvolta un allontanamento dall'accertamento di un'offesa ai benifinali per proteggere quella «macchina ben oliata»³¹⁵ che dovrebbe essere l'assetto sociale, con la possibilità di scorgere un diritto penale della mera infedeltà, costruito attorno a fattispecie incriminatrici di impronta prettamente formalistica.

Talvolta pare infatti attribuita rilevanza penale *ex se* al conflitto di interessi, prescindendo da un concreto substrato offensivo della scorrettezza comportamentale. Si pensi all'art. 136 t.u.b. il quale punisce con una pena detentiva non certo irrisoria (da uno a tre anni) la violazione da parte dell'esponente bancario del divieto di assumere obbligazioni o compiere atti di compravendita con la "propria" banca senza aver previamente esperito una procedura autorizzativa in seno all'organo di amministrazione. A volere interpretare la fattispecie come delitto contro il patrimonio dell'istituto bancario³¹⁶, dovrebbe concludersi per il ricorrere di un pericolo del tutto presunto³¹⁷ (salvo voler chiamare – ma si tratta di ricostruzione fantasiosa *rebus sic stantibus* – la pubblica accusa a provare che l'autorizzazione non sarebbe stata concessa ove debitamente richiesta, trattandosi di operazione svantaggiosa; o viceversa ammettere l'imputato a provare che l'autorizzazione sarebbe stata concessa, stanti i vantaggi derivabili dall'operazione). Pare più verosimile a fronte del dato letterale concepire la fattispecie come volta a proteggere la mera trasparenza e la correttezza formale dei rapporti interni, punendo il conflitto di interessi in sé, perché potenzialmente idoneo (ma

³¹⁵ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., 223.

³¹⁶ S. SEMINARA, *Note sul reato di illeciti rapporti patrimoniali tra dirigenza e banca (art. 136 t.u.b.)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, 231 ss.

³¹⁷ L. FOFFANI, *Reati bancari*, in C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Milano, Monduzzi, 2000, 487 ss.

anche ove non lo fosse ciò non eliderebbe la tipicità del fatto) incrinare l'affidabilità del sistema bancario.

E' noto come siffatto divieto trovasse, prima della riforma attuata dal d.lgs. n. 61/2002, un proprio "gemello" all'art. 2624 c.c., il quale vietava, in radice (senza cioè condizionarne la liceità al rispetto di determinate procedure), agli amministratori di contrarre prestiti con la società amministrata o di farsi prestare da essa garanzie. La predetta riforma ha invero abrogato tale fattispecie³¹⁸, seguendo criteri di riduzione dell'ambito dell'intervento penale e di maggiore specificazione delle ipotesi di reato, a vantaggio delle fattispecie di danno e caratterizzate dall'intensità della volontà dell'agente. La disposizione del t.u.b. è rimasta invece in vita, il che è stato peraltro giudicato non contrastante col principio costituzionale di uguaglianza dalla Corte costituzionale³¹⁹, sulla base della particolare rilevanza attribuita dal legislatore

³¹⁸ Il reato di omessa comunicazione del conflitto di interessi è ora contenuto all'art. 2629 *bis* c.c., il quale richiede tuttavia che dalla violazione siano derivati danni alla società o a terzi.

³¹⁹ Corte cost., n. 364/2004: «(...) la soluzione adottata dal d.lgs. n. 61 del 2002 è stata, evidentemente, quella di ricostruire in via generale il sistema di tutela penale del patrimonio sociale contro le infedeltà degli organi gestori — segnatamente quanto alle situazioni di conflitto di interessi — in chiave di necessaria offensività del fatto incriminato per l'interesse protetto (anche sul piano della tensione psicologica dell'autore verso l'evento lesivo). In tale ottica, le specifiche figure criminose di stampo "presuntivo-formalistico" presenti nel panorama normativo anteriore — non solo quella dell'art. 2624 cod. civ., ma anche quelle di cui agli artt. 2630, secondo comma, numero 1), e 2631 cod. civ. (in tema, rispettivamente, di irregolare percezione di compensi da parte degli amministratori e di partecipazione dei medesimi a deliberazioni del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo in conflitto d'interessi) — sono state sostituite con una fattispecie criminosa a carattere più generale, che richiede l'intenzionale causazione di un danno patrimoniale alla società (l'infedeltà patrimoniale, di cui al nuovo art. 2634 cod. civ.).

Al tempo stesso, tuttavia, il legislatore del 2002 ha ritenuto di dover conservare, in alcuni settori particolarmente "sensibili", la previgente disciplina penalistica della materia, strutturata secondo lo schema del reato di mero pericolo (presunto, secondo l'opinione prevalente). Ciò è avvenuto non soltanto nel settore bancario — con il mantenimento della norma incriminatrice in discussione — ma altresì in quello delle società di revisione. Rispetto ad esse sono rimaste in vigore le disposizioni incriminatrici in tema di illeciti rapporti patrimoniali con la società assoggettata a revisione e quelle in tema di compensi illegali, di cui agli artt. 177 e 178 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), le quali ricalcano, sostanzialmente, paradigmi punitivi soppressi in rapporto alla

all'esigenza di proteggere l'impresa bancaria, che è chiamata a gestire fondi forniti dai risparmiatori, dai pericoli di pregiudizio per l'affidabilità del sistema bancario e la fiducia che il pubblico dei risparmiatori deve poter riporre in esso.

Del pari la salvaguardia della correttezza procedimentale pare oggetto dell'incriminazione dell'illecita influenza sull'assemblea *ex art.* 2636 c.c., che protegge dunque quell'interesse istituzionale al rispetto della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari³²⁰. Che si tratti della tutela della mera correttezza del procedimento di formazione della volontà assembleare, posto che la condotta illecita porta ad una votazione che non rispecchia la volontà dell'organo ma dell'interesse di un singolo, risulta chiaro se si considera che il principio della maggioranza permette l'espressione e l'attuazione dell'interesse sociale senza che però si identifichi con esso: la delibera pilotata potrebbe infatti – com'è stato acutamente osservato³²¹ – risultare di fatto coerente con l'interesse sociale se non addirittura per esso vantaggiosa, con conseguente beneficio per il patrimonio sociale.

Allargando ulteriormente il campo di indagine, l'impressione è altresì quella che si voglia imporre all'agire economico non unicamente un taglio

generalità delle società (rispettivamente, quelli dei citati artt. 2624 e 2630, secondo comma, numero 1, cod. civ.).

Siffatta scelta non può ritenersi manifestamente irragionevole ed arbitraria, in particolare per quanto attiene al settore bancario, che al presente viene in rilievo.

A prescindere, infatti, da valutazioni di merito sul piano politico-criminale — estranee al sindacato di costituzionalità — l'opzione in parola si giustifica alla luce della specificità dell'attività bancaria (raccolta di risparmio tra il pubblico ed esercizio del credito, *ex art.* 10 del d.lgs. n. 385 del 1993). Le caratteristiche di quest'ultima e gli interessi in essa coinvolti rendono non irragionevole la previsione di forme particolari e più intense di protezione penale — anche sul piano dell'“avanzamento” della linea di tutela sul versante considerato — rispetto a quelle contemplate per la generalità delle società commerciali. Del resto, è proprio in ragione delle peculiari esigenze di tutela del settore che si spiega l'esistenza stessa del c.d. diritto penale bancario, quale *corpus* di incriminazioni aggiuntivo rispetto al sistema dei reati societari: sistema che pure l'art. 135 del d.lgs. n. 385 del 1993 estende nel suo complesso alle imprese bancarie».

³²⁰ L. FOFFANI, sub *art.* 2636 c.c., in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Commentario breve*, cit., 2539; G. LUNGHINI, sub *art.* 2636, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (fondato da), *Codice penale commentato. Leggi complementari*, cit., 1950 ss.

³²¹ L. FOFFANI, sub *art.* 2636 c.c., cit., 2539; A. MANGIONE, *L'illecita influenza*, in A. GIARDA-S. SEMINARA, *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Cedam, Padova, 2002, 535.

efficientista ma anche un fondamento etico³²², imperniato sì su di un generale obbligo di trasparenza tanto interna quanto esterna, la quale determina però – in un’ottica di moralizzazione degli affari – l’ingresso nel mondo penalistico anche di regole di portata più propriamente deontologica³²³.

Non può certo tacersi come sia di interesse comune il rispetto delle regole del gioco e come l’etica degli affari cui si fa qui riferimento è ovviamente un’etica laica, fondata sulla libera esplicazione dell’autonomia privata, sull’uguaglianza sostanziale fra i principali *stakeholder* (che nel settore extrapenale poggia sulla tutela accordata al contraente debole, sia esso il consumatore, nell’ambito del c.d. secondo contratto, o dell’imprenditore in condizioni di strutturale inferiorità, nel c.d. terzo contratto, schiacciato cioè da intese restrittive della concorrenza o dall’abuso dell’altrui una posizione economica dominante³²⁴). Un’etica dunque da salutare con favore, perché «fredda, rigida, rigorosa»³²⁵, secolarizzata. Ciò tuttavia non basta a giustificare un utilizzo indiscriminato dell’armamentario penalistico, il quale al contrario richiederebbe un impiego razionale, sussidiario, frammentario e proporzionato.

5.1. Venature eticizzanti della corruzione fra privati ex art. 2635 c.c.

³²² V. F. STELLA, *Il mercato senza etica*, prefazione a C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, VII; A. SEN, *Etica ed economia*, Bari, Laterza, 1988; S. LATOUCHE, *I paradossi dell’economia*, in ID. (a cura di), *L’economia svelata*, Bari, Edizioni Dedalo, 1997, 11 ss., spec. 26. Rileva poi «una forte spinta moralizzatrice, o neo-moralizzatrice, che il diritto penale si vede oggi crescentemente attribuire, come unico strumento efficace di pedagogia politico-sociale» C.E. PALIERO, *Diritto penale classico versus diritto penale moderno: cambi di paradigma nel diritto penale attuale?*, cit., 28.

³²³ Per una analisi critica di siffatto approccio con riferimento all’incriminazione della corruzione privata ante 2012 v. E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, Giuffrè, 2004, 6 ss.

³²⁴ La normativa di riferimento è contenuta, oltre che nel Codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005), nella l. n. 287/1990 («Norme per la tutela della concorrenza e del mercato»).

³²⁵ V. S. LATOUCHE, *I paradossi dell’economia*, cit., 26.

Una forte impronta etico-deontologica³²⁶ è stata più volte rintracciata nel reato (ad oggi denominato) di corruzione fra privati, collocato all'art. 2635 c.c., tra i reati societari, e a cui il legislatore ha più volte rimesso mano per tentare di realizzare compiutamente il disegno comunitario, che aveva spinto per la sua introduzione ma che era stato, in prima battuta, sostanzialmente tradito. La corruzione in ambito privatistico non può dirsi poi un fenomeno sconosciuto al diritto penale al di fuori dell'art. 2635 c.c.; sparse nella legislazione complementare vi sono fattispecie imperniate su ipotesi di frode privata, ossia di reati-accordo (in cui l'intesa costituisce di per sé reato³²⁷), quali la corruzione dei revisori contabili (art. 28, co. 2, d.lgs. n. 39/2010), la frode in competizioni sportive (art. 1 l. n. 401/1989), o ancora il comparaggio previsto dal Testo unico delle leggi sanitarie (R.D. n. 1265/1934)³²⁸. Il reato societario conserva tuttavia una rilevanza centrale e può essere considerato il vero strumento predisposto dal nostro ordinamento per la tutela della leale concorrenza nel settore privato.

Com'è noto la l. n. 61/2002 si era limitata a introdurre timidamente all'art. 2635 c.c. il reato di «Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità». La fattispecie si risolveva in un che di assai limitata applicabilità, trattandosi di reato proprio, di danno, procedibile a querela, che non figurava peraltro fra i reati presupposto per la responsabilità amministrativa da reato degli enti *ex* d.lgs. n. 231/2001. Emergeva così una fattispecie ad impronta strettamente privatistica, volta a scongiurare il rischio di deviazioni dalla corretta considerazione degli interessi societari³²⁹.

All'indomani delle direttive date dalla Convenzione di Merida (Convenzione ONU contro la corruzione del 31 ottobre 2003, ratificata con la

³²⁶ M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 21 s.; A. SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 837 ss.; R. RAMPIONI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 11; R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 14 s..

³²⁷ A. CORDA, *La forza espansiva della matrice. Intese restrittive della concorrenza e strumento penale nella politica criminale contemporanea*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, 826

³²⁸ Per una dettagliata analisi delle particolari ipotesi di corruzione privata v. E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, cit., 145 ss.

³²⁹ V. MILITELLO, *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 705.

l. n. 116/2009) all'art. 21³³⁰, dalla Decisione quadro UE 2003/568/GAI del 22 luglio 2003 e dalla Convenzione di Strasburgo (Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999, ratificata con la l. n. 110/2012) agli art. 7 e 8³³¹ il nostro paese risultava sostanzialmente inadempiente rispetto alle aspettative sovranazionali.

La l. 190/2012 (c.d. legge Severino), allo scopo di dare una parziale attuazione alla Decisione Quadro 2003/568/GAI, aveva poi avviato un progressivo spostamento della tutela da interessi marcatamente privatistici verso interessi di carattere pubblicistico, in quanto, pur mantenendo il requisito del danno per la società, aveva escluso la procedibilità a querela per i casi in cui dal fatto fosse derivata una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi (co. 5 art. 2635 c.c.).

Dando luogo a quella che è stata definita un'ibridazione tra lo schema della corruzione pubblica e l'infedeltà patrimoniale, la nuova fattispecie

³³⁰ «Art. 21. Corruzione nel settore privato. Ciascuno Stato Parte esamina l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando gli atti sono stati commessi intenzionalmente nell'ambito di attività economiche, finanziarie o commerciali: a) al fatto di promettere, offrire o concedere, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio ad ogni persona che diriga un'entità nel settore privato o lavori per tale entità, a qualunque titolo, per se o per un'altra persona, affinché, in violazione dei propri doveri, essa compia o si astenga dal compiere un atto; b) al fatto, per qualsiasi persona che diriga un'entità del settore privato o che lavori per tale entità, a qualsiasi titolo, di sollecitare od accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio, per sé o per un'altra persona, al fine di compiere o di astenersi dal compiere un atto in violazione dei propri doveri».

³³¹ «Art. 8. Corruzione passiva nel settore privato. Ciascuna Parte adotta le necessarie misure legislative e di altra natura affinché i seguenti fatti, quando sono commessi intenzionalmente nell'ambito di un'attività commerciale, siano definiti reati penali secondo il proprio diritto interno: il fatto per qualsiasi persona che dirige un ente privato o che vi lavora, di sollecitare o di ricevere, direttamente o per il tramite di terzi, un vantaggio indebito, per sé o per terzi, o di accettarne l'offerta o la promessa, affinché compia o si astenga dal compiere un atto in violazione dei propri doveri». «Art. 9. Corruzione di funzionari internazionali. Ciascuna Parte adotta le necessarie misure legislative e di altra natura affinché i fatti di cui agli articoli 2 e 3 siano definiti reati penali secondo il proprio diritto interno qualora coinvolgono una persona che abbia la qualità di funzionario o di impiegato a contratto, secondo lo statuto degli impiegati, di un'organizzazione pubblica internazionale o sovranazionale di cui la parte è membro, così come qualsiasi persona, distaccata o meno presso una tale organizzazione, che esercita funzioni corrispondenti a quelle di detti funzionari o impiegati».

manteneva però in vita un protezione diretta del patrimonio della società, dal momento che l'infedeltà continuava a non rilevare in sé, ma solo in quanto idonea a nuocere all'interesse societario, profilandosi la concorrenza, nonostante le chiare prime avvisaglie di una tinta pubblicistica, ancora come bene recessivo³³².

La rilevanza penale dell'astratta infedeltà emerge invece in termini ben più nitidi con la l. n. 3/2019 che ha modificato i connotati dell'art. 2635 c.c., anzitutto eliminando il requisito del danno per gli interessi della società e abrogando il comma 5 che disponeva la procedibilità a querela per i fatti non distorsivi della concorrenza. Emerge pertanto un nuovo volto della corruzione privata, in cui non solo la ricezione o l'accettazione della promessa ma anche la sollecitazione, per sé o per altri, di denaro o altra utilità non dovuti, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o, altresì più genericamente, degli obblighi di fedeltà risultano perseguibili d'ufficio e comportanti la pena detentiva da uno a tre anni, a prescindere dalla messa lesione di interessi privati.

Viene così maggiormente rispettata quella linea direttrice di matrice europea³³³ volta alla tutela di quei valori (la fiducia e la fedeltà) strumentali al mantenimento e allo sviluppo delle relazioni sociali ed economiche³³⁴, che richiedono dunque il mantenimento di un mercato concorrenziale³³⁵.

³³² R. BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, in G. CANZIO-L.D. CERQUA-L. LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Padova, Cedam, 523 ss.; S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 713 ss.. Considera la modifica operata dalla legge Severino limitata al solo regime di procedibilità e dunque inidonea ad incidere sugli assetti di tutela E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, 433. Di inconciliabilità fra i due interessi (l'uno interno e l'altro esterno alla società) parla poi S. SEMINARA, *Indebita percezione di erogazioni, appropriazione indebita e corruzione privata*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 598.

³³³ Sottolinea tuttavia S. SEMINARA, *Indebita percezione di erogazioni, appropriazione indebita e corruzione privata*, cit., 599 come il recepimento degli artt. 2, 4 e 6 della Decisione quadro 2003/568/GAI e degli artt. 7 e 8 della Convenzione del Consiglio d'Europa non sia completa posto che, da un lato, l'art. 2635 c.c. contiene ancora una ristretta elencazione di soggetti attivi, dall'altro, l'art. 2635 *ter* c.c. limita le pene accessorie interdittive alla corruzione passiva e l'art. 25, lett. *s-bis*), d.lgs. n. 231/2001 pone come reato presupposto della responsabilità amministrativa da reato dell'ente la sola alla corruzione attiva.

³³⁴ Letteralmente, all'art. 7 dell' "Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption" del Consiglio d'Europa, «corruption in the private

La concorrenza certamente è da intendersi, anzitutto, come garanzia di condizioni di accesso egualitarie per tutti gli operatori che vogliano affacciarsi su un determinato mercato. Tuttavia, nell'attuale era delle politiche di mercato, il vero senso del valore della concorrenza va ben oltre ciò: l'accesso paritario (l'esistenza cioè di un mercato aperto) non è fine a sé stesso, ma è strumento di razionalizzazione del mercato, in quanto la repressione delle infedeltà o delle pratiche corruttive permette che sopravvivano sul mercato le imprese maggiormente efficienti e meritevoli, che sono cioè in grado di offrire i prodotti migliori sul mercato. Questa peculiare finalità sottesa alla tutela della concorrenza e del mercato può scorgersi fra le pieghe della normativa a tutela dei consumatori o degli imprenditori c.d. deboli (in cui si mira a un riequilibrio delle disparità informative o economiche per evitare che i "fallimenti dell'autonomia privata" si traducano in fallimenti del mercato, posto che tali *deficit* portano al successo (e dunque a restare sul mercato) non le imprese che investono in ricerca e sviluppo e offrono il miglior prodotto, ma quelle che meglio riescono ad approfittare delle condizioni di inferiorità con, ad esempio, pratiche commerciali scorrette, divenendo dei veri e propri *policymaker*—³³⁶). La stessa tensione finalistica si legge anche nella nuova disciplina di impronta comunitaria dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) e nei successivi numerosi correttivi, attraverso il quale viene perseguito quell'interesse (sovranaZIONALE) a che le pp.aa. non discriminino le controparti contrattuali in ragione della nazionalità e a che sopravvivano così sul mercato le imprese maggiormente efficienti, per effetto di scelte concorrenziali (meritocratiche) che non inquinano il mercato³³⁷.

sphere undermines values like trust, confidence or loyalty, which are necessary for the maintenance and development of social and economic relations».

³³⁵ G.M. FLICK, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, in *Riv. soc.*, 2011, 433.

³³⁶ P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, Cedam, 2008; U. TROIANI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2008, 68. Ma anche F. SGUBBI, *Tutela penale di «interessi diffusi»*, in *Quest. crim.*, 1975, 453 s.; G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, 14, 16, 21; M. ARNONE-E. ILIOPULOS, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, Milano, 2005, *passim*.

³³⁷ L. DONATO (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, in *Banca d'Italia. Quaderni di ricerca giuridica*, 2016, spec. 141. Questa finalizzazione induce coerentemente ad ampliare il campo dei soggetti tenuti ad

Le ragioni in favore di un *enforcement* penalistico della disciplina della concorrenza sono state indicate essenzialmente nella ineffettività di strumenti extrapenali e nella meritevolezza, a fronte di condotte distorsive, della pena detentiva, trattandosi di bene europeo di primaria importanza³³⁸.

Tuttavia risulta evidente come il bene della concorrenza leale assume tratti assai vaghi e flessibili, con la conseguenza che sarebbe stato auspicabile introdurre una fattispecie a forma vincolata, magari riprendendo quelle condotte abusive già stigmatizzate all'interno della disciplina antitrust (artt. 2 e 3 l. n. 287/1990), arricchendole di tratti offensivi in grado di porre in pericolo la possibilità per il pubblico di scegliere fra più prodotti in concorrenza fra loro³³⁹. Se da un lato auspicabile è il rafforzamento di una cultura della legalità e il tante volte menzionato rispetto delle regole del gioco, dall'altro non può sottacersi la contaminazione moraleggiante³⁴⁰ da cui pare affetta l'attuale

adottare procedure di evidenza pubblica (anche dei privati), la platea dei soggetti che vi possono partecipare (anche altre pp.aa.), nonché il campo oggettivo (sono previste procedure ad evidenza pubblica anche per contratti diversi da appalti e concessioni: addirittura attivi e gratuiti). V. artt. 1 e 19 d.lgs. n. 50/2016.

