

PARTE PRIMA
I PROBLEMI GENERALI

CAPITOLO 1

LE ORIGINI. IL METODO. I PRINCIPI

SOMMARIO: 1. Le origini e la composizione del diritto penale delle condotte economiche. – 2. Globalizzazione dell'economia e nuova *lex mercatoria*. – 3. Il codice penale e la materia economica. – 4. I rapporti tra la legislazione complementare e il codice penale: l'art. 16 c.p. – 5. Il metodo della scomposizione del reato in elementi costitutivi. – 6. Interpretazione e principi penali costituzionali. – 7. Il principio di legalità: Costituzione, Convenzione europea, Carta diritti UE. – 8. Il concetto di bene giuridico. Beni superindividuali e funzioni. – 9. Criminalità d'impresa, impresa criminale e impresa mafiosa. – 9.1. Impresa mafiosa in senso stretto e impresa ad infiltrazione mafiosa. – 10. Il caso "Mafia Capitale".

1. *Le origini e la composizione del diritto penale delle condotte economiche*

Il libro si occupa di una serie di condotte ricollegabili al vasto settore del "diritto penale dell'economia"; inteso quest'ultimo, in senso ampio, come disciplina penale che assume ad oggetto comportamenti economici.

Nell'ambito economico è il "*crimen*" che qui viene preso in considerazione, ossia – riprendendo Agamben – la "forma che l'azione umana assume quando è imputata e chiamata in causa nell'ordine della responsabilità e del diritto". Quell'azione umana insomma che, avendo passato la soglia sciagurata del *crimen*, perde la sua innocenza¹.

L'intervento del legislatore penale si attua in pratica nella sfera delle azioni che producono conseguenze di natura economica, incidono sulla ricchezza dei singoli e mettono in pericolo il risparmio delle famiglie (il reddito non speso, che diviene "investimento" attraverso un'attività di natura finanziaria).

Si pensi ai reati di bancarotta: la crisi dell'impresa non solo coinvolge la massa dei creditori che non realizzano quanto loro dovuto (o almeno non lo realizzano per l'intero), ma possono verificarsi dissesti a catena. Infatti, di riflesso, la mancata realizzazione del credito concesso può provocare la crisi economica delle imprese dei creditori insoddisfatti; compromettendo così ulteriori interessi collegati: quali quelli della salvaguardia dell'occupazione e dei livelli di reddito dei lavoratori implicati nella vicenda.

¹ G. Agamben, *Karman*, Bollati Boringhieri, 2017, p. 44 ss.

Si pensi ancora alla tutela della veridicità e completezza della “informazione societaria”, che costituisce una componente ineludibile di una moderna economia di mercato. Se non si salvaguardia tale valore anche con lo strumento penale (ad esempio, tramite i reati di falso in bilancio e di ostacolo alle autorità di vigilanza), non si riesce di conseguenza a preservare neanche gli interessi (sovente di natura patrimoniale) delle categorie di soggetti (i c.d. *stakeholders*), che stabiliscono rapporti giuridici con la compagine sociale e che possono essere indotti a scelte pregiudizievoli per l’errata cognizione della situazione economico-finanziaria della società.

Non si può, inoltre, tralasciare di rammentare il regolare funzionamento dei mercati mobiliari, elemento – quello della regolarità – imprescindibile per conservare la fiducia dei risparmiatori negli stessi mercati; evenienza che costituisce fattore essenziale per la crescita e il benessere economico. Nella vigilanza sui mercati finanziari e nella tutela degli investitori nei confronti di condotte che alterano l’equilibrio informativo e l’integrità dei mercati, assumono poi particolare rilievo le incriminazioni in materia di abusi di mercato.