³³⁸ In A. CORDA, *La forza espansiva della matrice*, cit., 839 s. si legge come «applicando il noto modello beckeriano al settore antitrust, la sanzione pecuniaria da applicarsi ad ogni impresa collusa si attesterebbe infatti su cifre largamente distanti dalla capacità economica dell'ente, che sarebbe quindi quasi sempre impossibilitato a farvi fronte (c.d. *inability to pay*). L'applicazione di un simile regime punitivo, oltre a mostrare limiti evidenti, parrebbe suggerire come il ricorso alla pena detentiva nei confronti delle persone fisiche coinvolte nell'attuazione di tali schemi sia desiderabile sotto il profilo della deterrenza. Entro questa prospettiva, un apparato sanzionatorio in materia di intese restrittive della concorrenza che voglia dirsi credibile ed efficace difficilmente sarà in grado di rinunciare *tout court* allo strumento penale in generale, e alla pena detentiva in particolare. Ecco dunque che, oltre al profilo della meritevolezza di pena in relazione al bene tutelato e alle modalità di aggressione, pare sussistere anche un reale bisogno di pena alla luce dell'inefficacia di strumenti di tutela meno afflittivi offerti dall'ordinamento».

³³⁹ Apprezzabile è la proposta di formulazione della fattispecie avanzata da A. CORDA, *La forza espansiva della matrice*, cit., 845: «Chiunque partecipa all'attuazione di un'intesa diretta a impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte attraverso: 1) la fissazione diretta o indiretta del prezzo di acquisto o di vendita di beni o servizi; 2) la turbativa di una gara per l'aggiudicazione di un appalto per la fornitura di beni o servizi; 3) la ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento; oppure 4) la limitazione della produzione, degli sbocchi o degli accessi al mercato, è punito».

³⁴⁰ V. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 21 il quale parla di «settori dove l' "immoralità" appare più foriera di conseguenze pregiudizievoli di

repressione penale del mercimonio della funzione privata, fondata sul semplice compimento o sulla semplice omissione di un atto in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio o degli obblighi di fedeltà (magari irrilevante per il settore extrapenale perché non integrante un abuso di posizione dominante o un'intesa restrittiva della concorrenza).

L'anticipazione della tutela pare presentare dunque tratti di esasperatezza, poiché – anzitutto – non ogni *pactum sceleris* è seguito da una concreta ed esatta attuazione e – inoltre – non ogni attuazione potrebbe interessare la natura aperta del mercato, la libertà di iniziativa privata e dunque di riflesso la possibilità per i consumatori di scegliere liberamente fra più prodotti in concorrenza fra loro³⁴¹. In altri termini, non ogni corruzione è un atto di concorrenza sleale.

Dunque la circostanza che un sistema economico complessivamente retto su prassi corruttive vede minata la propria efficienza, che invece sarebbe garantita da una concorrenza leale, non risulta sufficiente per l'incriminazione strutturata su quello che a tutta evidenza è un pericolo astratto-presunto³⁴² di fattezze così ampie da ricomprendere anche patti corruttivi a valenza tanto ristretta da risolversi in una mera violazione deontologica, lontana dagli interessi del mercato, i quali non sono dalla stessa posti in pericolo, neppure ove sommata ad altre di identiche fattezze, ripetute nel tempo.

5.2. *La violazione (mera) di uno standard etico nell'insider trading ex art. 184 t.u.f.*

interesse pubblico, dove cioè i danni potenziali, quando si verificano, possono essere molto ingenti (danni ai risparmiatori, agli investitori, a masse di contraenti, sino all'economia pubblica in genere): ciò sorregge richieste di interventi di "moralizzazione" anticipata, a carico delle stesse imprese come enti collettivi, sino a implementare la "purezza" e l'eticità dei singoli soggetti commerciali attraverso la criminalizzazione della corruzione privata o di altre condotte (per es. di *insider trading*) non necessariamente pregiudizievoli sul piano del disvalore di evento».

³⁴¹ A. SPENA, *Punire la corruzione*, cit., 833.

³⁴² In questo senso S. SEMINARA, *Indebita percezione di erogazioni, appropriazione indebita e corruzione privata*, cit., 598, il quale parla di «norma fondata sulla trasgressione di un dovere di non venalità in ambito privatistico, proiettato su un interesse così evanescente da tendere verso lo schema del pericolo presunto».

Il tema delle asimmetrie informative (e delle sue ricadute negative sul mercato) permette un collegamento con un'ulteriore fattispecie che è stata spesso additata come strumento di moralizzazione delle relazioni commerciali in un'ottica di garanzia del c.d. *market integrity*: l'abuso di informazioni privilegiate, su cui è da ultimo intervenuto il d.lgs. n. 107/2018, volto all'adeguamento della normativa nazionale al Reg. 596/2014/UE (c.d. "MAR") e all'attuazione (ancorché fortemente lacunosa ³⁴³) della Dir. 2014/57/UE (c.d. "MAD II").

Oggetto di incriminazione risultano, anche dopo l'ultimo intervento legislativo³⁴⁴, le note condotte di *trading* (co. 1 lett. a) dell'art. 184 t.u.f), *tipping* (co. 1 lett. b) dell'art. 184 t.u.f) e *tuyantage* (co. 1 lett. c) dell'art. 184 t.u.f) ad opera del c.d. iniziato, ossia del soggetto in posizione di privilegio informativo, il quale si serve delle informazioni per un vantaggio privato, potendo cioè effettuare negoziazioni – o raccomandarle ad altri – senza addossarsi il normale rischio connaturato all'attività finanziaria (che invece continuerà a ricadere sul resto degli investitori).

Si ritiene comunemente che la fattispecie sia volta alla tutela dell'efficienza del mercato³⁴⁵, che va protetto da coloro i quali possiedono necessariamente maggiori *chances* di lucro, senza che ricorra tuttavia una incontestata evidenza circa l'attitudine offensiva degli abusi di informazioni privilegiate nei confronti della vitalità del mercato³⁴⁶.

³⁴³ F. MUCCIARELLI, *Riforma penalistica del market abuse: l'attesa continua*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 5 ss.; E. BASILE, *L'insider trading riformato...ma non troppo: criticità e prospettive all'indomani del D.Lgs. n. 107/2018*, in *Le società*, 2019, 570 ss.

³⁴⁴ Degna di nota è l'intervenuta abrogazione dell'art. 181 t.u.f. che conteneva la definizione di informazione privilegiata, per la cui delimitazione occorre fare riferimento alla definizione fornita all'art. 7, paragrafi da 1 a 4, del Reg. MAR, che contempla una nozione più ampia della precedente (v. E. BASILE, *L'insider trading riformato...ma non troppo*, cit., 573).

³⁴⁵ F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1466. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. V, 7 novembre 2008, n. 48005, in *Ced.*: «il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di *insider trading* era e continu(a) ad essere l'integrità del mercato, intesa come correttezza e trasparenza delle operazioni che in esso si svolgono, a salvaguardia della quale l'ordinamento intende assicurare la parità informativa tra gli investitori».

³⁴⁶ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 411 s.

Specie con riferimento al *tipping*³⁴⁷ e al *tuyantage* (che si risolvono, rispettivamente, nel comunicare ad altri le informazioni privilegiate e nel raccomandare o indurre altri, sulla base di esse, al compimento di operazioni di *trading*), in cui l'anticipazione dell'intervento penale è vistosa (trattandosi di attività prodromiche allo sfruttamento vero e proprio dell'informazione sul mercato), ma anche con riferimento al *trading* stesso, difficile è individuare un concreto riflesso negativo per il mercato³⁴⁸. Se da un lato può sostenersi come le operazioni di trading, il cui conseguente lucro è facilitato dal possesso di informazioni non note al resto della platea degli investitori, possano portare ad un allontanamento dal mercato di questi ultimi oppure ad un aumento del costo del capitale dovuto alla richiesta di rendimenti sempre più elevati in ragione della maggiore rischiosità dell'investimento (per il soggetto in posizione di debolezza informativa), dall'altro non può in verità dirsi come in questo settore la parità informativa sia strumento (come sostenuto invece nel § precedente) di efficientamento del mercato. Ciò perché «paradossalmente un mercato ove vigesse una totale parità di informazioni sarebbe un mercato non vitale, in quanto verrebbe eliminata a priori ogni possibilità di lucro sulle diverse operazioni»³⁴⁹.

Pare dunque oggetto di incriminazione non tanto la concorrenza sleale, in funzione di garanzia di una maggiore efficienza del mercato, quanto piuttosto un 'odioso privilegio', un'egoistica disobbedienza alle regole del gioco³⁵⁰. E ciò risulta chiaramente confermato da una recentissima pronuncia

³⁴⁷ Rispetto al quale è stato peraltro espunto il riferimento all'assenza di un "giustificato motivo".

³⁴⁸ Per tutti M. LINCIANO-A. MACCHIATI, *Insider trading. Una regolazione difficile*, Bologna, Il Mulino, 2002, 53.

³⁴⁹ R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 413.

³⁵⁰ Per una lettura persino in termini di piena moralità dell'*insider trading* v. T.R. MACHAN, *What is morally right with insider trading*, in *Public Affairs Quarterly*, 1996, 135 ss.: «those who claim otherwise as regard insider trading confuse the market place with a game in which rules are devised or set down with the special purpose of giving everyone an even chance – e.g., when in golf or steeple chasing handicaps are assigned, or when in pro football the lowest ranked team gains first choice in the player drafts. The market is more akin to life itself, in which different persons enter with different assets – talents, looks, genetic make up, economic and climactic circumstances – and they must do their best with what they have. In life, apart from occasionally benefiting from the generosity or charity of others, all one has is a fighting chance».

della Corte di cassazione, che evidenzia come si tratti di un reato di pericolo e di mera condotta, essendo sufficiente l'utilizzo dell'informazione privilegiata per compiere investimenti, sfruttando la conoscenza delle dinamiche finanziarie, *senza che siano necessari l'elisione del margine di rischio dell'investimento e la conseguente realizzazione di un vantaggio e causazione di un corrispondente danno*³⁵¹.

Come anticipato, la più netta anticipazione si ha con riferimento alla mera comunicazione delle informazioni privilegiate, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio o – a seguito della novella del 2018 – di un sondaggio del mercato. Ciò che viene violato è (non il forse più rilevante obbligo di astensione dal porre in essere operazioni ma) l'obbligo di segretezza discendente dalla posizione rivestita, prescindendo completamente l'integrazione del fatto tipico dalla possibilità che i destinatari della rivelazione compiano effettivamente operazioni di *trading* in virtù di essa³⁵².

Non si può tuttavia non evidenziare come al legislatore nazionale resti ormai poca scelta in punto di incriminazione delle condotte qui descritte, posto che l'art. 7 della citata Direttiva MAR³⁵³ fissa un vero e proprio obbligo di criminalizzazione, che non lascia alcuna discrezionalità in capo agli Stati

³⁵¹ Cass. pen., sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999. Secondo questa visione, attraverso l'*insider trading* il legislatore appresta tutela anticipata al buon funzionamento del mercato finanziario, il quale si porrebbe in rapporto di strumentalità rispetto alla tutela di beni ulteriori, fra i quali campeggerebbe il patrimonio degli investitori "disinformati". Nondimeno, si reputa non necessario che il giudice accerti la lesione dell'integrità del mercato, nemmeno sotto forma di pericolo, perchè è il legislatore a presumere che condotte di abuso di informazioni siano per essa pericolose.

³⁵² S. SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, cit., 624 ss.; F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: il delitto e l'illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1467. L'ipotesi delittuosa, prescindendo dal dato dell'effettivo avvalersi dell'informazione per acquistare, vendere o compiere operazioni, va pertanto ricondotta allo schema del pericolo presunto, trattandosi di fattispecie di stampo puramente formale.

³⁵³ «Articolo 7. Sanzioni penali per le persone fisiche. 1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i reati di cui agli articoli da 3 a 6 siano punibili con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive. 2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i reati di cui agli articoli 3 e 5 siano punibili con la pena della reclusione per una durata massima non inferiore ad anni quattro. 3. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché il reato di cui all'articolo 4 sia punibile con la pena della reclusione per una durata massima non inferiore ad anni due».

membri in punto di natura dell'illecito da introdurre nelle legislazioni nazionali³⁵⁴, considerato che richiede al co. 2 che le condotte di cui all'art. 3 (abuso di informazioni privilegiate, raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate)³⁵⁵ siano punibili con la pena della reclusione per una durata massima non inferiore ad anni quattro.

³⁵⁴ Sugli abusi di mercato come vero e proprio paradigma del processo di europeizzazione della disciplina penale del sistema finanziario v. L. FOFFANI, *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 65 ss., il quale evidenzia come questo settore sia stato oggetto (a partire dalla Direttiva 89/592/CEE) di una sorta di applicazione *ante litteram* dell'art. 83 par. 2 del Trattato di Lisbona, «ossia del rafforzamento attraverso un composito arsenale sanzionatorio – nel quale ha finito con l'assumere un ruolo da protagonista lo strumento penale – di un assetto di disciplina già ampiamente modellato e conformato da politiche comunitarie di armonizzazione assunte in sede civile e amministrativa».

³⁵⁵ «Articolo 3. Abuso di informazioni privilegiate, raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate. 1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché l'abuso di informazioni privilegiate, la raccomandazione o l'induzione di altri alla commissione di un abuso di informazioni privilegiate di cui ai paragrafi da 2 a 8, costituiscano reati, almeno nei casi gravi e allorquando siano commessi con dolo. 2. Ai fini della presente direttiva, si ha abuso di informazioni privilegiate quando una persona in possesso di informazioni privilegiate utilizza tali informazioni acquisendo o cedendo, per conto proprio o per conto di terzi, direttamente o indirettamente, gli strumenti finanziari cui tali informazioni si riferiscono. 3. Il presente articolo si applica a chiunque possieda informazioni privilegiate: a) in quanto membro di organi amministrativi, di direzione o di controllo dell'emittente o del partecipante al mercato delle quote di emissioni; b) in ragione della sua partecipazione al capitale dell'emittente o del partecipante al mercato delle quote di emissioni; c) in quanto avente accesso a tali informazioni nell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione ovvero di una funzione o ufficio; oppure d) in ragione del suo coinvolgimento in attività delittuose. Il presente articolo si applica anche a chiunque abbia ottenuto informazioni privilegiate anche in ragione di circostanze diverse da quelle indicate al primo comma e sia a conoscenza del carattere privilegiato di tali informazioni. 4. E' considerato abuso di informazioni privilegiate anche l'utilizzo di informazioni privilegiate tramite annullamento o modifica di un ordine concernente uno strumento finanziario al quale le informazioni si riferiscono quando tale ordine è stato inoltrato prima che la persona interessata entrasse in possesso di dette informazioni privilegiate. 5. In relazione alle aste di quote di emissioni o di altri prodotti correlati che si tengono ai sensi del regolamento (UE) n. 1031/2010, l'utilizzo di informazioni privilegiate di cui al paragrafo 4 del presente articolo si configura anche quando una persona presenta, modifica o ritira un'offerta per conto proprio o per conto di terzi. 6. Ai fini della presente direttiva, raccomandare ad altri di commettere un abuso di informazioni privilegiate ovvero indurre altri a commettere un abuso di informazioni privilegiate si configura allorché

CAPITOLO III

I TRATTI PERSONALISSIMI DEL PENALE FALLIMENTARE

SOMMARIO: 0. Premessa. - 1. La tecnica legislativa nella bancarotta e la ricostruzione in termini di pericolo concreto. - 1.1. Dall'eterno dibattito sulla 'zona di rischio penale' al vero "terreno di conflitto" dell'attualità dell'offesa nella bancarotta prefallimentare. - 2. I rapporti tra le condizioni obiettive di punibilità e il pericolo come elemento della fattispecie. La giustificazione della bancarotta riparata. - 3. Il disvalore di contesto e la valenza fallimentare e non meramente patrimoniale dell'illecito. Il nesso di rischio. - 4. L'incidenza della crisi del dogma della garanzia patrimoniale generica sulla tipizzazione del rischio illecito.

0. Premessa.

L'utilizzo dell'aggettivo 'personalissimi' vuole qui evocare due distinti aspetti: da un lato, l'estrema *peculiarità* della figura della bancarotta che si differenzia all'interno del diritto penale economico per una considerevole severità sanzionatoria e per una tecnica legislativa certamente originale, dall'altro per la natura degli interessi protetti, che presentano una fisionomia più "tradizionale", perché a natura prettamente *individuale* (personalissima, appunto), senza venature pubblicistiche, funzionali o istituzionali (sono infatti superate le ormai risalenti, ancorché autorevoli, ricostruzioni che intendevano

una persona possiede tali informazioni e: a) raccomanda, sulla base di tali informazioni, ad altri di acquisire o cedere strumenti finanziari cui le informazioni si riferiscono o induce altri a compiere tale acquisizione o cessione; oppure b) raccomanda, sulla base di tali informazioni, ad altri di annullare o modificare un ordine concernente uno strumento finanziario cui le informazioni si riferiscono o induce altri a compiere tale annullamento o modifica. 7. L'utilizzo della raccomandazione o dell'induzione di cui al paragrafo 6 costituisce abuso di informazioni privilegiate quando la persona che sfrutta la raccomandazione o l'induzione è a conoscenza del fatto che queste si basano su informazioni privilegiate. 8. Ai fini del presente articolo, dalla mera circostanza che una persona possieda o abbia posseduto informazioni privilegiate non dovrà farsi discendere la conseguenza che tale persona abbia usato tali informazioni e abbia in questo modo commesso un abuso di informazioni privilegiate attraverso operazioni di acquisizione o cessione, quando la sua condotta può qualificarsi come legittima ai sensi dell'articolo 9 del regolamento (UE) n. 596/2014».

le fattispecie incriminatrici in materia volte alla protezione dell'economia pubblica o dell'amministrazione della giustizia³⁵⁶).

Un'analisi delle anticipazioni delle tutele non può naturalmente trascurare il settore fallimentare (o meglio, deve ormai parlarsi di settore della 'liquidazione giudiziale'³⁵⁷). E' vero che rimaniamo qui ancorati a interessi tradizionali, individuali e di impronta patrimoniale, per cui il bene non può certo dirsi sfuggente, ma il rischio per un avanzamento indiscriminato dell'intervento penale non pare per ciò solo scongiurato.

La figura chiave della bancarotta si presta infatti, nella forma prefallimentare, ad un'applicazione vastissima, ossia ad un'applicazione, per usare le espressioni della giurisprudenza, alle distrazioni "in qualsiasi tempo commesse".

Si vedrà come – una volta correttamente individuata l'oggettività giuridica – la fattispecie di bancarotta sia stata qualificata come reato di pericolo concreto. Nell'ipotesi prefallimentare però la corretta selezione dei

³⁵⁶ V. nt. 9.

³⁵⁷ La materia è stata oggetto di una recente riforma, con l'introduzione del «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza» (d'ora in avanti nuovo codice o CCII) ad opera del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che ha dato attuazione alla legge delega 19 ottobre 2017 n. 155, e che ha interamente sostituito il R.d. 16 marzo 1942, n. 267. Le modifiche di interesse per il penalista sono invero ridotte e pressoché nominalistiche (*Infra* § 1.2. Per tutti R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 2019). Come si legge nella relazione illustrativa al nuovo codice «la legge delega esclude [...] la bancarotta dal campo di intervento del decreto attuativo» e «manca ogni indicazione volta alla riformulazione delle disposizioni incriminatrici della legge fallimentare». Come disposto poi dall'art. 349 CCII «nelle disposizioni normative vigenti, i termini «fallimento», «procedura fallimentare», «fallito» nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituiti, rispettivamente, con le espressioni «liquidazione giudiziale», «procedura di liquidazione giudiziale» e «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale» e loro derivati, con salvezza della continuità delle fattispecie».

Il governo ha esercitato il potere delegato introducendo poi all'art. 25 CCII (in ossequio ai criteri direttivi di cui all'art. 4, comma 1, lett. h) della legge delega), la previsione di una causa di non punibilità e una circostanza attenuante ad effetto speciale, che fungono da "misure premiali" per l'imprenditore che si sia tempestivamente attivato ricorrendo agli strumenti di emersione anticipata della crisi di nuovissima generazione (la composizione assistita della crisi) ovvero quelli già noti dell'accordo di ristrutturazione e del concordato preventivo, ovvero ancora abbia proposto ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

fatti pericolosi non può che dipendere dal contributo tipizzante del contesto, dall'individuazione di quella nota 'zona di rischio penale'. In tale opera di ricostruzione si viene ad oggi in verità soccorsi dall'intervento del legislatore del 2019 il quale si è cimentato in una tanto attesa definizione legale di crisi e dei suoi indicatori (artt. 2, co. 1 lett. a) e 13 CCII) che certamente agevolano il tentativo di definizione di uno statuto penale dell'imprenditore in *distress* finanziario o, per utilizzare espressioni del legislatore sovranazionale, dell'imprenditore *failing or likely to fail*, come si legge nelle linee guida della Commissione delle Nazioni Unite sull'*international trade law*³⁵⁸, posto che dovrebbe segnare il momento a partire dal quale scattano quei doveri tipici degli amministratori nei periodi di pre-insolvenza («*directors' obligations in the period approaching insolvency*»³⁵⁹).

1. *La tecnica legislativa nella bancarotta e la ricostruzione in termini di pericolo concreto.*

Mentre nella bancarotta post-fallimentare (*rectius* successiva alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale) nessun dubbio è mai sorto in ordine al ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento/liquidazione giudiziale (reputata elemento costitutivo del reato), successivamente alla quale scatta una vera e propria soglia di rischio illecito, in cui qualsivoglia condotta pone in pericolo la soddisfazione dei creditori, nell'ipotesi prefallimentare annoso è stato il dibattito sul ruolo della sentenza dichiarativa del giudice delegato, dibattito che risulta invero ormai sopito o quanto meno disinnescato da una pressoché totale concordia in seno alla dottrina e da un'importante apertura della giurisprudenza della Cassazione del febbraio del 2017³⁶⁰ che ha riconosciuto come si tratti di una condizione obiettiva di punibilità³⁶¹.

³⁵⁸ Nella menzionata legge delega al governo per la riforma del diritto fallimentare figurava fra i criteri direttivi (all'art. 1, co. 2) proprio l'onere di armonizzare le disposizioni di legge con la normativa comunitaria e con i principi della *Model Law* elaborati in materia di insolvenza dalla *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL).

³⁵⁹ *United Nations Commission on International Trade Law, Working Group V (Insolvency Law) Forty-third session*, New York, 15-19 Aprile 2016.

³⁶⁰ Cass. pen., sez. V, 8 febbraio 2017 (dep. 22 marzo 2017), n. 13910, Rv. 269389, Presidente: Fumo M., Estensore: De Marzo G., Relatore: De Marzo

Il vero nodo problematico non può dirsi però sciolto, anzi appare forse ancor più attuale: la necessità di ricostruire un *limite temporale* all'incriminazione di condotte assai risalenti nel tempo³⁶², la quale incriminazione renderebbe precaria la vita d'impresa (sempre sottoposta alla spada di Damocle di una responsabilità penale nel caso in cui si giunga alla liquidazione giudiziale), rimane in tutta la sua urgenza. Se si tratta di condizione obiettiva di punibilità, dunque di elemento estraneo al precetto, il *regressus*, nella ricerca dei fatti punibili, rischia davvero di essere *ad infinitum*. Basta, ad esempio, una dissipazione e che – anche molto tempo dopo – l'imprenditore sia sottoposto a liquidazione giudiziale.

Il primo tentativo di ricostruire un limite temporale risale, notoriamente, agli studi di Pietro Nuvolone, la cui impostazione muoveva

G., Ricorrente: Santoro, P.M. Lori. Tra i primi commenti cfr. N. PISANI, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: un apparente revirement della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017/9, 1158; F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale d'insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta pre-fallimentare*, in *Le società*, 2017/7, 897 ss.; C. SANTORIELLO, *Anche per la cassazione la sentenza di fallimento è una condizione di punibilità*, in *ilpenalista.it*, 2017.

³⁶¹ Per una puntuale disamina dell'evoluzione del dibattito sul punto v. E. RECCIA, *La sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta prefallimentare. Spunti di riflessione*, Torino, Giappichelli, 2018. La posizione della dottrina dominante si pone peraltro in conformità con il contenuto della relazione ministeriale al Regio Decreto del 16 marzo 1942, n. 267 (cpv. n. 48), che inquadra la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione obiettiva di punibilità, in quanto, considerata al contrario un elemento costitutivo del reato indebolirebbe la difesa penale del credito che permette la sopravvivenza delle imprese commerciali (Cfr. L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 102, nt. 11; M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, Cedam, 2011, 2408).

³⁶² La ricognizione qui proposta trova la sua ragion d'essere nella necessità di ristabilire un corretto bilanciamento fra l'esigenza di non disincentivare l'assunzione del rischio d'impresa, ancorché rientrante in un contesto di crisi patrimoniale o di liquidità, e il bisogno di apprestare adeguata tutela ai soggetti esposti alle possibili conseguenze negative delle scelte aziendali; e dunque di formulare i presupposti per un corretto giudizio di responsabilità penale. La mancanza di chiarezza circa il contesto temporale all'interno del quale assumono rilievo penale gli atti di disposizione patrimoniale danneggia e indebolisce la disciplina dell'insolvenza e veicola l'intervento di una repressione penale frutto di *una logica d'autore*, che reprime, cioè, la condotta a fronte della (sola) rilevanza della posizione economica e sociale rivestita dall'imprenditore, in seguito a valutazioni giudiziali basate sul – comunemente criticato – “senno del poi”.

dalla considerazione dell'interesse pubblicistico-processuale «*al massimo soddisfacimento* di tutti i creditori secondo i criteri della *par condicio*»³⁶³ come bene giuridico tutelato da tutte le norme penali propriamente concorsuali³⁶⁴. In quest'ottica, la zona di rischio penale, dovendo coincidere con la messa in pericolo del bene protetto, giungeva essenzialmente a identificarsi con il presupposto stesso della procedura fallimentare, ossia lo stato di insolvenza, da intendersi come la «incapacità organica dell'impresa a far fronte con mezzi normali alle proprie obbligazioni»³⁶⁵.

Un primo rilievo critico nei confronti di siffatta impostazione è certamente quello relativo all'arbitraria esclusione dal novero dei fatti punibili di quelle condotte *da sole sufficienti a produrre l'insolvenza*, e dunque poste in essere in condizioni finanziarie «sane»³⁶⁶. L'Autore propone, per superare tale *impasse*,

³⁶³ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1955, 24; ID., *Reati in materia di fallimento*, in *Enc. dir.*, 478. Secondo questo Autore sarebbe una conferma in tal senso in fatto che «la punibilità venga sempre (ad eccezione di un caso) *subordinata al verificarsi della dichiarazione di fallimento*: se fosse sufficiente l'esistenza di un danno patrimoniale, la condizione apparirebbe del tutto superflua dato che il danno si è verificato già prima» (*ibi*, 25). Dello stesso avviso C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, Giappichelli, 2000, 8, secondo il quale il patrimonio dei creditori non può essere considerato il bene giuridico protetto dal momento che determinati comportamenti sono puniti (e dunque il bene-patrimonio sarebbe protetto) soltanto dopo l'accertamento giurisdizionale dell'insolvenza (*ibi*, 9).

³⁶⁴ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 26. Dello stesso avviso G. COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, in C. PALAZZO-E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2007, 1145, secondo il quale «è il sistema concorsuale vigente a porre un limite estremamente rigoroso al diritto di proprietà, che trova giustificazione anche nella natura non meramente patrimoniale del bene di categoria tutelato da tali fattispecie».

³⁶⁵ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 30.

³⁶⁶ Questo rilievo è contenuto già in G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, cit., 444. Cfr. altresì, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, Giuffrè, 2008, 44, ss. In particolare, nota l'Autore che «anche a prescindere dall'ipotesi prevista nel secondo comma dell'art. 217 (irregolare tenuta delle scritture contabili), per la quale la legge in modo espresso fissa il periodo entro il quale l'illecito penale può verificarsi (nei tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento o dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata), non sarebbero punibili i fatti di bancarotta che hanno cagionato l'insolvenza e che perciò necessariamente la precedono, come, ad es., la distrazione di beni di un fallimento preordinato, le operazioni di grave imprudenza e gli sperperi che hanno determinato

la distinzione fra atti da reputarsi sempre vietati, ossia quelli tendenti strutturalmente a determinare uno squilibrio finanziario irrimediabile, e atti che possono dirsi rientranti nella sfera del lecito o dell'illecito a seconda che siano posti in essere, rispettivamente, prima o dopo la verifica dell'insolvenza³⁶⁷.

Non pare, tuttavia, superabile la critica di quanti hanno sottolineato come tale ricostruzione *non trovi alcun addentellato nella fattispecie legale* (e nulla è cambiato con riferimento alle nuove fattispecie di cui agli artt. 322 ss. CCII), la quale appunto non pone necessariamente il dissesto sullo sfondo delle condotte tipiche³⁶⁸; se il legislatore avesse inteso richiedere, ai fini della punibilità, un tale contesto, lo avrebbe fatto espressamente come nelle ipotesi previste dagli artt. 217, comma 1, nn. 3 e 4 (oggi art. 323, co. 1 lett. d) ed e) CCII), 218, comma 1 (oggi art. 325 CCII) e 224, n. 2, l. fall (oggi art. 330 lett. b) CCII). Inoltre, parimenti condivisibile è che l'impostazione in esame condurrebbe a configurare un *intervento punitivo* del diritto penale *eccessivamente tardivo*, perché relegato ad una situazione in cui la lesione del bene giuridico risulta già attuale ed effettiva³⁶⁹.

Si è tentato allora in dottrina di prendere le distanze da tale ricostruzione, basata sul criterio formale della prossimità dei fatti di bancarotta all'avvio della procedura concorsuale, intendendo limitare nel tempo la punibilità dei fatti di bancarotta in virtù di un'attitudine "selettiva" dell'elemento psicologico³⁷⁰. In quest'ottica si è sostenuto che, nonostante condotte *astrattamente* tipiche possano essere poste in essere in qualsiasi momento della vita dell'impresa, l'*intenzione di recare un pregiudizio ai creditori* (che viene qui estesa – nonostante il dato strettamente letterale la contempli

il dissesto, ecc.; ma ciò è evidentemente in aperto contrasto con la lettera della legge e soprattutto con gli scopi che questa persegue» (*ibi*, 44, nt. 36).

³⁶⁷ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 29.

³⁶⁸ C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., 11.

³⁶⁹ G. COCCO, *Reati fallimentari*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 4855.

³⁷⁰ Così, ad esempio, A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, Priulla, 1957, 81 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 132 e 159; L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, Torino, Utet, 1991, 188; I. SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, Giuffrè, 1982, 87. Secondo quest'ultimo Autore «il solo altro correttivo, che alla stregua del diritto positivo è possibile apportare alla cenata regola dell'illimitato retrotrarsi nel tempo degli effetti della dichiarazione di fallimento, attiene al profilo subbiettivo».

unicamente in relazione all'esposizione e il riconoscimento di passività inesistenti – anche alle ipotesi di distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione o dissipazione) o *di avvantaggiare indebitamente uno di essi* non può che accompagnare *le sole condotte* poste in essere in *previsione* del fallimento, quando esso cioè esso si prospetta come probabile all'autore, il quale, in altre parole, «è in dissesto o in procinto di cadervi»³⁷¹.

Tuttavia, occorre dar conto del fatto che il dolo opera sì un importante ruolo di selezione dei comportamenti penalmente rilevanti, ma soltanto, com'è ovvio, a livello di imputazione soggettiva³⁷²: si esclude pertanto la punibilità ove accada, ad esempio, che l'imprenditore, «pur agendo in una zona di rischio, non si sia rappresentato la situazione concreta che poteva attivare tale rischio, per incapacità, incompetenza *etc.*; o che non abbia accettato il rischio di compromissione della garanzia patrimoniale, connesso alla data operazione, ritenendo, per errata valutazione del contesto dei fattori esterni all'impresa, che quel dato rischio fosse adeguatamente fronteggiabile con un fisiologico ricorso al credito»³⁷³.

A ben vedere, però, il riferimento alla valenza selettiva dell'elemento psicologico è frutto di un fraintendimento, ossia della convinzione (che pare del tutto errata) che il soggetto animato dal dolo di lesione agisca soltanto in presenza di un'effettiva *chance* di raggiungere il proprio scopo. Ad un'attenta analisi non sembra che si possa attribuire rilevanza alcuna, ai fini della punibilità, a quello che correttamente è stato definito un «abbaglio del debitore»³⁷⁴, ossia alla circostanza che questi «avesse impresso la finalità di ledere la garanzia patrimoniale a comportamenti concretamente *privi di*

³⁷¹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 159.

³⁷² Senza che con ciò si intenda svilire la fase necessaria di accertamento dell'elemento psicologico richiesto dalla fattispecie. Si noti invece come, assai di recente, la Cassazione (Cass. pen., sez. V, 8 aprile 2015, n. 7004) abbia affrontato il piano dell'imputazione soggettiva, ossia giungendo a considerare accertato il dolo nel caso in cui l'imprenditore abbia ommesso di riscuotere i canoni di locazione su d'un immobile di proprietà della società fallita, argomentando che tale omissione non possa essere considerata frutto di mera negligenza, trattandosi di somme considerevoli, costituenti, tra l'altro, l'unica entrata della società fallita (*dolus in re ipsa?*).

³⁷³ N. PISANI, *Attualità dell'offesa e 'zona di rischio penale' nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., 13.

³⁷⁴ C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., 15.

rischiosità per l'equilibrio patrimoniale dell'impresa, nel momento in cui detti atti fossero stati compiuti»³⁷⁵.

La ricostruzione di un'area di rischio fallimentare secondo *parametri oggettivi*, ossia di un limite materiale prima che psicologico, è invece riscontrabile in dottrina laddove si è parlato di necessaria *offensività in concreto* dei fatti di bancarotta. Ci si riferisce, è evidente, alla nota tesi di Cesare Pedrazzi, la quale parrebbe superare le criticità proprie del considerare penalmente rilevanti le sole condotte poste in essere in stato di decozione. Essa prende invero le mosse da una precisa concezione dell'oggettività giuridica tutelata dalle norme in questione, peraltro ad oggi nettamente maggioritaria³⁷⁶.

Le fattispecie in esame sono delitti contro il *patrimonio*, caratterizzati dalla peculiarità di realizzarsi all'interno della sfera patrimoniale del soggetto agente ³⁷⁷, l'imprenditore. Si tratterebbe, più specificamente, di norme (compresa l'ipotesi post-fallimentare) poste a tutela del *diritto di credito*, diritto che ha carattere patrimoniale, e non già economico³⁷⁸, stante l'asserita natura strettamente individuale dello stesso (in quanto facente capo alla categoria dei creditori che è «aperta e mobile ma pur sempre finita») e non metaindividuale³⁷⁹. Tale diritto sarebbe in tal senso assistito da una tutela

³⁷⁵ IBIDEM. Il corsivo è aggiunto.

³⁷⁶ Cfr., a titolo esemplificativo, G. DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1976; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 13 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 25; L. CONTI, *Fallimento (reati in materia di)*, in *Noviss. dig.*, 2002, 1168 ss.

³⁷⁷ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in ID., *Diritto penale: scritti di diritto penale dell'economia*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2003, 972.

³⁷⁸ A questo proposito viene in rilievo la distinzione fra beni-oggetto e beni-scopo, cfr., M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 153 ss.

³⁷⁹ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 977. Secondo questo Autore l'oggettività giuridica tutelata non può essere identificata con l'economia pubblica (nonostante sia, aggiungiamo noi, effettivamente possibile il c.d. effetto domino sul piano dell'economia nazionale), pena la confusione fra bene tutelato e motivo della tutela: riprendendo le parole di Delitala si noti che «certo, tutelando il credito, si fa cosa vantaggiosa per il commercio e conseguentemente per l'economia della nazione, ma ciò non toglie che l'oggetto immediato della tutela sia propriamente costituito dal diritto soggettivo dei creditori» (G. DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., 1935, 841). Parimenti, potrà escludersi che il bene tutelato sia costituito dalla corretta amministrazione della giustizia. Il ragionamento dell'Autore, che muove dalla constatazione che l'obbligo di tenuta delle scritture contabili è sì posto a salvaguardia della solvibilità ma «serve anche agli interessi globali del sistema economico, che si vuol proteggere da fattori di turbativa, in considerazione di

penale contro gli atti di illecita disposizione dei beni del debitore, contro la violazione dell'obbligo di ostensibilità e contro il favoreggiamento di alcuno dei creditori a danno della massa³⁸⁰.

Proprio l'individuazione di questo interesse giuridico conduce a ritenere che un *atto di disposizione patrimoniale* finché non si presenti (in base ad una valutazione *ex ante*³⁸¹) come *idoneo* a mettere a repentaglio proprio la capienza del patrimonio dell'imprenditore³⁸² permanga all'interno di un'area di rischio accettabile³⁸³, rientrando, più precisamente, nell'esercizio del diritto (*id est*, il diritto del titolare di disporre dei beni del proprio patrimonio), il quale non determinerebbe la sussistenza della scriminante *ex art. 51 c.p.*, ma sarebbe il frutto di una interpretazione restrittiva delle disposizioni di legge «rispondente, essa sola, alla *ratio legis*»³⁸⁴.

un'interdipendenza tra gli organismi produttivi che non si limita ai rapporti creditizi», conduce a ritenere che «si tratta, anche questa volta, di una tutela riflessa, che nulla aggiunge a livello di fattispecie: gli interessi della procedura sono tutelati nella misura in cui lo richiede l'oggettività giuridica immediata, rappresentata dall'interesse dei creditori» (C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 981 e 983). Cfr. anche L. CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, cit., 179, secondo il quale l'art. 216, comma 1, n. 2 perseguirebbe lo scopo «della dissuasione verso il reo» e quello «di più agevole reperimento a vantaggio dei creditori». La natura patrimoniale della bancarotta è poi diffusamente argomentata alla luce della previsione *ex art. 219 l. fall.* di un aumento di pena per il danno patrimoniale di particolare gravità e una diminuzione per quello di speciale tenuità (C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, cit., 843; cfr. anche U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 18).

³⁸⁰ G. DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, cit., 840.

³⁸¹ Cfr. N. PISANI, *Attualità dell'offesa e 'zona di rischio penale' nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., 15 s.

³⁸² Si è notato a questo proposito come «nessuno penserebbe di punire l'imprenditore che "distrugga" attrezzi divenuti inservibili o scarti di lavorazione; solo l'interesse tutelato può fornire l'indispensabile parametro valutativo» (C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., 12).

³⁸³ Il principio in questione pare sancito in Cass. SS.UU., 12 giugno 2009, n. 24468: «la bancarotta tutela l'integrità del patrimonio nella sua peculiare funzione di garanzia dei creditori mentre l'appropriazione indebita (tutela) l'inviolabilità del diritto di proprietà e quindi l'integrità del patrimonio in sé considerato».

³⁸⁴ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 993. Dalla natura patrimoniale delle fattispecie in esame viene tratta la conclusione per cui la bancarotta sussiste soltanto nei limiti in cui si verifichi un pregiudizio alla garanzia patrimoniale generica dei creditori di cui all'art. 2740 c.c., non potendo invece sussistere qualora essa, nonostante sia stato posto in essere un atto di disposizione

La considerazione dell'offesa agli interessi dei creditori come requisito della fattispecie costituirebbe un'esigenza interpretativa immanente alla stessa normativa penale in esame³⁸⁵ e deriverebbe, in prima battuta, da una valutazione degli interessi in gioco. Stante l'incidenza dei fatti di bancarotta sul patrimonio stesso del soggetto agente, si è detta impensabile una compressione del diritto di proprietà (costituzionalmente garantito *ex art. 42 Cost.*) oltre la misura concretamente necessaria a garantire gli interessi creditori (peraltro non sovraordinati, ma essi stessi di natura patrimoniale). Compressione che potrebbe rilevarsi altresì confliggente con la libertà di iniziativa economica (*art. 41 Cost.*), che implica l'assunzione di quei rischi strutturalmente connessi ad ogni attività commerciale³⁸⁶.

La considerazione della fattispecie in esame come reato di pericolo concreto potrebbe altresì fondarsi sull'esistenza di strumenti civilistici deputati alla tutela del medesimo interesse, la cui operatività è limitata alle sole situazioni di effettivo pericolo. Difatti, il ricorso sul terreno civilistico a strumenti quali l'azione surrogatoria (*ex art. 2901 c.c.*) e l'azione revocatoria (ordinaria *ex art. 2900 c.c.*) risulta legittimo soltanto qualora non siano reperibili nel patrimonio del debitore «beni *sufficienti* ad assicurare la realizzazione coattiva del diritto di credito»³⁸⁷. Se questo limite vale per il diritto civile, al fine di evitare illegittime interferenze nella sfera giuridica del debitore, dovrebbe altresì valere, in ossequio al principio di sussidiarietà, in campo penale; sarebbe altrimenti «singolare se proprio la tutela più drastica debordasse dai confini tracciati ai rimedi civilistici»³⁸⁸.

Una lettura in chiave di pericolosità concreta della *bancarotta documentale* (*art. 216, comma 1, n. 2*) richiede invece puntualizzazioni ulteriori. In questa differente fattispecie la condotta tipica è per sua natura più lontana dal momento di effettivo prodursi del danno agli interessi dei creditori, interessi che peraltro non si contrappongono in questo caso al diritto di proprietà del

patrimoniale, non risulti in alcun modo lesa (U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 17, nt. 4).

³⁸⁵ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 988.

³⁸⁶ C. PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 989.

³⁸⁷ R. NICOLÒ, *Surrogatoria - Revocatoria*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1958, 4 riportato da C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 990.

³⁸⁸ IBIDEM.

soggetto agente³⁸⁹. Tuttavia, una delimitazione delle condotte incriminabili può comunque aversi in virtù della necessità che la condotta abbia reso impossibile la conoscenza di *informazioni di rilievo per la tutela delle ragioni creditorie*, stante «l'esigenza di ancorare il dolo specifico [con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori] a un'obiettiva direzione e attitudine della condotta»³⁹⁰. Pare condivisibile il rilievo che «ciò che conta non è l'ostensibilità del patrimonio in senso assoluto, ma quella particolare ostensibilità che trova la sua ragione nel fallimento comunque nell'eventualità del medesimo e la sua causa ultima nella protezione dei creditori»³⁹¹.

Del tutto simile può dirsi la valutazione delle violazioni di natura contabile previste dall'art. 232, co. 2 CCII (che ricalca il vecchio art. 217, comma 2 l. fall.): nonostante la norma garantisca ai creditori una tutela assai avanzata (prescindendo da una valutazione in concreto dei riflessi della condotta sugli interessi di tali soggetti) non si potrebbe prescindere, secondo la dottrina in esame, dal valutare l'omissione, l'irregolarità o l'incompletezza delle scritture secondo il parametro della loro idoneità documentale³⁹².

Per quanto attiene alla *bancarotta preferenziale*, invece, sembra richiedersi una situazione di effettivo *squilibrio patrimoniale*³⁹³, in modo tale che non sia

³⁸⁹ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 994.

³⁹⁰ IBIDEM.

³⁹¹ L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, cit., 179. Cfr. anche G. DELITALA, *L'oggetto della tutela*, cit., 282.

³⁹² C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 995.