Infine, il “nemico oggi da combattere”: le pratiche corruttive. La distorsione del mercato e la mancata crescita economica connessa all’alto tasso di corruzione non possono essere “combattute” e “vinte” soltanto con gli strumenti della prevenzione amministrativa (seppure importanti), ma necessitano di un efficiente, effettivo e afflittivo armamentario sanzionatorio penale oltre che di una rinnovata etica pubblica². Un diritto penale della “pubblica amministrazione” che garantisca al contempo certezza nelle scelte degli agenti pubblici, per non dar luogo a quella “paralisi” dell’azione amministrativa o “sindrome della firma” sempre in agguato. Non sembra che le recenti riforme del sottosistema dei delitti di corruzione (da ultimo la “legge c.d. spazzacorrotti” del 2019) abbiamo migliorato la situazione, come risulta d’altronde dai rapporti internazionali dove l’Italia è relegata nelle ultime posizioni tra i Paesi occidentali (ad esempio, il *Report 2019* di *Transparency international* evidenzia che l’Italia, pur segnando un lieve miglioramento, rallenta la sua scalata alla classifica globale della corruzione).

Nella esperienza anglo-americana si è approfondito da tempo il tema della lotta contro quelli che sono definiti “*white-collar crime*”, secondo la generica formula coniata negli anni quaranta da Edwin Sutherland influente criminologo americano dell’epoca: comportamenti criminali (o comunque illeciti o “dannosi socialmente”) tenuti da soggetti che svolgono una certa professione o hanno una posizione sociale elevata, in contrapposizione ai “crimini di strada” commessi dagli appartenenti alle classi disagiate e pericolose³.

²In argomento, si veda M. D’Alberti, *Il propagarsi della corruzione amministrativa*, in *Corruzione e pubblica amministrazione*, a cura di M. D’Alberti, Jovene, 2017, p. 1 ss.

³Il rinvio non può essere che a C. Pedrazzi, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Scritti di diritto*

Come messo in luce di recente nell'esperienza giuridica italiana, si tratta di «un campo di problemi, sempre in divenire per effetto delle poderose sollecitazioni della realtà dell'agire economico, che formano e deformano gli istituti», piuttosto che di una materia che può essere delimitata da confini precisi e designata di conseguenza tramite il sintagma “diritto penale dell'economia” o simili⁴.

Certamente vi sono ragioni plurime e complesse per spiegare lo sviluppo incessante negli ultimi anni della regolamentazione penale dei comportamenti economici. Assistiamo all'espansione del diritto penale in questo campo e alla crescita d'interesse della prassi giudiziaria, connessa all'aumento delle imputazioni per questa tipologia di fatti criminosi⁵.

Ma senza alcuna pretesa di esaustività, si vuole mettere in evidenza una ragione, un motivo di ciò: la sempre maggiore divaricazione tra etica ed economia, con riflessi anche nel campo penale⁶.

L'approccio etico si è indebolito man mano che l'economia moderna si è andata evolvendo. E pertanto la natura dell'economia corrente ha subito un sostanziale impoverimento a causa della distanza venutasi a creare tra l'economia e l'etica⁷.

In pratica, insieme allo sviluppo dell'economia moderna, si è avuto un allontanamento dell'economia dall'etica; senza considerare che “l'economia del benessere” non può dipendere unicamente dai suoi consumi e dal soddisfacimento individuale, ma deve essere sostanzialmente arricchita proprio dal prestare una maggiore attenzione al momento etico⁸.

Ebbene, nel dibattito contemporaneo il grande problema irrisolto della moralità del mercato ci impone allora di mettere in discussione la supposta separazione tra etica ed economia, tra giusto ed utile, tra *homo moralis* ed *homo oeconomicus*. Sicché la metafora del *laissez faire*, secondo cui l'economia è irresponsabile dell'uso buono o cattivo delle sue scelte appare oggi – non solo smentita dalla

penale dell'economia, vol. III, Giuffrè, 2003, p. 129 ss. In proposito, si segnala l'approfondimento sulla scoperta della criminalità dei colletti bianchi di A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010, p. 57 ss. Per una ricognizione di diritto comparato in materia di criminalità economica, cfr. A. Alessandri-S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, vol. I, *I principi generali*, Giappichelli, 2018, p. 4 ss.