³⁹³ Pedrazzi parla di squilibrio patrimoniale, mentre a nostro parere pare più corretto riferirsi allo squilibrio *finanziario*, inteso come assenza di copertura delle uscite con la liquidità e le entrate previste a breve periodo (cfr. G. FIORI-R. TISCINI, *Economia aziendale*, Milano, Egea, 2014, 390 s.), senza che a nulla rilevi la copertura o meno del passivo con l'attivo. Si precisi tuttavia che si può parlare di squilibrio finanziario quando non vi sia, appunto, la *prova della solvibilità*, rimanendo, però, *assolutamente ininfluyente quale sia la «fonte del fabbisogno finanziario del debitore»* (S. BONFATTI-P. F. CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2013, 14; il corsivo è nostro). Non si può, infatti, far discendere la solvibilità dalla «capacità dell'impresa di trarre dal suo ordinario esercizio i mezzi necessari per soddisfare le obbligazioni in scadenza», in quanto, così ragionando, si determinerebbe il fallimento dell'imprenditore che, pur potendo reperire *altrove* i mezzi necessari per adempiere alle proprie obbligazioni, non riesca a ristabilire l'economicità dell'impresa. Si attribuirebbe in questo modo al fallimento il compito di cancellare dal mercato le realtà improduttive, compito che il fallimento per legge non ha (*ibi*, 13).

possibile adempiere alle obbligazioni assunte alle relative scadenze³⁹⁴. A nulla varrebbe l'individuazione del solo elemento psicologico: se il suddetto squilibrio fosse una mera rappresentazione errata del soggetto agente non potrebbe dirsi integrata la fattispecie tipica per inidoneità dell'azione (art. 49, comma 2, c.p.)³⁹⁵. Si noti poi che situazioni di squilibrio all'interno della vita di un'impresa potrebbero ben verificarsi senza assumere i connotati dell'irreversibilità. A fronte di problemi di liquidità, l'imprenditore potrebbe non essere in grado di adempiere alle obbligazioni assunte *tempestivamente*; tuttavia fino a che l'imprenditore reputa di poter far fronte a ogni suo debito, sia pure con qualche ritardo, l'alterazione della *par condicio* resta mera sfasatura temporale degli adempimenti, magari irregolare e ingiusta³⁹⁶ ma senza alcuna rilevanza *penale*³⁹⁷.

Può dunque dirsi che la selezione delle condotte penalmente rilevanti sia legata ad una valutazione (*ex ante*) delle circostanze concrete in cui esse furono poste in essere e ad un accertamento (*ex post*) circa la *persistenza degli effetti* di tali condotte *al momento della dichiarazione di fallimento*³⁹⁸, non potendosi

³⁹⁴ C. PEDRAZZI, *Art. 216*, cit., 116.

³⁹⁵ C. PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 118.

³⁹⁶ C. PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 119.

³⁹⁷ Gli aspetti problematici sin qui affrontati non paiono invece emergere nella ipotesi post-fallimentare. Ci si limita qui ad osservare come in tal caso, essendosi già aperta la procedura concorsuale, l'offensività possa dirsi automatica ed immediata, «*in re ipsa*» (C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 995). Diversamente, nelle ipotesi pre-fallimentari la condotta tipica pare determinare unicamente una esposizione a pericolo degli interessi tutelati, la quale esposizione tuttavia ne determina una intrinseca illiceità prima ancora che intervenga il fallimento (Cfr. N. PISANI, *Attualità dell'offesa e 'zona di rischio penale' nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., 16).

³⁹⁸ In tal senso Cass. pen., sez. V, 24 novembre 2017, n. 57759, in *Ced*: «La bancarotta cosiddetta "riparata" si configura, determinando l'insussistenza dell'elemento materiale del reato, quando la sottrazione dei beni venga annullata da un'attività di segno contrario, che reintegri il patrimonio dell'impresa prima della soglia cronologica costituita dalla dichiarazione di fallimento, così annullando il pregiudizio per i creditori»; Cass. pen., sez V, 17 luglio 2014, n. 47616: «rimane esente da pena il soggetto che impoverisca una società di risorse enormi, quando questa può comunque continuare a disporre di ben più rilevanti, idonee a fornire garanzia per le possibili pretese creditorie», per cui «non integra il delitto (...) il finanziamento concesso al socio e da questi restituito in epoca anteriore al fallimento, in quanto la distrazione costitutiva del delitto di bancarotta si ha solo quando la diminuzione della consistenza patrimoniale comporti uno squilibrio tra attività e passività, capace di

sostenere la meritevolezza di pena nei confronti di fatti la cui carica offensiva sia ormai scomparsa³⁹⁹, posto che la bancarotta ha natura patrimoniale e non riveste la natura di reato di mera condotta⁴⁰⁰. Pare infatti trattarsi di un reato di *evento di pericolo*, tant'è che l'evento tipico (come una distrazione di beni sociali in tempo anteriore alla zona di rischio) nulla dice ancora dell'offesa⁴⁰¹. E' la *lesione della garanzia creditoria*, dunque un fatto normativo, a *descrivere il confine fra attività lecita e bancarotta*⁴⁰², a tracciare la zona di rischio adeguato ancor prima che si possa procedere all'accertamento dell'elemento psicologico.

porre concretamente in pericolo l'interesse protetto e cioè le ragioni della massa di creditori»; Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043: «ai fini della configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione la diminuzione della consistenza patrimoniale deve comportare uno squilibrio tra attività e passività capace di porre concretamente in pericolo l'interesse protetto, cioè le ragioni della massa dei creditori, avendo riguardo al momento della dichiarazione giudiziale di fallimento e non già a quello in cui è stato commesso l'atto di per sé stesso antidoveroso. Pertanto, non può integrare fatto punibile come bancarotta per distrazione un comportamento, pure doloso o fraudolento, la cui portata pregiudizievole risulti annullata per effetto di un atto o di un'attività di segno opposto, capace di reintegrare il patrimonio della società fallita prima della soglia cronologica costituita dall'apertura della procedura fallimentare o, quantomeno, prima dell'insorgenza della situazione di dissesto produttiva di fallimento». Cfr. altresì Cass. pen., sez. V, 23 settembre 2010, n. 39635: «ai fini della configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta, il pregiudizio ai creditori deve sussistere al momento della dichiarazione giudiziale di fallimento, non già al momento della commissione dell'atto antidoveroso; di conseguenza, non è configurabile alcun illecito, laddove la capacità pregiudizievole della condotta del soggetto attivo sia stata eliminata prima dell'apertura della procedura, non essendovi nessun potenziale danno per i creditori». Cfr. anche Cass. pen., sez. V, 31 gennaio 2007, n. 3622 e Cass. pen., sez. V, 27 febbraio 2006, n. 7212. *Contra* invece Cass. pen., sez. V, 22 ottobre 2008, n. 39546: «nel reato di bancarotta fraudolenta (art. 216 l. fall.) i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualunque tempo essi siano stati commessi, e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza».

³⁹⁹ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 987 ss.

⁴⁰⁰ F. CERQUA, *"I pagamenti virtuali": brevi riflessioni su una modalità distrattiva*, in *Fallimento*, 2010, 455. Di avviso contrario, invece, L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 99 ss.: secondo questo Autore il reato in esame sarebbe un reato formale o di mera condotta in quanto l'offesa arrecata ai creditori non costituirebbe l'effetto della condotta ma il contenuto della stessa, il quale soltanto impropriamente viene definito evento.

⁴⁰¹ M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 129.

⁴⁰² U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., 17.

1.1. *Dall'eterno dibattito sulla 'zona di rischio penale' al vero "terreno di conflitto" dell'attualità dell'offesa nella bancarotta prefallimentare.*

Se davvero – come pare corretto e come è sostenuto da alcune recenti importanti prese di posizione della giurisprudenza di Cassazione⁴⁰³ – la bancarotta tutela l'interesse creditorio, allora perché possa aversi una distrazione "tipica", la condotta deve risolversi non in una sottrazione "pura e semplice", ma in una *sottrazione di sostanze che – in un contesto liquidatorio – sarebbero spettate ai creditori*. Altrimenti il fatto (astrattamente di bancarotta) dovrebbe essere ricondotto nell'alveo del reato impossibile, perché incidente su sostanze di cui l'imprenditore poteva legittimamente disporre. Va infatti considerato che non ogni atto con il quale l'imprenditore dispone del proprio patrimonio lede la garanzia patrimoniale generica: l'art. 2740 c.c. non sancisce l'indisponibilità dei beni del debitore, ma comporta soltanto che siano destinati alla soddisfazione delle ragioni creditorie solo quelli a ciò necessari, com'è del resto confermato dalla disciplina dell'azione revocatoria e del sequestro conservativo, rimedio cautelare, quest'ultimo, spettante al creditore per la conservazione della detta garanzia patrimoniale.

Ebbene, la sottrazione di sostanze che sarebbero spettate ai creditori pare integrare il solo superamento della "zona di libertà" d'impresa, ossia la mera *attivazione di un rischio illecito*, la cui esistenza non può che valutarsi *ex ante* in relazione alle *caratteristiche complessive dell'atto stesso* e della *situazione finanziaria della società*. Può infatti certamente sostenersi che una condizione di sofferenza,

⁴⁰³ Quanto segue ripercorre, con i dovuti aggiornamenti, le riflessioni già esposte in L. MESSORI, *Il pericolo concreto nella bancarotta prefallimentare: nulla poena sine crimine...et condicione?*, in *Cass. pen.*, 2018, 3526 ss. Il riferimento è alle seguenti pronunce di legittimità: Cass. pen., sez. V, 8 febbraio 2017 (dep. 22 marzo 2017), n. 13910, Rv. 269389, Presidente: Fumo M., Estensore: De Marzo G., Relatore: De Marzo G., Ricorrente: Santoro, P.M. Lori.; Cass. pen., sez. V, 24 marzo 2017 (dep. 7 aprile 2017), n. 17819, Presidente: Nappi A., Estensore: Vessichelli M., Relatore: Vessichelli M., Ricorrente: Palitta L., P.M. Corasaniti. Commentata da U. PIOLETTI, *Danno, pericolo e condotta tipica nella bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2018/3, 384 ss.; C. SANTORIELLO, *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione del patrimonio aziendale qualificabili come bancarotta fraudolenta*, in *Le società*, 2017, 1030 ss; R. BRICCHETTI, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale come reato di pericolo concreto*, in *ilpenalista.it*, 2017/8; Cass. pen., sez. V, 23 giugno 2017 (dep. 1 agosto 2017) n. 38396, Presidente: Vessichelli, Estensore: Caputo, Ricorrenti: Sgaramella e altro, P.M. Di Leo.

a seconda della sua severità, imponga all'imprenditore l'adozione di atteggiamenti temporaneamente conservativi o comunque l'assunzione di rischi più contenuti.

La menomazione del patrimonio d'impresa, nella sua peculiare accezione conferitagli dall'art. 2740 c.c., non integra un reato già perfetto, a meno che non lo si voglia intendere nella forma "debole" di illecito di pericolo presunto. La fattispecie tipica non può infatti dirsi integrata perché è ancora possibile un riequilibrio⁴⁰⁴, come dimostra in maniera convincente la giurisprudenza in materia di bancarotta riparata⁴⁰⁵ che parla di eliminazione dell'oggetto materiale del reato⁴⁰⁶. Il giudice – ponendo la mente al tempo della condotta e, dunque, in una prospettiva meramente *ex ante* – al pari dell'imprenditore al tempo dell'azione, sarebbe nell'impossibilità totale di accertare l'effettiva sussistenza di un pericolo di insoddisfazione dovuto all'atto, perché tale pericolo emerge – come si tenterà ora di chiarire – soltanto a fallimento avvenuto.

Al termine del mero fatto di bancarotta, ovvero una volta intervenuta una riduzione del patrimonio dell'imprenditore (ancora non dichiarato "in liquidazione") che sia finalisticamente vincolato⁴⁰⁷, si ha solamente, come

⁴⁰⁴ Il patrimonio dell'imprenditore è infondo per sua natura dinamico: la cristallizzazione dell'attivo e del passivo interviene soltanto con lo spossessamento.

⁴⁰⁵ Cfr. ad esempio Cass. pen., sez. V, 20 ottobre 2015 (dep. 5 febbraio 2016), n. 4790, Rv. 266025; Cass. pen., sez. V, 3 febbraio 2011 (dep. 2 marzo 2011), Rv. 249721.

⁴⁰⁶ In realtà, in caso di bancarotta riparata si assiste più propriamente al ripristino dell'oggetto materiale (piuttosto che alla sua eliminazione) con conseguente neutralizzazione del rischio.

⁴⁰⁷ Il diritto di disporre dei propri beni non trova alcun limite fintanto che non siano intaccati la funzionalità dell'impresa e l'adempimento delle obbligazioni contratte; in altri termini – come è stato di recente precisato in Cass. civ., SS.UU., 23 gennaio 2017, n. 1641 – la destinazione del patrimonio sociale alla garanzia dei creditori va considerata nella prospettiva della prevedibile procedura concorsuale, che espone i creditori alla falce fallimentare. «Ed è per questo che rimane esente da pena il soggetto che impoverisca una società di risorse enormi, quando questa può comunque continuare a disporre di ben più rilevanti, idonee a fornire garanzia per le possibili pretese creditorie: perché in quel caso, a differenza dell'ipotesi dell'imprenditore che si renda responsabile di una distrazione modesta (ma a fronte di un patrimonio suscettibile di risentirne significativamente), il pericolo di un pregiudizio per i creditori non avrà assunto la concretezza richiesta dal dato normativo» (Cass. pen., 17 luglio 2014 (dep. 18 novembre 2014), n. 47616, Rv. 261683). Non può del resto il creditore – precisa la Corte nella sentenza Palitta

anticipato, *attivazione* di un rischio illecito⁴⁰⁸. Rischio che potrebbe nel frattempo essere neutralizzato ovvero interamente soppiantato per il sopraggiungere di fattori determinanti la c.d. *Variation des Erstrisikos*.

Per la sua *concretizzazione*, ovvero per l'emersione di *un pericolo concreto di insoddisfazione dei creditori*, si deve necessariamente attendere la dichiarazione di sottoposizione a liquidazione giudiziale, che sia pronunciata in virtù dello stato di insolvenza o, meglio, di *quello* stato di insolvenza in prossimità del quale la condotta sia stata tenuta.

Stante la definitività data dalla liquidazione giudiziale, il giudice è messo nelle condizioni di valutare la sussistenza o meno della pericolosità (e non della mera rischiosità) del fatto di bancarotta, ossia del *procurato pericolo di insoddisfazione dei creditori ad opera del soggetto attivo* (il quale, seppur fallito, potrebbe invero o non aver posto in pericolo il bene giuridico protetto – essendosi assunto solo rischi virtuosi – o aver evitato, per pura sorte o con atteggiamenti riparatori, che il rischio illecito si concretizzasse), senza che si debba però tenere conto dell'assenza di danno agli interessi creditori dovuta all'intervento della curatela o, viceversa, della sussistenza di un danno derivante dal solo fallimento (*id est* scarso realizzo derivante dalle vendite dei cespiti, sopravvenuta inesigibilità di crediti, *etc.*).

Con ciò non si ha una surrettizia trasformazione della fattispecie di pericolo in fattispecie di danno, perché il reale nocumento o la concreta assenza dello stesso dipendono dall'attività della curatela: al momento del fallimento non si sa mai quanto si realizzerà dalla liquidazione del patrimonio del fallito.

La valutabilità di un pericolo in concreto per le ragioni creditorie soltanto a liquidazione giudiziale dichiarata appare ancora più evidente se si considera che la cerchia di persone offese è ricostruibile unicamente in sede di ammissione al passivo: solo in quel momento (più precisamente, una volta

(p. 8) – nemmeno attivare i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale se non ricorre, quale effetto del comportamento del debitore, una lesione patrimoniale capace di mettere in dubbio la realizzazione coattiva del credito.

⁴⁰⁸ Dinanzi al mero rischio l'ordinamento concede *soltanto* il rimedio civilistico della dichiarazione giudiziale di inefficacia dell'atto di disposizione patrimoniale, laddove sussistano i presupposti dell'*eventus damni*, del *consilium fraudis* e, se l'atto è a titolo oneroso, della *participatio fraudis* del terzo.

dichiarato esecutivo lo stato passivo) i creditori del “fallito” saranno abilitati – se in possesso di un titolo opponibile alla massa – a “spartirsi” l’attivo.

Sarebbe pertanto un paradosso considerare determinati soggetti lesi da un reato già perfettamente realizzatosi al tempo della condotta, per poi escluderli dall’ammissione al passivo a fallimento dichiarato (ad esempio perché in grado di provare il proprio diritto di credito unicamente con un contratto privo di data certa e, dunque, inopponibile alla procedura). Essi non sono persone offese dal reato⁴⁰⁹, sostanziosamente quest’ultimo nella sottrazione di beni che non sarebbero comunque spettati loro⁴¹⁰.

Va da tanto dedotto che la sentenza del giudice delegato *fonda* la punibilità⁴¹¹ di un fatto, pur *astrattamente pericoloso*, ancora inidoneo, in sua assenza, ad assumere l’attitudine lesiva richiesta dalla fattispecie; l’unica attitudine a “restringere” l’area del punibile può scorgersi nella strutturale incompatibilità della fattispecie condizionata con la punibilità a titolo di tentativo⁴¹², nonché nell’esclusione del soggetto non fallibile dal novero dei soggetti attivi.

⁴⁰⁹ Ai fini della determinazione del danno da reato risarcibile, bisogna del resto guardare alla diminuzione patrimoniale cagionata direttamente ai creditori dal fatto di bancarotta, dunque alla diminuzione globale determinata dal comportamento del fallito ai danni della massa attiva *che sarebbe stata disponibile per il riparto* ove non si fossero verificati gli illeciti (Cass. pen., sez. V, 12 marzo 2004, n. 15590).

⁴¹⁰ Pare condivisibile l’assunto secondo il quale i creditori non ammessi al passivo non possano costituirsi parte civile nel processo penale per bancarotta per vedersi riconosciuto il risarcimento del danno patrimoniale; ciò perché «proprio l’estromissione del creditore in questione dalla generale tutela concorsuale interrompe qualsiasi nesso tra il danno cagionato dall’illecito alla massa, da una parte, e la sua persona, dall’altra parte, così che, anzi, apparirebbe ancor più lesivo della *par condicio creditorum* consentirgli azioni individuali inibite alla massa dei creditori fallimentari» (F. MALAGNINO, *La bancarotta propria. Elementi e principi generali*, Key Editore, 2014, 60 s.) Non mancano tuttavia in dottrina voci di segno contrario: cfr. U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2012, 154.

⁴¹¹ M. DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium iuris*, 1997, 594.

⁴¹² Sulla compatibilità tra delitto tentato e reato condizionato non vi è invero unanimità di vedute. I sostenitori della tesi positiva fanno leva sulla portata estensiva dell’art. 56 c.p. che permette cioè di dilatare il divieto fino a ricomprendervi il mero compimento di atti idonei diretti in modo non equivoco a porre in essere la condotta criminosa (cfr. P. CARNUCCIO, *I reati fallimentari*, Padova, Cedam, 2016, 186 ss.). A sostegno della tesi negativa si è invece sostenuto che, ogniqualvolta il legislatore subordini l’illiceità di un fatto al verificarsi di una determinata condizione,

Il fallimento è certamente condizione obiettiva di punibilità: con l'utilizzo di una congiunzione ipotetica accede a un fatto altrimenti non punibile, è evento futuro e non può essere interpretato come modalità dell'azione perché altrimenti il legislatore avrebbe utilizzato la diversa formula "in modo che ne derivi il fallimento", e non pare possibile o consentito reinterpretare il reato sottintendendo questa modalità. Reputare la liquidazione giudiziale elemento costitutivo del reato (ma non evento, perché il nesso di causalità non è richiesto) – senza considerare la difficoltà di individuare una reale dignità giuridica di un elemento siffatto – lascia irrisolti troppi dubbi: la necessità o meno che esso debba essere coperto dal dolo, la sufficienza della forma volitiva attenuata del dolo eventuale o l'adeguatezza anche della sola colpa con previsione, specie se con riferimento a una fattispecie (quella fraudolenta) costruita sul dolo di lesione. Senza tacere poi che simili atteggiamenti psicologici sono difficili da immaginare come rivolti a qualcosa di diverso dalle conseguenze della propria azione.

Ciò però non può escludere che la liquidazione giudiziale rappresenti il momento in cui è valutabile la sussistenza di un pericolo concreto di offesa al bene giuridico protetto.

2. I rapporti tra le condizioni obiettive di punibilità e il pericolo come elemento della fattispecie.

L'interrogativo riguardante l'attualità dell'offesa fa riaffiorare un antico dibattito sulle condizioni obiettive di punibilità, ovvero se esse presuppongano

quest'ultima è da intendersi riferita al fatto di reato nella sua interezza e non anche agli atti idonei diretti in modo non equivoco a commetterlo (cfr. P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, Milano, Giuffrè, 1955, 481). Con riferimento al delitto di bancarotta si potrebbe del resto far leva altresì sulla sua natura di reato di pericolo, con la conseguente difficoltà di giustificare – in chiave di necessaria lesività – l'incriminazione del pericolo di un pericolo. Ma, ancor di più, occorre rilevare che, segnando il fallimento il momento d'attualità dell'offesa, sino a quel momento l'imprenditore ha la possibilità di far scomparire ogni traccia di tipicità. Sicché o la bancarotta è consumata oppure non viene ad esistenza perché la condotta è stata annullata da una successiva di segno contrario o perché si sono registrati solo atti idonei e univoci.

un reato già perfetto⁴¹³, afferendo esse alla mera applicabilità delle pena, o se piuttosto integrino la fattispecie criminosa⁴¹⁴. Occorre, in sostanza, chiarire se l'evento condizionante rientri o meno nel precetto.

Dovendo necessariamente circoscrivere l'oggetto dell'indagine al delitto di bancarotta, preme chiarire se la liquidazione giudiziale è o no evento estraneo al divieto. Bisogna però premettere alcuni chiarimenti.

Il legislatore ha utilizzato l'espressione "se dichiarato fallito" ora tramutata in "se è dichiarato in liquidazione giudiziale". Ebbene, il fallimento/liquidazione è senza dubbio estraneo al precetto, non potendosi concepire, rispetto all'agente, un divieto di realizzarlo⁴¹⁵: la norma non pone il divieto di fallire (pena un'incompatibilità con la disciplina civilistica che prevede quello che un tempo veniva definito "autofallimento" e che ora possiamo chiamare ricorso in proprio per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale). Ciò però non comporta che la locuzione di cui sopra introduca un aspetto estraneo all'offesa tipica; simile espressione ha una

⁴¹³ Simile tesi poggia, il più delle volte, sull'espressione contenuta nell'art. 44 c.p., il quale parlando di punibilità del reato farebbe intendere che prima del verificarsi della condizione esiste già un reato completo in tutti i suoi estremi; ulteriore indizio viene individuato nell'art. 158 c.p. che ha cura di distinguere ai fini della prescrizione il giorno della consumazione del reato dal giorno dell'avveramento della condizione di punibilità, inducendo dunque – secondo taluni – a ritenere il reato preesistente in tutta la sua integrità rispetto al verificarsi dell'evento condizionante (cfr. P. CURATOLA, (voce) *Condizioni di punibilità*, in *Enc. dir.*, 1961, 808).

⁴¹⁴ Si è osservato che finché non si realizza la condizione obiettiva di punibilità non inizia a decorrere la prescrizione *ex art. 158 cpv. c.p.*, non sono applicabili misure cautelari e non è possibile una pronuncia che condanni al risarcimento dei danni non patrimoniali da reato (cfr. M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 405 ss.; ID., *Le condizioni obiettive di punibilità*, cit., 594 s.).

⁴¹⁵ F. ANTOLISEI *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 760. Corretto nelle sole premesse pare chi ha sostenuto che «l'imperativo che sgorgerebbe dalla norma relativa alla bancarotta fraudolenta prefallimentare sarebbe: non cagionare il fallimento! Nello stesso tempo, l'imperativo – rivolto all'imprenditore – che sgorga dalla norma incriminatrice la bancarotta semplice patrimoniale sarebbe: sei legalmente tenuto a richiedere il tuo fallimento! E' evidente l'antinomia e ciò porta a ribadire un'osservazione spesso ripetuta: il fallimento non può far parte della fattispecie sostanziale della bancarotta perché è impossibile che una pronuncia giudiziaria – cioè un atto del giudice – sia componente del reato e che la legge ordini al bancarottiere di portare a compimento il proprio illecito penale» (U. GIULIANI BALESTRINO, *Un mutamento epocale nella giurisprudenza relativa alla bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 182).

pregnanza semantica tale da aver indotto gli interpreti a considerare il delitto in questione come reato di pericolo concreto⁴¹⁶, pur in assenza di un espresso riferimento al pericolo come elemento della fattispecie. Il pericolo concreto si presenta come dato costitutivo del tipo criminoso e la locuzione citata è pertanto da intendersi (in questa lettura) come “*se dal fatto deriva pericolo di insoddisfazione dei creditori in sede di riparto*”.

In altri termini, il comando legislativo è riassumibile nel *dovere di agire in modo da non porre in pericolo la soddisfazione dei creditori riducendo il patrimonio a tal punto da sottrarre sostanze ai creditori stessi in caso di liquidazione giudiziale*⁴¹⁷. Condivisibile è allora il ragionamento di una recente sentenza della Cassazione⁴¹⁸, secondo il quale rileva penalmente il solo depauperamento del patrimonio d'impresa realizzato al fine (che dev'essere oggettivamente perseguibile) di impedire l'apprensione di beni da parte degli organi del fallimento.

Il principio cui attenersi per evitare la sanzione non è, dunque, il non dover fallire, ma – tenuto conto delle condizioni di liquidità – il non dover mettere in pericolo la piena soddisfazione dei creditori (il che è possibile solo una volta che, in condizioni di insolvenza, l'imprenditore sia dichiarato in liquidazione giudiziale). La sopramenzionata espressione “*in caso di liquidazione giudiziale*” non comporta affatto che il fallimento debba essere voluto (ciò contraddirebbe la lettera dell'art. 44 c.p.) o che la condotta tipica ne rappresenti la *causa* (altrimenti il legislatore avrebbe utilizzato una diversa espressione, quale quella “*se dal fatto deriva la liquidazione giudiziale*”).

È, infatti, la “incompatibilità economica” dell'atto rispetto alle condizioni di liquidità a dover essere prevedibile, *fungendo dunque l'equilibrio*

⁴¹⁶ L'interpretazione in chiave di pericolo concreto è stato inoltre ritenuta “imposta” dal rigore del trattamento sanzionatorio – specie dell'ipotesi fraudolenta – il quale sarebbe incompatibile con il modello esangue del pericolo presunto, nonché dal rilievo costituzionale dei diritti cui la bancarotta pone un limite (C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, Monduzzi, 2003, 111).

⁴¹⁷ In termini non dissimili Cass. pen., sez. V, 24 marzo 2017 (dep. 7 aprile 2017), n. 17819, cit., che a p. 10 parla di «idoneità dell'atto di depauperamento a creare un *vulnus* alla integrità della garanzia dei creditori in caso di apertura di procedura concorsuale».

⁴¹⁸ Si tratta della già citata Cass. pen., sez. V, 24 marzo 2017 (dep. 7 aprile 2017), n. 17819.

finanziario da necessario metro di giudizio dell'illiceità del rischio attivato con la condotta. Detta incompatibilità deve essere prevedibile in quanto elemento strutturale dell'offesa: l'agente – nell'ipotesi dolosa – vuole tenere una condotta lesiva degli interessi creditori, e la condotta è tale solo se parametrata alle condizioni finanziarie. Senza “incompatibilità economica”, l'atto volontario di distrazione resta un mero abbaglio dell'attore; se invece la condotta è economicamente incompatibile con le condizioni finanziarie – e la liquidazione giudiziale viene dichiarata – potrà dirsi integrata la bancarotta semplice se l'imprenditore ha meramente sottovalutato la crisi ovvero l'ipotesi fraudolenta, purché quest'ultima sia stata pienamente compresa e posta a fondamento delle proprie intenzioni. Tuttavia, l'espressione “*in caso di liquidazione giudiziale*” implica comunque che la decozione dichiarata giudizialmente rientri nella compiuta descrizione del fatto (di pericolo) penalmente rilevante (in quanto offensivo).

Va da tanto dedotto che *se una condizione obiettiva di punibilità contiene un elemento di pericolo, prima del suo verificarsi il fatto non è tipico.* Come il mero danneggiamento cagionato dall'appiccare il fuoco ad una cosa propria o altrui, cui fa riferimento l'art. 424 c.p., nulla dice ancora sull'offesa all'incolumità pubblica – dovendosi invece attendere il pericolo d'incendio, che non dev'essere voluto dall'autore –, così, in modo del tutto simile, opera la bancarotta prefallimentare⁴¹⁹. Ciò perché dall'estraneità alla sfera di dominabilità dell'autore dell'evento condizionante deriva la necessità di rinvenire un congruo contrappeso in un disvalore precedente, rappresentato, per esempio, nel danneggiamento seguito da incendio dai *mezzi impiegati*, dall'*oggetto del danneggiamento* nonché dall'*entità dei danni* cagionati: il calore, il fumo, la mancanza di ossigeno, l'eventuale sprigionarsi di gas pericolosi dalle materie incendiate sono le ragioni del mutamento del fatto di reato da delitto contro il patrimonio a delitto contro la pubblica incolumità⁴²⁰. Analogamente, nella bancarotta quel “disvalore precedente” è perfettamente rinvenibile

⁴¹⁹ La natura di condizione obiettiva di punibilità del pericolo nella fattispecie codicistica citata è in realtà posta in dubbio da alcuni Autori (es. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 760), ma corrisponde all'interpretazione prevalente (A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in C. F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 2008, 277; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, Zanichelli, 2016, 517).

⁴²⁰ Cfr. Cass. pen., sez. II, 17 ottobre 2014 (dep. 18 novembre 2014), n. 47415, Rv. 260832.

nell'*attivazione di un rischio illecito* (di cui devono fungere da parametro le caratteristiche complessive dell'atto e la situazione finanziaria) *alla quale non sia mai seguita alcuna condotta riparativa* tanto da persistere – a spossamento avvenuto – sotto la forma della assenza di sostanze (sottratte con distrazioni, occultamenti, distruzioni o dissipazioni) o, per esempio, sotto la forma dell'irricostruibilità del patrimonio (cagionata dalle distruzioni o falsificazioni).

Non si individuerrebbe un sufficiente disvalore, che faccia da contraltare all'indominabilità della liquidazione giudiziale, se, per così dire, ci si accontentasse del mero rischio attivato o della qualificazione dell'illecito come reato di pericolo astratto. Ciò perché, in questo caso, non sarebbe necessario accertare il persistere degli effetti negativi della condotta al tempo della distribuzione fra i creditori del patrimonio aziendale; effetti negativi che potrebbero non esistere più, con conseguente neutralizzazione di qualsivoglia offesa concreta.

Al contrario, è proprio *l'assenza di attività recuperatorie o, più propriamente, il persistere "sino all'ultimo" degli effetti della condotta a evitare che tutta l'offesa al bene giuridico protetto* (se davvero lo intendiamo in termini di pericolo concreto) *si concentri in un evento non voluto e non cagionato dall'autore*. In altre parole, l'illecito è integrato dalla violazione del divieto di non disporre (per scopi estranei alle finalità d'impresa) dei beni finalisticamente vincolati alla soddisfazione dei creditori e, parimenti, dall'elusione del comando di reintrodurre nelle casse aziendali quanto prelevato, al fine di garantire – in ipotesi liquidatoria – la presenza di tutte le sostanze destinate ai creditori (escluse quelle erose dal naturale rischio d'impresa)⁴²¹.

⁴²¹ Parla di fattispecie qualificata dalla non desistenza D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Milano, Giuffrè, 2009, 369 ss.; secondo l'A. «la *non desistenza* tipicizza quel requisito *dell'attualità dell'offesa* che è la condizione minima per aversi un fatto penalmente rilevante – leggi tipico – in veste di reati doloso». Una critica infrequente all'irrilevanza penale della bancarotta riparata (realizzatasi non in virtù di un'azione di segno opposto ma grazie ad una fortunata congiuntura economica) si rinviene invece in C. SANTORIELLO, *Abuso del diritto e conseguenze penali*, Torino, Eutekne, 2017, 559 ss. A detta dell'A., qualora un patrimonio iniziale di 100 venga ridotto, a causa di una condotta distrattiva, a 10 e, soltanto più tardi, in virtù di una ripresa economica (dovuta anche eventualmente alla capacità dell'imprenditore) torni ad essere di 100, non potrà escludersi la responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale laddove poi, per una sfortunata congiuntura economica, intervenga il fallimento. Ciò perché non si sarebbe in presenza di alcuna riparazione o reintegrazione del patrimonio: nel

Non è probabilmente sempre vero che tutto quello che è necessario a far scattare una sanzione penale rientri nell'illecito penale⁴²²: il caso delle condizioni di punibilità estrinseche è un esempio evidente di tale situazione differenziata. Laddove tuttavia una condizione di punibilità vada ricostruita sulla premessa che l'evento con cui il fatto deve porsi in relazione di pericolo rappresenta una realizzazione del rischio illecito attivato, l'inerenza di tale pericolo fa parte dell'illecito⁴²³.

Il pericolo di insoddisfazione può valutarsi soltanto a liquidazione giudiziale dichiarata (che non è fatto proprio dell'autore), essendo unicamente lo spossessamento dei beni dell'imprenditore il frangente in cui è possibile valutare la definitiva diminuzione della massa attiva spettante ai creditori (che dev'essere, questo sì, fatto proprio del soggetto attivo e, dunque, ancora presente e non dovuto a fattori alternativi). La liquidazione giudiziale rappresenta così il passaggio dal rischio al pericolo (i quali paiono con tutta evidenza nozioni affatto eterogenee⁴²⁴): il rischio situazionale esistente al momento della condotta diviene, col verificarsi dell'evento (necessariamente

patrimonio aziendale, al momento della dichiarazione di fallimento, risulterebbe comunque mancante il valore di 90, che l'imprenditore ha sottratto anzitempo e non ha mai in alcun modo provveduto a restituire. Invero, tale conclusione non può convincere. La prosecuzione dell'attività d'impresa e l'aumento dell'utile sono da reputarsi *fatto proprio* dell'imprenditore, ossia esplicazione di una attività restitutoria a tutti gli effetti (anche eventualmente non voluta come tale, ma oggettivamente sussistente). Attività che ha peraltro ad oggetto il valore complessivo della garanzia (dunque un bene giuridico di categoria) e non un bene specifico o un rapporto specifico (che veda cioè il creditore protetto *uti singulus*).

⁴²² A. PAGLIARO, *Il reato*, in C. F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2007, 225.

⁴²³ Cfr. M. DONINI-L. RAMPONI, *Il principio di colpevolezza*, in G. INSOLERA-N. MAZZACUVA-M. PAVARINI-M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2012, 305. Secondo gli Autori «ogni qual volta l'evento che è in predicato di essere ritenuto come mera “condizione di punibilità” sia un fatto importante per valutare la stessa responsabilità del soggetto, perché contiene ed esprime un momento profondamente “offensivo” della fattispecie (...) escludere perciò tale evento dal dolo e dall'imputazione soggettiva in genere (...) significa “accorciare” dolo e colpevolezza (ciò che si è voluto produrre, ciò che fonda il “rimprovero” penale) su porzioni poco o comunque meno significative del fatto tipico».

⁴²⁴ Sull'eterogeneità delle due nozioni cfr. *ex multis* V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, 17 ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010, 367 ss.

giuridico, in quanto trattasi di fattispecie di pericolo e non di danno) che ne costituisce la concretizzazione, rischio “qualificato” ovvero pericolo richiesto dalla fattispecie.

L'intero ragionamento pare l'unica via percorribile per far salva la scomoda realtà delle condizioni obiettive di punibilità, imputando all'imprenditore soltanto ciò che – una volta intervenuto lo spossessamento in favore degli organi della procedura concorsuale – risulti essere un fatto suo proprio.

D'altra parte, se presupposto della liquidazione giudiziale è l'impossibilità di adempiere regolarmente alle obbligazioni alle rispettive scadenze, evidente è che prima di tale evenienza non può che parlarsi di fatto inoffensivo o, al più, meramente rischioso (e dunque irrilevante penalmente essendo il delitto costruito in termini di pericolo e non di rischio). Nessun pregio pare del resto possa ascrivere al rilievo contenuto nella ormai nota sentenza “Santoro” della Corte di cassazione⁴²⁵ – tendente a dimostrare l'estraneità dell'evento condizionante dall'offesa – secondo il quale all'insolvenza potrebbe non fare seguito il fallimento «quando l'imprenditore dimostri il possesso congiunto dei requisiti di cui all'art. 1, comma 1, l. fall.» poiché, in questo caso, a mancare sarebbe la qualifica stessa di soggetto attivo.

3. Il disvalore di contesto e la valenza fallimentare e non meramente patrimoniale dell'illecito. Il nesso di rischio.

Risulta allora coerente concludere questa panoramica relativa alla valorizzazione della zona di rischio in ambito fallimentare tornando alla ridefinizione della stessa alla luce della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento⁴²⁶. Secondo questa impostazione, la necessità di accertare un nesso di rischio congruente fra fatto di bancarotta e decozione (senza che ciò implichi la necessità di prova di un nesso di causalità fra tali elementi) comporta che l'idoneità di tale fatto (a pregiudicare la garanzia patrimoniale generica) debba essere valutata alla luce dell'effettivo rischio di insolvenza al

⁴²⁵ Cass. pen., sez. V, 8 febbraio 2017 (dep. 22 marzo 2017), n. 13910, cit.

⁴²⁶ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 142; ID., *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità»*, in *Jus*, 2011.

tempo della condotta. In altre parole, «la distrazione che intacchi il patrimonio della società in misura tale da non impedire una successiva ricapitalizzazione dell'impresa, con afflusso di nuova finanza e temporaneo risanamento dello squilibrio finanziario dell'ente, non è punibile ai sensi dell'art. 216, comma 1, legge fall.: la condotta distrattiva dolosa, in tal caso, non avrebbe 'attivato' *quel* rischio di decozione, che solo successivamente si sia generato in un contesto della vita aziendale caratterizzato dall'assenza di comportamenti a rischio»⁴²⁷.

Si può allora tirare le fila del discorso.

L'ipotesi prefallimentare è, come già detto, un reato di pericolo concreto costruito come fattispecie condizionata. E gli indici (in parte già menzionati) in tale senso sono: (1) il ricorso a un dolo specifico d'offesa (il movente egoistico deve allora oggettivizzarsi in una condotta concretamente pericolosa); (2) la pregnanza semantica delle espressioni utilizzate per la descrizione delle condotte tipiche (il pericolo è dunque elemento costitutivo implicito della fattispecie); (3) il rigore del trattamento sanzionatorio che risulterebbe del tutto sproporzionato rispetto a qualsivoglia forma di presunzione; (4) la rilevanza costituzionale dei diritti cui la bancarotta pone un limite (ossia la libertà di iniziativa economica e il diritto di proprietà); (5) la circostanza che fra la condotta e l'evento di pericolo non vi è un'eccessiva sproporzione di scala (come in quei reati proiettati su scala macroeconomica in cui vi è cioè un allungamento della traiettoria fra condotta e evento che rende pressoché inverificabile il nesso di causalità attuale o potenziale; si pensi al nocumento all'industria nazionale nelle frodi contro le industrie nazionali ex art. 514 c.p.); (6) va poi considerato che oggetto di minaccia penale non sono delle pratiche ritenute inammissibili in se stesse, indipendentemente dalle loro conseguenze concrete (come le pratiche sopraffattrici), per il banale rilievo che si tratta di condotte che hanno ad oggetto beni dell'imprenditore: per cui la frode inizia là dove comincia il vincolo finalistico dei beni alla soddisfazione dei creditori.

Questi dunque gli argomenti che impongono di verificare un'offesa in concreto. Quale tipo di offesa sia richiesta dipende della considerazione (7) della liquidazione giudiziale come "parte del precetto", nei limiti prima esposti.

⁴²⁷ N. PISANI, *Attualità dell'offesa e 'zona di rischio penale' nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, cit., 18, il corsivo è aggiunto.

In altre parole, è un reato di pericolo, non però di mero impoverimento: non deve cagionare un'offesa meramente patrimoniale⁴²⁸, ma un'offesa fallimentare, non un mero impoverimento, ma una diminuzione della aspettativa di soddisfazione dei creditori, cioè una menomazione (non genericamente del patrimonio dell'impresa, ma) della garanzia patrimoniale generica. La liquidazione giudiziale fa “parte del precetto” allora proprio in questi termini.

Non significa che la norma ponga il divieto di fallire. E' elementare che il fallimento non sia un male da evitare ma anzi potenzialmente un valore da incentivare, tanto che per eliminare lo stigma che finora ha portato con sé ora non si parla nemmeno più di fallimento ma di liquidazione giudiziale, la quale è anzi incoraggiata dalle nuove misure premiali di cui all'art. 25 CCII, la cui applicabilità è proprio subordinata ad una volontaria segnalazione della crisi, anche attraverso la presentazione di una domanda di accesso a una procedura di regolazione dell'insolvenza (art. 25, co. 2 CCII)

Significa, al contrario, che il fallimento entra nel precetto nella parte in cui qualifica l'offesa non come patrimoniale ma come fallimentare. Posto che la norma prescrive un dovere di agire in modo da non porre in pericolo la soddisfazione dei creditori riducendo il patrimonio al punto da sottrarre sostanze ai creditori *in caso di fallimento*, rileva allora solo il depauperamento preordinato (oggettivamente) ad impedire l'apprensione dei beni da parte degli organi del fallimento *e non il depauperamento in sé*.

In fondo si tratta di una fattispecie condizionata: l'evento condizionante (il provvedimento del giudice delegato) è estraneo alla sfera di dominabilità dell'autore. Perciò occorre rinvenire un congruo contrappeso in un disvalore precedente: l'attivazione di un rischio illecito (atto economicamente incompatibile) al quale non sia mai seguita una condotta riparatoria tanto da persistere – a spossessamento avvenuto – sotto la forma di assenza di sostanze. Non si individuerrebbe un sufficiente disvalore precedente che faccia da contraltare all'indominabilità della liquidazione giudiziale

⁴²⁸ Così già M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità»*, in *Jus*, 2011, 466 ss.; ID., *L'evento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare. Contenuto e limiti di una lettura costituzionalmente conforme*, in Raccolta degli scritti del convegno “La necessaria riforma dei reati concorsuali dopo la legge delega per la disciplina della crisi d'impresa”, tenutosi presso l'Università Sapienza, Maggio 2018.

accontentandosi di un mero impoverimento (a carattere patrimoniale e non fallimentare). Altrimenti sarebbe punibile un impoverimento (magari una infedeltà patrimoniale, o anzi qualcosa di meno di una infedeltà se non ne ricorrono i requisiti, ad es. il preesistente conflitto d'interessi) solo perché tempo dopo si è aperta la liquidazione giudiziale (evento non dominabile) e comminando una pena sensibilmente superiore a quella prevista per l'infedeltà patrimoniale.

Mi pare che il giudizio rimanga comunque *ex ante* e a base parziale. Il giudice deve porsi al tempo della verifica dell'evento di pericolo (la riduzione della garanzia patrimoniale generica *ante* liquidazione giudiziale) e valutare la concreta offensività in prospettiva liquidatoria (nella prospettiva cioè di *quella* liquidazione, pronunciata sulla base di *quella* insolvenza in prossimità della quale si è agito).

L'irrelevanza penale della bancarotta riparata è d'altronde, come si è visto, comunemente ammessa. La reintegrazione del patrimonio comporta l'eliminazione di qualsivoglia pericolosità originariamente innescata: il giudice ponendosi al tempo della verifica dell'originaria lesione non può riscontrare alcuna offensività per *quei* creditori concorsuali (ancora una volta, di *quella* procedura concorsuale, attivata cioè quando ormai l'insidia era stata disinnescata).

In questi termini potrebbe risultare chiarificatrice la tripartizione di Francesco Carrara fra danno, danno potenziale e pericolo (quest'ultimo inteso come pericolo corso)⁴²⁹. E' vero che questa tripartizione è stata criticata sulla base della facile constatazione che il danno potenziale o si risolve in danno parziale o in pericolo (rendendo cioè imminente la perdita ma senza poi determinata)⁴³⁰, ma proprio con riferimento alle fattispecie condizionate (nelle quali la condizione contiene l'elemento di pericolo) potrebbe riacquistare valore. Prima della verifica della condizione obiettiva di punibilità (dichiarazione di fallimento), con la bancarotta riparata abbiamo solo un *pericolo corso*, mentre con la condotta economicamente incompatibile con le condizioni patrimoniali (mai ripianata) abbiamo un pericolo concreto (o un danno potenziale, cioè che potrebbe ancora trapassare in danno effettivo).

⁴²⁹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Prato, Giacchetti, 1883, 149 ss.

⁴³⁰ Per una ricostruzione critica F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, 81 ss.

Richiedere questo non mi pare trasformi la bancarotta prefallimentare in reato di danno, ma semplicemente permette di individuare il momento d'attualità dell'offesa: se siamo d'accordo nel richiedere un disvalore non meramente patrimoniale ma fallimentare, senza ammettere cioè che una mera infedeltà venga punita più severamente in virtù della verifica di un evento non dominabile.

4. L'incidenza della crisi del dogma della garanzia patrimoniale generica sulla tipizzazione del rischio illecito.

Esigenze di concretezza impongono poi di chiarire quale sia effettivamente il rischio illecito attivabile dall'imprenditore e dunque, per converso, fino a che punto questi possa rischiare per tentare di risanare l'impresa intraprendendo azioni anche astrattamente tipiche, quali il soddisfacimento anticipato di un creditore strategico, l'utilizzo di denaro per consulenze tecniche straordinarie o la richiesta di nuova finanza con conseguente aumento dell'indebitamento. La zona di rischio lecito va infatti riletta sotto la luce "nuova" delle *rationes* che hanno retto le numerose riforme degli ultimi anni, sino al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) anche per cogliere l'effettiva portata di quella "esenzione" indicata all'art. 324 CCII e, soprattutto, per comprendere (seppur cursoriamente) cosa accada in caso di errata valutazione delle possibilità di tornare *in bonis*.

Plurime sono ormai le limitazioni normative della responsabilità patrimoniale generica e le eccezioni all'ordine legittimo di prelazione, tanto da aver indotto taluni a parlare di vera e propria crisi del dogma della garanzia patrimoniale generica⁴³¹, che di fatto rende anacronistica la pur autorevole tesi di quanti ritenevano gli atti di disposizione adottati in condizioni di squilibrio economico indubbiamente illegittimi, in virtù del manifesto superamento del

⁴³¹ In termini critici cfr. M. FABIANI, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, 9 dicembre 2016; D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2014, 331.

limite entro il quale il debitore conserva la facoltà di disposizione⁴³². La volontà legislativa che affiora ad evidenza dalle recenti riforme è orientata a favorire le ristrutturazioni aziendali che garantiscano la prosecuzione dell'attività d'impresa, di fatto mostrando così di voler tutelare il c.d. valore-impresa, come bene meritevole di conservazione.

Innanzitutto, la possibilità di accedere a un concordato preventivo in continuità aziendale costituisce un primo chiaro indice dell'interesse del legislatore ad assicurare la permanenza di istituzioni economiche private efficienti, in quanto produttive di ricchezza, talvolta anche a costo di un sacrificio degli interessi creditori. Ciò perché tale istituto (art. 84 CCII) permette all'imprenditore, a condizione che il piano garantisca il c.d. "miglior soddisfacimento dei creditori" rispetto alle ipotesi meramente liquidatorie, una falcidia dei propri crediti e, al tempo stesso, la possibilità di vedersi destinato il *surplus* derivante dalla prosecuzione dell'attività d'impresa (resa possibile proprio dalla falcidia), i cui proventi sostanzialmente tornano a vantaggio dello stesso debitore, nonostante sia nel frattempo intervenuto, come si è detto, un solo parziale adempimento delle obbligazioni.

Il favore legislativo nei confronti del valore-impresa è confermata dalla previsione contenuta nell'art. 84, co. 5 CCII (che sostituisce l'art. 160, ult. co., l. fall.), nella parte in cui prevede, per i soli concordati liquidatori, l'obbligo di assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, vincolo che quindi non si applica ai piani concordatari con continuità aziendale.

Ebbene la *ratio* della tutela penalistica si muove nell'opposta direzione rispetto a quella sopra evidenziata: mira alla protezione del credito. I creditori hanno certamente interesse ad un pronto e integrale soddisfacimento; mentre la normativa mostra di favorire le ristrutturazioni aziendali, di fatto antergando il bene-impresa e accettando che «se tutti stanno meglio rispetto ad un confronto con la dissoluzione dell'impresa, non importa che alcuni stiano meglio di altri»⁴³³.

In tale panorama, non può però parlarsi di schizofrenia giuridica o di stridente disarmonia: al contrario tale apparente contrasto dovrebbe rendere

⁴³² G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, cit., 712.

⁴³³ M. FABIANI, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, cit., 15.

evidente il vero senso della frammentarietà del diritto penale, in base alla quale può essere sanzionata penalmente soltanto l'offesa *intollerabile*. Ed è dunque da reputarsi tollerabile – ovvero espressiva di un rischio lecito, *rectius* espressamente *consentito* dall'ordinamento – ogni condotta che sia prodromica *all'accesso* ad un piano di composizione negoziale della crisi atto a garantire il *best interest of creditors*, anche in caso di esito infausto. La sopradescritta *ratio* di tutela del bene-impresa, che anima la disciplina fallimentare, non può difatti non incidere sul raggio d'azione dell'intervento penale.

Eppure, se la liceità civilistica del fatto elida l'antigiuridicità o, ancor prima, la stessa tipicità dipende dalla soluzione che intendiamo dare a due interrogativi: se taluni elementi della fattispecie di bancarotta siano da reputarsi descrittivi o piuttosto normativi e se questi ultimi siano indicatori di un fatto *contra ius* o piuttosto integrino una peculiare tipologia di elementi della fattispecie.

Quanto alla prima perplessità, il termine, per esempio, *dissipazione* inerisce certamente alla realtà naturalistica; diversa natura ha però l'oggetto della condotta, considerato quanto detto in precedenza in ordine alla necessità di leggere la dissipazione alla luce delle norme civilistiche in materia di conservazione della garanzia degli interessi creditori. Il *carattere finalisticamente vincolato* dell'oggetto della condotta introduce, in buona sostanza, un elemento (implicito) non dissimile dall'*altruità* nel furto: in questo caso il bene non appartiene ad altri ma è asservito ad interessi altrui.

Si potrebbe allora nuovamente riflettere sulla tesi mayeriana⁴³⁴, secondo la quale se nel reato di furto fanno difetto la rimozione e l'impossessamento viene meno la sussistenza del fatto, mentre se la cosa non è altrui a cadere è il momento dell'antigiuridicità. In merito Delitala argomentava che ciò sarebbe vero se la fattispecie non accennasse minimamente al requisito dell'altruità; viceversa, in quanto elemento espresso, essa perde le vesti di elemento normativo per divenire elemento di fatto, in mancanza del quale non si perfeziona il reato in esame⁴³⁵.

D'altro canto, il riferimento implicito o esplicito a un elemento normativo non pare così dirimente: il carattere della cosa (nel nostro caso)

⁴³⁴ M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg, 1912, 182 ss.

⁴³⁵ G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1976, 89 s.

dissipata dipende da una lettura sistematica di più disposizioni extrapenali in tema di garanzia patrimoniale, dovere degli amministratori di agire con diligenza, procedure di composizione negoziale della crisi, *etc.* Disposizioni dell'ordinamento, queste, che riempiono di contenuto gli elementi (a questo punto, necessariamente) normativi della fattispecie⁴³⁶, consistenti, prima di tutto, in un segno linguistico, portatore di un proprio significato logico, che contribuisce a formare la fattispecie inserendosi nella sua trama⁴³⁷. E' convincente che «il fatto può essere correttamente posto dal legislatore e riconosciuto dall'interprete come legalitario, afferrabile, offensivo, frammentario e tassativo *se ed esclusivamente se* gli elementi normativi (...) siano “pensati” come necessariamente appartenenti al fatto stesso, e viceversa non lasciati *sospesi* in posizione “nomade” o “extravagante” oppure *rinviiati* al momento più spiccatamente valutativo e incerto dell'antigiuridicità»⁴³⁸.

Alla luce delle prime considerazioni svolte in questo paragrafo, il superamento della linea oggettiva di demarcazione dell'offesa tollerabile e, conseguentemente, la soglia di punibilità dovrebbero essere individuati nell'assenza dei presupposti per accedere ad un piano di composizione della crisi (in base ad una verifica *ex ante* circa la ragionevole probabilità di attuazione del piano) oppure nell'utilizzo in frode ai creditori dello strumento concordatario (con l'ulteriore integrazione dell'art. 327 CCII laddove l'agente abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti)⁴³⁹. E la altrimenti liceità del

⁴³⁶ M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 716; M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 232 ss.

⁴³⁷ F. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, Giuffrè, 1974, 33 ss.

⁴³⁸ S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 244. Attribuisce alle fonti extrapenali «sicura funzione tipizzante, la quale non vale solo, né principalmente, a definire la illiceità (penale o extrapenale) del fatto, ma a determinare il fatto stesso» M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, Milano, Giuffrè, 1993, 226.

⁴³⁹ Cfr. Cass. pen., sez. V, 6 ottobre 2016, n. 50675, Presidente: Fumo, Relatore: Settembre, in *ilcaso.it*, 6 ottobre 2016. Secondo questa pronuncia affinché possa parlarsi di concordato in frode ai creditore e dunque di rilevanza penale della condotta a titolo di bancarotta «occorre (...) che il piano sia congegnato in maniera frodatória, per la realizzazione di interessi diversi da quelli sottesi alla normativa concordataria, pensata e voluta dal legislatore per favorire il risanamento delle imprese», con la conseguenza che «l'imprenditore, il quale si rivolga al ceto creditorio per coinvolgere i creditori nella gestione della propria crisi, anche attraverso la rinuncia, totale o parziale, ai loro crediti, debba farlo in maniera trasparente e

rischio attivato con la condotta inerisce al preliminare gradino del fatto, escludendo il modello di torto delineato dalla legge. Il legislatore ha espressamente rinunciato a pretendere che l'agente si astenesse dall'azione e l'errore che riguarda la libertà di rischiare si risolve in errore su una circostanza di fatto (se falsa è la rappresentazione delle condizioni finanziarie) o in errore *ex art. 47, ult. co., c.p.* (se inesatta è la comprensione delle maglie, ad esempio, degli istituti di risoluzione della crisi), e mai in errore sul precetto.

Ciò perché, anche nella seconda ipotesi non si tratta di errore di sussunzione; l'imprenditore non verserebbe in ignoranza del precetto o – ipotesi più verosimile – nell'errata convinzione che la propria condotta non sia conforme al tipo. Nel caso in cui abbia errato sull'esperibilità del rimedio concordatario, delle due l'una: o ha falsamente interpretato i presupposti (contabili) di fatto o – al più – è incorso in errore su legge extrapenale che ha determinato un errore sul fatto; *l'imprenditore* (che in buona fede abbia agito allo scopo di risanare l'impresa) *ha comunque voluto un fatto diverso da quello tipizzato*. Per esempio, in ipotesi di utilizzo di denaro per consulenze tecniche straordinarie e di soddisfazione dei professionisti in violazione degli ordini

attraverso la rappresentazione della reale situazione aziendale, per consentire ai creditori l'espressione di un voto consapevole e al tribunale l'adempimento della sua funzione di verifica». Infatti, «il carattere frodatario del piano va accertato in concreto e deve consistere in una chiara e indiscutibile manipolazione della realtà aziendale, tale da falsare il giudizio dei creditori e orientarli in maniera presumibilmente diversa rispetto a quella che sarebbe conseguita alla corretta rappresentazione della situazione aziendale. La “frode” non può consistere, quindi, in una diversa lettura dei dati esposti nel piano da parte dei soggetti cui è demandata la funzione di verifica, ma presuppone una rappresentazione non veritiera della realtà aziendale, attuata attraverso la volontaria pretermissione - nel piano - di cespiti rilevanti (beni strumentali, crediti, ecc.), attraverso l'indicazione di attività o l'esposizione di passività inesistenti, ovvero in presenza di qualunque altro comportamento obiettivamente idoneo ad ingannare i creditori e che legittimerebbe la revoca del concordato, *ex art. 173 legge fall.* L'indicazione legislativa contenuta nella norma suddetta costituisce, infatti, valido riferimento per giungere non solo alla risoluzione del concordato preventivo, ma anche per punire, *sub specie* di distrazione o dissipazione, condotte che tradiscono, in modo indiscutibile e non congetturale, lo spirito e la funzione degli istituti di “risoluzione della crisi d'impresa”, pensati dal legislatore per favorire la salvaguardia di valori aziendali inevitabilmente compromessi dal fallimento e non certo per consentire all'imprenditore di avvantaggiarsi, a danno dei creditori, delle “crisi” cui ha dato luogo; sempreché, ovviamente, le condotte censurate determinino una distrazione o dissipazione di attività aziendali».

legittimi di prelazione, egli non ha voluto antergare un creditore evitandogli l'insinuazione al passivo, ma ha inteso soltanto corrispondere il prezzo di una consulenza, richiesta nell'ottica di arginare la crisi attraverso una procedura negoziale.

Tornando ai sopramenzionati presupposti per il superamento dell'area di rischio lecito d'impresa, in difetto degli stessi può dirsi che qualsiasi offesa alle ragioni creditorie deve intendersi atipica, perché non così gravemente intollerabile da giustificare l'intervento del presidio penalistico, potendo al contrario contare su un'espressa previsione di legge, che tutela il valore impresa fintanto che l'oggetto sociale sia ancora perseguibile. Da ciò deriva il carattere pleonastico dell'esenzione da reati di bancarotta dell'art. 324 CCII oppure, a volere davvero codificare quanto già ricostruibile in via interpretativa, la sua incompletezza, essendo la disposizione inaccettabilmente restrittiva nella parte in cui richiede che i pagamenti o le operazioni siano poste in essere «in esecuzione» di una procedura di composizione della crisi già omologata⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ Con riferimento alla omologa disposizione previgente v. F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Le società*, 2011, 203; G. AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. pen.*, 2011, 557; F. MUCCIARELLI, *L'art. 217 bis e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2011, 277.

CAPITOLO IV

UNA PROSPETTIVA DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. Le problematiche emerse. - 2. Quale ruolo per la sussidiarietà? E quale invece per l'offesa a un interesse pre-dato? – 3. L'opzione in favore di una "selezione penalistica" delle note di disvalore: beni strumentali e beni-funzioni in chiave offensiva.

1. Le problematiche emerse.

L'approccio al tema dell'anticipazione della tutela penale in materia economica ha permesso di analizzare diverse tecniche legislative rispetto alle quali, nei capitoli che precedono, sono stati sollevati taluni rilievi critici, che è ora il caso di riordinare.

L'incriminazione del pericolo, come si è visto, appare perlopiù giustificato alla luce dell'importanza degli interessi protetti e, se da un lato appare altresì legittima la presenza di *elementi di astrazione* del pericolo in ragione della natura diffusa del bene protetto⁴⁴¹ o della necessità di proteggerlo da attacchi seriali⁴⁴² (punendo dunque anche singoli attacchi non pericolosi in se stessi), dall'altro, di fronte a un reato di *pericolo concreto*, si è evidenziato come vada valorizzato il contributo tipizzante del contesto, che evita l'insidia di trasformare il giudizio di pericolosità in concreto in una valutazione generica e poco aderente al caso specifico. Ciò è stato evidenziato con riferimento alla bancarotta prefallimentare, per rintracciare nel fatto un disvalore fallimentare e non meramente patrimoniale, e con riferimento alla manipolazione del mercato, trattandosi (altrimenti) di fattispecie a evento penalmente neutro.

I veri trabocchetti della tutela anticipata sono viceversa rappresentati dalla tutela di beni evanescenti che ad altro non conducono se non all'incriminazione della mera disobbedienza, alla rilevanza penale, dunque, di

⁴⁴¹ Si deve trattare di beni adespoti, riferibili cioè a collettività non determinate, o comunque non agevolmente determinabili, di cittadini; v. R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1993, 490.

⁴⁴² G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 454 ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., 47 ss.; D. CASTRONUOVO, *Brevi note sull'atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 643 ss.

una illiceità disciplinare. Si è visto come vi siano beni-funzione che non risultano affatto reinterpretabili in chiave offensiva, essenzialmente perché dagli elementi della fattispecie non può cogliersi alcun tratto offensivo nei confronti dei beni finali, dei beni, cioè, che attengono alla sfera dei diritti e delle libertà dell'individuo. Questo perché talvolta si incrimina la semplice disobbedienza a direttive di autorità amministrative, senza che rilevi la finalizzazione istituzionale delle stesse al contenimento di rischi⁴⁴³.

Quale la soluzione? Vanno necessariamente espunti (in via interpretativa) dall'area della tipicità i fatti inoffensivi di interessi finali? E' necessaria, viceversa, una riscrittura della fattispecie? E' prospettabile la strada, a precetto invariato, della depenalizzazione?

2. Quale ruolo per la sussidiarietà? E quale invece per l'offesa a un interesse pre-dato?

La sussidiarietà (esterna) impone senz'altro un utilizzo parsimonioso dell'armamentario penalistico, circoscritto alla stretta necessità⁴⁴⁴, come misura estrema di controllo sociale⁴⁴⁵, che interviene dunque quando lo strumento extrapenale si mostra inefficace a garantire l'osservanza del precetto, o meglio il perseguimento del progetto di tutela⁴⁴⁶. Ciò perché, secondo la nota tesi bricoliana, «la massima restrizione della libertà personale, qual è quella che si

⁴⁴³ Parla di «trasgressioni che costituiscono tutt'al più un limitato e *superabile* "intralcio" per l'attività amministrativa, percettibilmente inadeguato ad inficiare la complessiva "riuscita" delle dinamiche disciplinari, o ad alterarne la direzione» A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., 171.

⁴⁴⁴ G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità: contributo ad una teoria della non punibilità*, Torino, Giappichelli, 2006, 168; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 6.

⁴⁴⁵ G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1656; M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 148 ss.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. Pen.*, 2003, 75 ss..

⁴⁴⁶ T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 129; M. ROMANO, *Commentario sistematico al Codice penale*, cit., 23.; G. COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in *Ind. pen.*, 2015, 253.

opera in via effettiva o potenziale tramite la sanzione penale, non può essere posta in essere se non come *extrema ratio*⁴⁴⁷.

Si potrebbe allora presentare come *necessaria* (ossia come unica alternativa costituzionalmente legittima) una eliminazione dal settore penale, magari sotto forma di degradazione a illecito amministrativo, delle ipotesi di reato poste a tutela di mere funzioni (senza con ciò voler proporre una depenalizzazione totale, a tappeto, delle fattispecie poste a tutela di funzioni strumentali, pena uno svilimento del valore e della tutela degli interessi finali⁴⁴⁸). Talune delle ipotesi di abusivismo analizzate potrebbero risultare non rispettose del principio di *extrema ratio*, posto che integrano ipotesi di mera disobbedienza, che dovrebbero dunque trovare la propria sede naturale nel settore extrapenale, ma che viceversa “nascono penali”⁴⁴⁹. Maggiormente in linea con la regola della stretta necessità sarebbe allora un’espunzione dalla fattispecie tipica delle modalità comportamentali sostanzialmente disubbidienti⁴⁵⁰; considerato il ruolo strategico di determinate funzioni, la loro tutela (in sé e per sé) potrebbe essere attribuita a illeciti amministrativi.

Vi è però qualche inconveniente.

Anzitutto, vi è il rischio che alla depenalizzazione non segua una concreta mitigazione del trattamento riservato all’autore della violazione. Il rischio di un diritto amministrativo punitivo è quanto mai reale e attuale, considerata la diffusamente rimarcata portata afflittiva e repressiva di talune sanzioni amministrative, il cui ammontare massimo eccede la cifra necessaria al ripristino o al ristoro patrimoniale⁴⁵¹. Considerata la diffusione del modello del

⁴⁴⁷ F. BRICOLA, (voce) *Teoria generale del reato*, cit., 7.

⁴⁴⁸ Anche nell’ottica di un intervento sussidiario del diritto penale, gli illeciti che riproducono il modello della tutela di funzioni, ma che perseguono la protezione di beni di elevata pregnanza sociale, ben possono meritare una connotazione penalistica (così A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., 181).

⁴⁴⁹ Sul ruolo del diritto penale come “apripista” v. D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 46.

⁴⁵⁰ Parla di strumentalizzazione della vita di singole persone inosservanti per fini di prevenzione generale, per scopi organizzativi e di controllo M. DONINI, *Principi costituzionali e diritto penale. Modello e programma*, in *Ius*17, 2009, 434.

⁴⁵¹ Ampio è il dibattito sul tema, specie all’indomani delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo che ha stigmatizzato la c.d. truffa delle etichette e introdotto la nozione di “materia penale”. Per tutti v. M. DONINI-L. FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018.

diritto amministrativo punitivo ben oltre la delinquenza bagatellare (e la propalazione dei c.d. *mega-Ordnungswidrigkeiten*⁴⁵²) non è irragionevole temere una degradazione a illecito amministrativo che mantenga tuttavia una “reazione sostanzialmente penale” al fenomeno, sottratta però alle garanzie costituzionali che attengono all’intervento penale, solo in virtù del *nomen iuris* impiegato. Si considerino i vari elementi che potrebbero “far rimpiangere” la sanzione penale, quali, ad esempio, la indefettibilità della sanzione amministrativa, la sua non sospensibilità né obblazionabilità, ma anche l’impossibilità di modulare la stessa in ragione delle condizioni economiche del soggetto agente⁴⁵³. Tutti elementi che fanno dubitare circa un’effettiva prospettiva di mitigazione.

Si potrebbe risolvere tale problematica prestando un’adeguata attenzione alla proporzionalità della sanzione; ma si tratta pur sempre di scelte strettamente riservate al legislatore.

Una depenalizzazione, sotto forma di degradazione a illecito amministrativo o sotto forma di semplice espunzione in via interpretativa dal novero dei fatti tipici, delle condotte meramente disubbidienti, non può essere imposta “dall’alto” in nome del rispetto dell’*extrema ratio*.

Questo perché la sussidiarietà, o meglio il suo rispetto, (fino a quando non lo si considererà principio dimostrativo) non è mai stata sinora vero oggetto di sindacato costituzionale e dunque non potrebbe giustificare una dichiarazione di (anche parziale) illegittimità costituzionale della disposizione incriminatrice⁴⁵⁴, nella parte in cui non cede il passo a strumenti extrapenalmente ugualmente efficienti. Si tratta infatti di «un *principio non giustiziabile*, quindi, di mero valore argomentativo, ma non cogente, *salvo che* il suo mancato rispetto

⁴⁵² V. l’ampia disamina di U. SIEBER, *Linee generali del diritto amministrativo punitivo in Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 35 ss., spec. 47. L’Autore evidenzia come detta propalazione sia frutto di chiare spinte comunitarie: considerata l’assenza di competenza in materia penale dell’Unione europea, essa, per la difesa dei propri interessi, ha dovuto elaborare un diritto amministrativo punitivo sovranazionale, composto di macro-sanzioni amministrative, che riguardano, tra i vari, la normativa *antitrust* e il diritto bancario.

⁴⁵³ E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 619 ss.

⁴⁵⁴ G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della rivista “Giurisprudenza costituzionale” per il cinquantenario*, Milano, Giuffrè, 2006, 1053 ss.

non si traduca nella violazione di altri principi di valore più cogente e dimostrativo, come quelli di uguaglianza, di ragionevolezza, eccetera»⁴⁵⁵.

In buona sostanza, se fosse solo un problema di *extrema ratio* l'interprete avrebbe, per così dire, le mani legate. Né la via della questione di legittimità costituzionale, né quella di un'interpretazione costituzionalmente conforme sarebbero allo stato praticabili. Resterebbe la sola strada dell'intervento legislativo, del tutto discrezionale (non imposto cioè da un necessario ritorno entro i binari della legittimità costituzionale). Per vero non può forse ad oggi escludersi la praticabilità di una terza via, considerate le audaci prese di posizione che la Corte costituzionale, di recente, ha mostrato di saper assumere: nel noto caso Cappato con l'ordinanza n. 207/2018 la Corte ha giocato da "attendista", inaugurando la strada dell'incostituzionalità sospesa o differita. Ma si tratta di un percorso appunto "audace" che resta al momento un *unicum* nell'esperienza costituzionale⁴⁵⁶.

Ad ogni modo, va evidenziato però che, se il ricorso alla sanzione penale come *extrema ratio* è nella totale discrezionalità del legislatore, lo stesso non può dirsi, a cuor leggero, con riferimento al rispetto del principio di offensività e alla selezione dei beni giuridici. Se infatti condividiamo che abbia fondamento costituzionale l'obbligo per il legislatore di mantenere i confini dello strumentario penalistico strettamente ancorati alla protezione di beni giuridici (secondo una concezione "costituzionale-culturale" degli stessi) che siano ritenuti rilevanti dalla coscienza sociale, la conclusione in punto di sindacabilità delle scelte del legislatore potrebbe forse mutare. Il valore garantisco del principio di offensività (del cui fondamento costituzionale non può dubitarsi) è difatti legato a doppio filo all'individuazione dei beni meritevoli di tutela. Va però detto come la "lettura forte" dell'approccio costituzionalistico e la concezione "chiusa" del catalogo dei beni giuridici

⁴⁵⁵ M. DONINI, *Principi costituzionali e diritto penale. Modello e programma*, cit., 430.

⁴⁵⁶ Residuerrebbe altrimenti lo strumento, ben più timido, della c.d. sentenza monito; ne è un esempio la sent. n. 3/1956, con cui la Corte costituzionale si è pronunciata in termini di piena compatibilità dell'art. 57 c.p. con il dettato dell'art. 27 Cost., rilevando tuttavia la «necessità generalmente avvertita (come fanno fede ripetute proposte di riforma) di *dare ad una materia*, che la realtà configura in termini non equivoci, *una corrispondente formulazione legislativa: della quale necessità anche la Corte sente di doversi rendere interprete*» (corsivi aggiunti). Tale esortazione fu prontamente accolta dal legislatore che intervenne sul contenuto dell'art. 57 c.p. con la l. n. 127/1958.

tutelabili abbiano notoriamente mostrato forti aspetti di irrealismo⁴⁵⁷; viceversa la concezione “aperta” dei beni giuridici tutelabili ha incontrato maggiormente i favori della dottrina⁴⁵⁸.

Occorre tuttavia considerare che anche all’offensività non è stata ascritta con facilità natura di principio dimostrativo in senso stretto da parte della Corte costituzionale⁴⁵⁹; solo in alcuni casi manifesti, cioè, è stata dichiarata l’incostituzionalità di una fattispecie incriminatrice per violazione del principio di offensività o per inesatta selezione dei beni giuridici meritevoli di tutela penale⁴⁶⁰.

Eccezion fatta per la notissima sentenza n. 364/1988 (in cui si parla di «necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di rilievo costituzionale e tali da esser percepite anche in funzione di norme “extrapenali”, di civiltà, effettivamente vigenti nell’ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare»), la Corte costituzionale ha solitamente utilizzato, nelle proprie pronunce di accoglimento, i principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzione⁴⁶¹. Oppure ha impiegato l’art. 21 Cost., come è accaduto in Corte cost. 23 aprile 1974, n. 108, per affermare l’illegittimità costituzionale dell’art. 415 c.p. nella parte in cui, nel sanzionare l’istigazione all’odio tra le classi sociali, non precisava «che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità».

⁴⁵⁷ V. i riferimenti in F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell’economia*, cit., 54.

⁴⁵⁸ V. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 199.

⁴⁵⁹ M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 25 ss.

⁴⁶⁰ La Corte costituzionale ha in non poche occasioni ribadito come sia rimessa alla discrezionalità del legislatore la scelta dei beni giuridici da tutelare, nel rispetto però del dettano costituzionale. Cfr. Corte cost., 15 dicembre 1998, n. 447 in cui si legge che «solo il legislatore può dunque, nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali, secondo il principio “nullum crimen, nulla pena sine lege”, cui si riconducono sia la riserva di legge vigente in materia penale, sia il principio di determinatezza delle fattispecie penali, sia il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici».

⁴⁶¹ V. Corte cost., 10 luglio 1991, n. 333; Corte cost., 17 ottobre 1996, n. 370; Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251; Corte cost., 17 aprile 2019, n. 88.

Se è vero che talune sentenze dei primi anni Duemila hanno affermato con fermezza il carattere costituzionale del principio di offensività, individuandone il fondamento nell'art. 25, co. 2 Cost.⁴⁶², va tuttavia osservato che nella maggior parte dei casi la Consulta, ove interpellata, ha negato il contrasto con l'offensività in astratto, rimettendo al giudice il compito di operare un rigoroso scrutinio circa la sussistenza dell'offensività in concreto⁴⁶³.

Tale panorama fa pertanto dubitare che si possa intervenire in via ermeneutica o transitare per il giudice delle leggi al fine di rimuovere dall'area di intervento penale la tutela dell'obbedienza in sé e per sé considerata, tanto in virtù della violazione del principio di sussidiarietà, quanto in virtù di quello di offensività in senso stretto (salvo i casi limite dell'incriminazione irragionevole). A fronte di simili rilievi, e ribadito che una più intensa applicazione del principio di offensività da parte della Corte costituzionale permetterebbe la soluzione di gran parte dei problemi sin qui esposti già *de lege lata*, risulta pertanto necessario l'intervento del legislatore; quanto alle modalità, quelle maggiormente auspicabili paiono le seguenti.

3. L'opzione in favore di una "selezione penalistica" delle note di disvalore: beni strumentali e beni-funzioni in chiave offensiva.

Se non possono disconoscersi esigenze di anticipazione della tutela allo stadio del pericolo e l'urgenza di un diritto penale a struttura preventiva, non ci si deve per ciò solo accontentare di costruire i reati intorno a mere inosservanze, ma ci si deve piuttosto impegnare nell'affiancare alla finalità preventiva una serie di indici di intrinseca offensività.

Si deve operare sulla fattispecie una vera e propria selezione penalistica attraverso l'individuazione di note di disvalore, sulla falsariga di quello che è stato definito "illecito penale minore"⁴⁶⁴. Può ben trattarsi di fattispecie

⁴⁶² G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale*, cit., 1056 s. L'A. evidenzia come in tali casi la Corte costituzionale abbia inteso il principio di legalità in senso assai ampio, riconnettendolo alla dignità dell'uomo e ritenendolo parametro fondamentale per escludere la possibilità per una serie di fatti di costituire illecito penale.

⁴⁶³ V. Corte cost., ord. 6 febbraio 2007, n. 30.

⁴⁶⁴ M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 243 ss. e 264.

fondate sull'inosservanza di provvedimenti autorizzativi, regole preventivo-cautelari, ingiunzioni o obblighi di comunicazione; tuttavia necessari dovrebbero essere meccanismi di selezione offensiva.

Ciò può accadere anzitutto, a monte, con una descrizione più pregnante del fatto tipico. Si è visto come il riferimento non a semplici condotte isolate ma a una vera e propria "attività" possa restituire un quadro offensivo di sufficiente consistenza (restando viceversa flebile il dato offensivo di contegni episodici *ex* artt. 131 *bis* e *ter* t.u.b. o di mere offerte o promozioni isolate *ex* art. 166 lett. b) e c) t.u.f). Parimenti, si è indicato come l'esistenza di un dolo specifico possa orientare il reato da fattispecie posta a tutela di mere-funzioni a fattispecie volta alla protezione di un bene-strumentale e di un bene finale (il fine di evasione richiesto agli artt. 8 e 10 d.lgs. 74/2000 illumina l'attitudine della condotta in vista della tutela soltanto strumentale, e non in sé e per sé, della funzione di accertamento tributario).

Suggeribile sarebbe dunque (sempre con riferimento alle fattispecie strutturate sull'offesa ad un bene-funzione) *l'introduzione* perlomeno implicita *del pericolo per i beni-finali* in modo tale che l'idoneità offensiva (o anche solo l'appartenenza del fatto concreto al novero dei fatti incriminati) non risulti presunta ma debba al contrario formare oggetto di prova in concreto da parte del giudice o, al più, sia passibile di prova contraria: per esempio, con riferimento all'ostacolo ai poteri delle agenzie di controllo dovrebbe essere posto in capo all'accusa l'onere di provare che si tratta di poteri funzionali al perseguimento delle finalità istituzionali, con la possibilità dunque per l'imputato di allegare il contrario. Questo non esclude in radice il ricorso al pericolo astratto: ove emergano le ragioni più volte menzionate che giustificano un'astrazione del pericolo, il giudice sarà chiamato (soltanto) ad accertare che l'accadimento concreto abbia le caratteristiche per dirsi conforme al modello predisposto dal legislatore, modello che deve però presentare note effettive di attitudine offensiva.

Una reale selezione penalistica può infatti aversi garantendo l'irrilevanza penale della comunicazione negata ove essa sia ininfluenza ai fini dell'esercizio dei poteri di reazione dell'*Authority* (perché si tratta di un dato meramente organizzativo e l'Autorità ha funzioni di tutela di interessi prettamente economici, o perché si tratta di un dato economico la cui comunicazione non avrebbe comunque condotto a una rappresentazione della situazione patrimoniale tale da far scattare i poteri tipici di intervento).

Al medesimo risultato selettivo può giungersi, a valle, con una *causa di non punibilità in caso di regolarizzazione* della condotta abusiva; a tal proposito potrebbe suggerirsi il criterio della c.d. *doppia conformità* (impiegato, ad esempio, all'art. 36 del t.u. edilizia per la concessione del permesso di costruire in sanatoria), tale per cui deve dimostrarsi la conformità alla prescrizione legale (e dunque il possesso dei requisiti previsti) tanto al tempo dell'inizio dell'attività quanto al momento della richiesta sanante.

Tutto ciò comporta che il regolare operare dell'Autorità amministrativa non sia più il bene finale oggetto di protezione in sé e per sé e impone di considerare quali siano le ricadute sulla rilevanza della validità o dell'invalidità del provvedimento amministrativo autorizzatorio⁴⁶⁵. La giurisprudenza che ritiene non integrato il reato di abusivismo in presenza di un provvedimento illegittimo lo fa indicando come interesse protetto la corretta esplicazione del potere di accertamento della p.a., che, anche in presenza di un vizio di legittimità, può dirsi comunque espletato⁴⁶⁶. Se nel fuoco dell'oggettività giuridica però viene, come pare auspicabile, ricondotto quell'interesse *finale* alla tutela del quale è posta l'Autorità di settore, allora l'illegittimità del provvedimento potrebbe svelare una messa in pericolo; il provvedimento autorizzatorio illegittimo potrebbe, in altre parole, aver garantito l'ingresso nel mercato di un operatore pericoloso per l'interesse finale (un operatore che, ove fosse stata rispettata la legge, non avrebbe ottenuto l'autorizzazione).

Questo dubbio pare agilmente superabile: il carattere abusivo della condotta deve essere ovviamente coperto dal dolo di fattispecie, figurando l'assenza dell'autorizzazione come elemento del fatto tipico. Alla mancata richiesta deve essere certamente equiparato il provvedimento inesistente (si pensi a un'autorizzazione data a voce dal funzionario). Il provvedimento illegittimo, invece, ossia quello adottato nonostante la carenza dei presupposti

⁴⁶⁵ Per tutti, A. ALBAMONTE, *Atti amministrativi illegittimi e fattispecie penale: poteri del giudice nella tutela penale del territorio*, in *Cass. pen.*, 1983, 1861; G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, CUEC Editrice, Cagliari, 1996; R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 36 ss.; P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, Giappichelli, 1999, 294; SINISCALCO, *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, in *Enc. dir.*, 668, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, Giuffrè, 2004, 65 ss.

⁴⁶⁶ V. Corte cost., ord. 14 giugno 1990, n. 288.

per la sua emanazione, ove la fattispecie sia costruita sulla ‘assenza di autorizzazione’, non potrà condurre all’integrazione dell’elemento oggettivo del reato (pena la violazione del principio di legalità). Qualora invece la fattispecie tratti in maniera più ampia di “attività abusiva” o si “attività esercitata abusivamente”, ossia di attività posta in essere senza possedere i requisiti fissati dalla legge, potrà dirsi oggettivamente tipica anche la condotta seguita ad un provvedimento illegittimo, salvo però riscontrare il difetto di elemento soggettivo (a condizione che il richiedente non abbia consapevolmente cooperato con il rilasciante nell’ambito di uno scambio criminoso ⁴⁶⁷, profilandosi in questo caso una classica ipotesi di *Rechtsmißbrauch*). Tuttavia, non ogni forma di illegittimità potrebbe far risultare integrato l’elemento oggettivo; non dunque un vizio di forma o un vizio che, ad ogni modo, non dipenda dalla non conformità ai presupposti per il rilascio dell’autorizzazione, la quale sola è idonea a integrare il requisito dell’abusivismo.

In altri termini, se una fattispecie che ruota attorno ad un momento autorizzativo viene strutturata, come qui si auspica, in un’ottica di tutela del bene finale (si pensi alla tutela del risparmio e del credito in materia bancaria), garantendo ad esempio la non punibilità del mero atto isolato o dell’attività esercitata da colui che si sia fatto carico di una regolarizzazione tempestiva, ciò non potrà comunque portare a esiti interpretativi che stravolgano il dato legale. Se è vero che si punisce il solo esercizio dell’attività posta in essere in termini effettivamente offensivi per gli interessi finali, è altrettanto vero che, se la fattispecie richiede, fra gli elementi costitutivi, l’assenza di autorizzazione, la condotta pericolosa posta in essere in presenza di un provvedimento illegittimo fuoriesce necessariamente dal tipo.

⁴⁶⁷ V. M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002, 115.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI-SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I principi generali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2018,
- ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Il Mulino, 2010
- ALESSANDRI, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014;
- ALESSANDRI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002;
- ALONSO ÀLAMO, *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Universidad de Valladolid, 2014;
- AMARELLI, *I delitti di bancarotta alla luce del nuovo art. 217 bis: qualcosa è cambiato?*, in *Giust. pen.*, 2011;
- AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità: contributo ad una teoria della non punibilità*, Torino, Giappichelli, 2006;
- AMATI, sub *art. 185 t.u.f.*, in *Le nuovi leggi civili commentate*, 2007;

- AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, Zanichelli, 2012;
- ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983;
- ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1996;
- ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930;
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1982;
- ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1955;
- ARDIZZONE, *Incolunità pubblica (delitti e contravvenzioni contro la)*, in *Dig. disc. pen.*;
- ARNONE- ILIOPULOS, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, Milano, 2005;
- ARROYO ZAPATERO, *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitution*, in *Revista Juridica de Castilla-La Mancha*, 1987;
- AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, Cedam, 2008;
- BAJO-BACIGALUPO, *Derecho pénal económico*, Madrid, Editorial universitaria Ramón Areces, 2010;
- BASILE E., *L'insider trading riformato...ma non troppo: criticità^[1] e prospettive all'indomani del D.Lgs. n. 107/2018*, in *Le società*, 2019;
- BASILE F., *A proposito di misure di prevenzione personali: il controverso ambito di applicazione soggettivo dell'art.80 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (obbligo di comunicazione delle variazioni patrimoniali)*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017;
- BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1986;
- BIANCONI, sub art. 2628, in T. PADOVANI (a cura di), *Le fonti del diritto italiano. Leggi penali d'udienza*, Milano, Giuffrè, 2003;
- BINDING, *Die normen und ihre Ubertretung. Eine Untersuchung uber die rechtmassige Handlung und die Arten des Delikts*, Leipzig, 1916;
- BOGGIANI, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, Torino, Utet, 2019;

- BONFATTI-CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2013;
- BONFATTI, *La liquidazione coatta delle banche e degli intermediari in strumenti finanziari. Presupposti soggettivi ed oggettivi*, Milano, 1998;
- BONFATTI, sub *art. 80*, in G. BELLI-F. CONTENTO-A. PATRONI GRIFFI-M. PORZIO-V. SANTORO (a cura di), *Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, Zanichelli, 2003;
- BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, ES, 2018;
- BOULANGER, *Restructurations sociétaires et responsabilité pénale*, Presses de l'Université Toulouse, 2019;
- BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 2019;
- BRICCHETTI, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale come reato di pericolo concreto*, in *ilpenalista.it*, 2017;
- BRICCHETTI, *La corruzione tra privati*, in G. CANZIO-L.D. CERQUA-L. LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Padova, Cedam, 2014;
- BRICOLA, *Il diritto penale del mercato finanziario*, in *Mercato finanziario e disciplina penale*, Milano, Giuffrè, 1993;
- BRICOLA, *Interesse in atti d'ufficio* (voce), in *Enc. dir.*, 1971;
- BRICOLA, *Teoria del reato* (voce), in *Nov. Dig. It.*, Torino, Utet, 1974;
- Brunelli, *Il tentativo della rapina impropria: Le Sezioni Unite liquidano sul nascere i segnali di enforcement del precedente*, in *Cass. pen.*, 2013;
- CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2015;
- CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2007;
- CANESTRARI, *Reato di pericolo* (voce), in *Enc. giur.*, 1985.
- CAPOTI, *Usura presunta nel credito bancario e usura della legalità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007;
- CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999;
- CARNUCCIO, *I reati fallimentari*, Padova, Cedam, 2016;
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Prato, Giacchetti, 1883;

- CASTRONUOVO, *Brevi note sull'atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997;
- CATENACCI-HEINE, *La tensione fra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990;
- CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «Sanzionatoria»*, Padova, Cedam, 1996;
- CATULLO, *Gli interessi in gioco nella fattispecie di esercizio abusivo dell'attività dei fondi pensione*, in *Riv. pen.*, 2002;
- CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla cultura penale*, in www.archiviopenale.it, 2018;
- CERQUA, *“I pagamenti virtuali”: brevi riflessioni su una modalità distrattiva*, in *Fallimento*, 2010;
- CERQUA, *Art. 10. Occultamento o distruzione di scritture contabili*, in I. CARACCIOLI-A. GIARDA-A. LANZI (a cura di), *Diritto e procedura penale tributaria*, Padova, Cedam, 2001;
- CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, Cedam, 2010;
- CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del Giudice amministrativo*, in *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2005;
- COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996;
- COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006;
- COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, in C. PALAZZO-E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2007;
- COCCO, *Reati fallimentari*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006;
- COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in AMBROSETTI (a cura di) *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017;
- CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano, Giuffrè, 2010;

- CONTE-JEANDIDIER, *Droit pénal des sociétés commerciales*, Paris, Litec, 2004;
- CONTI, *Diritto penale commerciale. I reati fallimentari*, Torino, Utet, 1991;
- CONTI, *Fallimento (reati in materia di)*, in *Noviss. dig.*, 2002;
- CONTI, *Rialzo e ribasso fraudolento di prezzi o valori*, in *Nov. dig. it.*, 1968;
- CORDA, *La forza espansiva della matrice. Intese restrittive della concorrenza e strumento penale nella politica criminale contemporanea*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015;
- CORNACCHIA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Giur. comm.*, 2017;
- COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012;
- CREPALDI, *Le recenti modifiche del diritto penale tributario: continua la strada verso il diritto penale della riscossione*, in *Giurisprudenza Penale*, 2017;
- CRISTIANI, *Guida alle nuove norme sull'usura*, Torino, Giappichelli, 1996;
- CURATOLA, (voce) *Condizioni di punibilità*, in *Enc. dir.*, 1961;
- D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Le società*, 2011;
- D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2012;
- D'ANELLO, *Riciclaggio: dalla tutela penale del patrimonio individuale a quella dell'economia*, in *Arch. pen.*, 2012;
- D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, Liriti editore, 2008;
- DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, Giappichelli, 2018;
- DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, Giappichelli, 2004;
- DE VERO, *Corso di diritto Penale*, Torino, Giappichelli, 2012;
- DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Giuffrè, Milano, 1976
- DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1976;
- DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1976;

- DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco*, in *Osservazioni intorno al “Progetto preliminare di un nuovo codice penale”*, Milano, Vita e pensiero, 1927;
- DELMAS MARTY-GIUDICELLI DELAGE, *Droit pénal des affaires*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000;
- DEMETRIO CRESPO, *Crisis financiera y derecho penal economico*, Madrid, 2014;
- DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013;
- DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999;
- DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984;
- DONATO (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, in *Banca d’Italia. Quaderni di ricerca giuridica*, 2016;
- DONINI-FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018;
- DONINI-L. RAMPONI, *Il principio di colpevolezza*, in G. INSOLERA-N. MAZZACUVA-M. PAVARINI-M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2012;
- DONINI, (voce) *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, 1999;
- DONINI, *Abolito criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. pen.*, 2002;
- DONINI, *Critica dell’antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d’interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016;
- DONINI, *Democrazia penale e ruolo della scienza*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, Monduzzi, 2005;
- DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all’analisi dei rapporti fra errore di diritto e analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999.
- DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2013;

- DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giappichelli, 2004;
- DONINI, *Imputazione oggettiva dell'illecito* (voce), in *Enc. dir.*, 2010;
- DONINI, *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Critica del diritto*, 1998;
- DONINI, *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018;
- DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionale penale come metodo*, in *Dir. pen. cont. (rivista trimestrale)*, 2012;
- DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis cp) tra democrazia normante e principi costituzionali. apertura di un dibattito*, in *L.P.*, 2018;
- DONINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, in *Studium iuris*, 1997;
- DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. Pen.*, 2003;
- DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001;
- DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati contro la salute pubblica*, in M. DONINI-D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, Cedam, 2008;
- DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, Mucchi, 2019;
- DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *Ius17@unibo.it*, 2009;
- DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003;
- DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996, 74 ss.;
- DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo dell'espansione del diritto penale economico*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, Giuffrè, 2006;
- EUSEBI, *Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie*, in *Atti del IV congresso*

- nazionale di diritto penale. Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, Giappichelli, 1996;
- FABIANI, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, 9 dicembre 2016;
 - FALCINELLI, *Il giudice, l'antifraude e una "Fata morgana": se il tipo del pericolo concreto esprime un'offesa di danno (di un bene astratto)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011;
 - FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Milano, Giuffrè, 2009;
 - FALCINELLI, *La complessità del reato: tra unità del fatto, unicità dell'offesa e pluralità del "danno"*, in *Arch. pen.*, 2013;
 - FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, Cedam, 2011;
 - FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984;
 - FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, Palermo, 1977;
 - FIORE C., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Esi, 2006;
 - FIORE C., *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959;
 - FIORE S., *Il caso del diritto penale tributario: da eccezione a paradigma? Osservazioni sul diritto penale com'è e come (forse) sarà*, in E. M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017;
 - FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in L. CONTI, *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, Cedam, 2001;
 - FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2018;
 - FIORELLA, *Reato in generale* (voce), in *Enc. Dir.*, 1987;
 - FIORI-TISCINI, *Economia aziendale*, Milano, Egea, 2014;
 - FLICK, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, in *Riv. soc.*, 2011;
 - FLORA, *Metamorfosi del falso in bilancio e «scelta» del bene giuridico protetto*, in E. DOLCINI-C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano, Giuffrè, 2006;
 - FOFFANI-D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia. Impresa e mercato*, Vol. I, Bologna, Il Mulino, 2015;

- FOFFANI, *La tutela della trasparenza della proprietà azionaria come esempio di anticipazione dell'intervento penale nella disciplina del mercato finanziario*, in *Atti di IV congresso nazionale di diritto penale. Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, Giappichelli, 1996;
- FOFFANI, *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 2014;
- FOFFANI, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: la proposta del progetto "Eurodelitti" per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006;
- FOFFANI, *Reati bancari*, in C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Milano, Monduzzi, 2000;
- FOFFANI, sub art. 2628 c.c., in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2007;
- FOFFANI, sub art. 2636 c.c., in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2007;
- FONDAROLI, *Aggiotaggio mediante altri artifici: disvalore del fatto e disvalore del contesto*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003;
- FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 1994;
- FORTE, in A. MANNA, *Corso di diritto penale dell'impresa*, Milano, Wolters Kluwer, 2018;
- GALLO E., *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, Cedam, 1970;
- GALLO F., *Tecnica legislativa ed interesse protetto nei nuovi reati tributari: considerazioni di un tributarista*, in *Giur. comm.*, 1984;
- GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969;
- GALLO M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1924;
- GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, in *Quad. pen.*, 2002;
- GARCIA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996;

- GARGANI, *Usura semplice e usura qualificata. Osservazioni critiche sulla riforma del delitto di usura alla luce del paradigma carrariano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000;
- GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitiva' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018;
- GIRAUDI-RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti: dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma, Laterza, 2001;
- GIULIANI BALESTRINO, *Un mutamento epocale nella giurisprudenza relativa alla bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013;
- GIUNTA, *I reati economici: modelli normativi e riflessi probatori*, in *Giust. pen.*, 2011;
- GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2004;
- GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Ediciones Peninsular, Madrid, 1983;
- GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986;
- GRECO, *L'intervento penale: il ruolo della magistratura*, in AA.VV., *Enron e Parmalat. Due "sistemi-paese" a confronto*, San Cesario di Lecce, Manni, 2005;
- GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, Cedam, 1969;
- HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984;
- HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1996;
- HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1973;
- HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, R.v. Decker, 1991;

- INFANTE, in A. MANNA, *Corso di diritto penale dell'impresa*, Milano, Wolters Kluwer, 2018;
- JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, 2005;
- KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Heidelberg, Juristische Abhandlungen, 1989;
- KUDLICH-OĞLAKCIOĞLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, 2011.
- LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale: uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, Giappichelli, 2018;
- LAI, *Incolumità (reati contro la)*, in *Enc. giur.*;
- LANZI-ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Padova, Cedam, 2014;
- LANZI-ALDROVANDI, *Manuale di diritto penale tributario*, Padova, Cedam, 2011;
- LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, Morano, 1964;
- LATOUCHE, *I paradossi dell'economia*, in ID. (a cura di), *L'economia svelata*, Bari, Edizioni Dedalo, 1997;
- LEMMA, sub *art. 131 bis*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2018;
- LINCIANO-MACCHIATI, *Insider trading. Una regolazione difficile*, Bologna, Il Mulino, 2002;
- LINDEMANN, *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?*, Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1932;
- LOSAPPIO, *Agenzie di rating e manipolazione del mercato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018;
- LOSAPPIO, *I reati di abusivismo e gli illeciti amministrativi imperniati sulla mancanza del consenso dell'autorità*, in G. BELLI-F. CONTENTO-A. PATRONI GRIFFI-M. PORZIO-V. SANTORO (a cura di), *Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, Zanichelli, 2003;
- LUCARELLI, sub *art. 166*, in C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Il testo Unico della intermediazione finanziaria. Commentario al D.lgs. 24 febbraio 1998*, Milano, Giuffrè, 1998;
- LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafens?*, Francoforte, Suhrkamp Verlag, 1995, traduzione italiana L. EUSEBI (a cura di), *Il declino del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2005;

- LUNGHINI, sub *art. 2621*, in E. DOLCINI-G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2015;
- M. BERTOLINO, *Le opzioni penali in tema di usura: dal codice Rocco alla riforma del 1996*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997;
- MACCARI, sub *art. 2637 c.c.*, in F. GIUNTA (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Torino, Giappichelli, 2002;
- MACHAN, *What is morally right with insider trading*, in *Public Affairs Quarterly*, 1996;
- MAGRO, *Manipolazioni di mercato: illecito penale o amministrativo*, in *Cass. pen.*, 2007;
- MALAGNINO, *La bancarotta propria. Elementi e principi generali*, Key Editore, 2014;
- MANACORDA, “*Dovere di punire*”? *Gli obblighi di tutela penale nell’era dell’internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012;
- MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)*, 2011;
- MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005;
- MANES, *La tutela penale*, in M. CAMELLI-G. SCIULLO-C. BARBATI-A. LEON-V. TUCCINI-M.C. FREGNI-V. MANES (a cura di), *Il diritto dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2011;
- MANGIONE, *L’illecita influenza*, in A. GIARDA-S. SEMINARA, *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Cedam, Padova, 2002;
- MANNA, *La nuova legge sull’usura*, Torino, Utet, 1997;
- MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1992;
- MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1978;
- MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 325;
- MANTOVANI, *Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, Giappichelli, 1998;
- MANZIONE, *Usura e mediazione creditizia*, Milano, Giuffrè, 1998;

- MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, Milano, Giuffrè, 2001;
- MARINUCCI-ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971;
- MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988;
- MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene, 1985;
- MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983.
- MARINUCCI, *Tendenze del diritto penale bancario e bancarotta preferenziale*, in M. ROMANO (a cura di), *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Bologna, Il Mulino, 1980;
- MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016;
- MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 2010;
- MATA MARTIN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, Comares, 1997;
- MAURACH-SCHROEDER-MAIWALD, *Strafrecht. Bes. Teil, Teilband I, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 8 Aufl., Heidelberg, 1995;
- MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, Cedam, 2018;
- MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 1983;
- MAZZACUVA, *Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza in sede penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976;
- MAZZUCATO, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati: studi sul sistema sanzionatorio penale*, Roma, Aracne, 2006;
- MERENDA, *Attività di rating e delitto di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 2018;
- MESSINA, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza*, in G. CANZIO-L.D. CERQUA-L. LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Padova, Cedam, 2014;

- MEYER, *La tutela penale dell'accesso*, in A. MEYER-L. STORTONI (coord. da), *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario*, Torino, Utet, 2002;
- MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, Zanichelli, 2017;
- MILITELLO, *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2002;
- MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988;
- MIRIELLO, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, Torino, Utet, 2019;
- MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995;
- MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, Esi, 2001;
- MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1988;
- MOLITERNI, sub art. 131 ter, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2018;
- MUCCIARELLI, *Aggiotaggio*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, Ipsoa, 2002;
- MUCCIARELLI, *Diritto penale e attività bancaria: aspetti problematici e spunti di riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 2017;
- MUCCIARELLI, *Disposizioni in materia di usura sub art. 1, legge 7 marzo 1996, n. 108*, in L.P., 1997;
- MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005;
- MUCCIARELLI, *L'art. 217 bis e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2011;
- MUCCIARELLI, *L'art. 217 bis e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2011;
- MUCCIARELLI, *Riforma penalistica del market abuse: l'attesa continua*, in *Dir. pen. proc.*, 2018;

- MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale d'insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta prefallimentare*, in *Le società*, 2017;
- MUNOZ CONDE, *Proteccion de bienes jurídicos como limite constitucional del Derecho penal*, in F. MORALES PRATS-G. QUINTERO OLIVARES (coord. da), *Nuevo Derecho Penal Espanol. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Thomson Reuters Aranzadi, 2001;
- MUSCO (a cura di), *Diritto penale tributario*, Milano, Giuffrè, 2002;
- MUSCO-ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, Zanichelli, 2018;
- MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, Giuffrè, 1974;
- MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, Giuffrè, 2004;
- MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, Giuffrè, 2004;
- NAPOLEONI, sub *art. 166*, in M. FRATINI-G. GASPARRI (a cura di), *Il testo unico della finanza*, Torino, Utet, 2012;
- NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, Giuffrè, 1995;
- NISCO, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: spunti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013;
- NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, Cedam, rist. 1972;
- NUVOLONE, *Il diritto penale degli anni Settanta*, Padova, Cedam, 1982;
- NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1955;
- NUVOLONE, *Problemi di diritto penale bancario*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1976;
- NUVOLONE, *Reati in materia di fallimento* (voce), in *Enc. dir.*, 1967;
- ORSI, *Gli "artifici" costitutivi dell'elemento oggettivo dei delitti di aggio (art. 2637 c.c.) e di manipolazione del mercato (art. 185 t.u.f.)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008;
- OTTO, *Grundkurs Strafrecht: die einzelnen Delikte*, Berlin, De Gruyter Recht, 2005.
- PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2006;
- PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in A. STILE (a cura di), *Atti del congresso nazionale di diritto penale. Diritto penale, diritto di*

- prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, Giappichelli, 1996;
- PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995;
 - PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 2002;
 - PADOVANI, *Il problema del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984;
 - PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984;
 - PADOVANI, *Prefazione a D. MANZIONE, Usura e mediazione creditizia*, Milano, Giuffrè, 1998;
 - PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987;
 - PADOVANI, *Una riforma difficile*, in *Leg. pen.*, 2002;
 - PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, Priulla, 1957;
 - PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2003;
 - PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte generale. Vol. 2. Il reato*, Milano, Giuffrè, 2007;
 - Pagliaro, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, Giuffrè, 1965;
 - PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992;
 - PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, Giuffrè;
 - PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998;
 - PALIERO, *Diritto penale classico versus diritto penale moderno: cambi di paradigma nel diritto penale attuale?*, in *Rev. Fac. Direito*, Curitiba, 1993;
 - PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018;
 - PALIERO, *L'agorà a il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012;

- PANAGIA, *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997;
- PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, Giuffrè, 1990;
- PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, Cedam, 1993;
- PEDRAZZI, *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, Giuffrè, 1979;
- PEDRAZZI, *In memoria del "falso in bilancio"*, in ID., *Diritto penale*, III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 2003;
- PEDRAZZI, *L'aggiotaggio come delitto contro l'economia pubblica*, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, IV, Milano, Giuffrè, 2003;
- PEDRAZZI, *L'evoluzione del diritto penale economico*, in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 2003;
- PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l'economia pubblica*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – problemi – prospettive*, Milano, Giuffrè, 1992;
- PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggiotaggio*, ora in ID., *Diritto penale*, IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2003;
- PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in ID., *Diritto penale: scritti di diritto penale dell'economia*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2003;
- PEDRAZZI, sub *art. 216, art. 217*, in C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di) *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, Zanichelli, 1995;
- PERINI A., (voce) *Reati tributari*, in *Dig. disc. pen.*;
- PERINI A., *Il delitto di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74*, in *Dir. pen. proc.*, 2000;
- PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010;
- PERSAK, *Criminalising harmful conduct. The harm principle, its limits and continental counterpart*, New York, Springer, 2007;
- PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, Giuffrè, 1993;
- PIOLETTI, *Danno, pericolo e condotta tipica nella bancarotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2018;

- PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Roma, Aracne, 2015;
- PISANI, *Attualità dell'offesa e 'zona di rischio penale' nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in ID., *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, Giappichelli, 2010;
- PISANI, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: un apparente revirement della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017;
- PISTORELLI, *La fattispecie di abusivismo nell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998;
- PLANTAMURA, (voce) *Usura*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006;
- PLANTAMURA, *Il testo unico sull'intermediazione finanziaria*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, Wolters Kluwer, 2018;
- PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., V. Klostermann, 1993;
- PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale in materia economica*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale. Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, Giappichelli, 1996;
- PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1976;
- PULITANÒ, *Supplemento giudiziario e poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1983;
- RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2017, 28 ss.;
- RAMPIONI (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2016;
- RAMPIONI, *Dalla parte degli "ingenui"*, Padova, Cedam, 2007;
- RECCIA, *La sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta prefallimentare. Spunti di riflessione*, Torino, Giappichelli, 2018;
- RIZ, *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in *Studi in memoria di Delitala*, Milano, Giuffrè, 1984;
- ROCCO, *L'oggetto del reato e la tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913;
- ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2004;

- ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995;
- ROSSI, *Le fattispecie penali di aggio e manipolazione del mercato (artt. 2637 c.c. e 185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58): problemi e prospettive*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006;
- ROSSI, *Ostacolo alla vigilanza e nuova disciplina del falso in bilancio*, in *Riv. guardia di finanza*, 2016;
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, München, 2006;
- ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010;
- RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs*, in *Festschrift für Richard M. Honig: zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970*, Göttingen, 1970;
- SALCUNI, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Milano, Wolters Kluwer, 2018;
- SANDULLI, *Aggio*, in *Giust. pen.*, 1936;
- SANTORIELLO, *Abuso del diritto e conseguenze penali*, Torino, Eutekne, 2017;
- SANTORIELLO, *Anche per la cassazione la sentenza di fallimento è una condizione di punibilità*, in *ilpenalista.it*, 2017;
- SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, Giappichelli, 2000;
- SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, Utet, 2003;
- SANTORIELLO, *Il nuovo reato di falso in bilancio*, Torino, Giappichelli, 2015;
- SANTORIELLO, *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione del patrimonio aziendale qualificabili come bancarotta fraudolenta*, in *Le società*, 2017;
- SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, Giuffrè, 1982;
- SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch: Kommentar vor §§ 306 ss.*, München, C.H. Beck, 2014;
- SEMINARA, (voce) *Reati societari (profili generali)*, in *Enc. dir.*, 2015;
- SEMINARA, *Aggio su strumenti finanziari*, in G.F. CAMPOBASSO (diretto da), *Testo unico della finanza*, Torino, Utet, 2002;
- SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002;

- SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. proc.*, 2017;
- SEMINARA, *Indebita percezione di erogazioni, appropriazione indebita e corruzione privata*, in *Dir. pen. proc.*, 2019;
- SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario*, in C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Milano, Monduzzi, 2000;
- SEMINARA, *Note sul reato di illeciti rapporti patrimoniali tra dirigenza e banca (art. 136 t.u.b.)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005;
- SEN, *Etica ed economia*, Bari, Laterza, 1988;
- SEPE, *I servizi di investimento*, in L. LACAITA-V. NAPOLEONI (a cura di), *Il testo unico dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 1998;
- SGUBBI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, Cedam, 2013;
- SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, Il Mulino, 1990;
- SGUBBI, *Tutela penale di «interessi diffusi»*, in *Quest. crim.*, 1975;
- SIEVERTS, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, Amburgo, 1934;
- SILVA SANCHEZ, *Aproximacion al Derecho penal contemporaneo*, J.M. Bosch, Barcellona, 1992;
- SORBELLO, *L'abusivismo assicurativo fra tipo legale ed (in)applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. econ. ass.*, 2011;
- SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003.
- SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007;
- SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2012;
- STASIAK, *Droit pénal des affaires*, Paris, LGDJ, 2005;
- STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998;
- STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003;

- STELLA, *Il mercato senza etica*, prefazione a C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002;
- STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973;
- STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004;
- STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrecht?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1993;
- SUTHERLAND, *White collar crime: the uncut version*, Yale Univ Print, rist. 2009;
- TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. I. Allgemeiner Teil*, München, 1975.
- TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, in *Criminalia*, 2011;
- TRAVERSI-GENNAI, *Diritto penale commerciale*, Padova, Cedam, 2012;
- TRAVERSI, *Responsabilità penali d'impresa*, Padova, Cedam, 1983;
- TRIPODI, *L'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob*, in F. SGUBBI-D. FONDAROLI-A.F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, Cedam, 2013;
- TROIANI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2008;
- TROIANO, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, Cedam, 2015;
- VALENTINI, *Brevi osservazioni in tema di abusivismo del promotore finanziario*, in *Cass. pen.*, 2004;
- VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, Giappichelli, 2003;
- VANNINI, *Reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto (a proposito di incendio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1918;
- VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Milano, Giuffrè, 2006;
- VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2014;

- VENEZIANI, *Emissione e utilizzo di fatture per operazioni inesistenti: asimmetrie dei modelli criminosi e forme di manifestazione del reato*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, Giappichelli, 2011;
- VINCIGUERRA, (voce) *Reato tributario*, in *Nss. dig. it.*, 1967;
- VIVES, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996;
- VON HIRSCH, *Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle"*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2002;
- WITTIG, *Rechtsgutstheorie, "Harm Principle" und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen*, in R. HEFENDEHL-A. VON HIRSCH-W. WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003;
- ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 2017;
- ZANNOTTI, *La tutela dell'accesso al mercato nella prospettiva della lotta contro il riciclaggio: il caso dell'abusivismo*, in *Ind. pen.*, 2003;
- ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione "critica" del bene giuridico e la pretesa necessaria offesa a un bene*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006.