⁴ Così A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 7 ss. In tal senso, cfr. altresì R. Rampioni, *Diritto penale dell'economia e principi informatori del sistema penale*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di R. Rampioni, Giappichelli, 2017, p. 2 ss.

⁵ Cfr. J. Silva Sánchez, *L'espansione del diritto penale*, Giuffrè, 2004, p. 49 ss.

⁶ Non a caso nell'opera di S.P. Green, *I crimini dei colletti bianchi*, Università Bocconi editore, 2008, p. 1 ss., a contenuto dei “crimini dei colletti bianchi” si mette l'immoralità delle condotte realizzate.

⁷ Si veda A. Sen, *Etica ed economia*, Laterza, 2002, p. 9 ss.

⁸ Cfr. ancora A. Sen, *Etica ed economia*, cit., p. 99 ss.

recente storia “mondiale” –, ma in contrasto con il senso comune⁹.

Le recenti crisi economiche mondiali, gli allarmi per la ricchezza delle famiglie, i pericoli per i risparmiatori, hanno portato a contestare quella visione fino a poco tempo fa così in auge della centralità di un mercato totalmente deregolato come unica fonte del benessere sociale e del diritto, motore della politica e vera alternativa liberale, democratica e moderna in contrapposizione a modelli etichettati come ideologici e dirigistici¹⁰. Si è scritto così che il vento è cambiato: i costi delle teorie “deregolamentatrici” errate sono stati enormi e si sono estesi all’intera economia globale; l’autoregolamentazione in campo economico-finanziario non funziona e vi è un “bisogno di regole”¹¹.

Ora, la materia del “diritto penale dell’economia” – comunque la vogliamo denominare come “diritto penale commerciale” oppure “diritto penale dell’impresa” o ancora “reati economici” – è materia estranea al codice penale del 1930.

E tale affermazione, come vedremo, non può certo essere messa in dubbio dalla presenza nel codice Rocco del “titolo” dedicato ai “delitti contro l’economia pubblica, l’industria e il commercio”.

Il nucleo storico del diritto penale dell’economia è costituito dalle disposizioni penali della legge fallimentare e da quelle del codice civile sui cosiddetti reati societari¹². Si tratta, in particolare, del “diritto penale commerciale” in senso stretto: «una categoria di genere, capace di comprendere, con formula sintetica, le due categorie di specie dei reati in materia societaria e di quelli in materia di fallimento ed altre procedure concorsuali»¹³.

Già Francesco Antolisei, nelle “Avvertenze” della prima opera di taglio “manualistico” consacrata alla c.d. legislazione complementare (1959), scriveva (in quel di Rapallo) che tra le numerose disposizioni penali rinvenibili *extra codicem* e che costituiscono il “diritto penale complementare” le più importanti – sia per il loro raggio d’azione sia per la complessità della materia – sono quelle contenute nella legge fallimentare nonché quelle del codice civile relative alle società di commercio.

In pratica il diritto penale, fino alla metà del secolo scorso, si è occupato unicamente della gestione dell’attività d’impresa esercitata in forma societaria (reati societari) e dell’insolvenza dell’imprenditore commerciale (reati fallimentari)¹⁴.

⁹ Cfr. le pagine illuminanti e sempre attuali di A. Giuliani, *Giustizia ed ordine economico*, Giuffrè, 1997, p. 67 ss.

¹⁰ Si vedano le riflessioni di G. Rossi, *Il mercato dell’azzardo*, Adelphi, 2008, p. 11 ss. Ci ricorda tuttavia la necessità di un’etica pubblica non penalistica, M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi editore, 2014, p. 56 ss.

¹¹ Si veda l’opera di J.E. Stiglitz, *Bancarotta. L’economia globale in caduta libera*, Einaudi, 2014, p. 217 ss.

¹² A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 3 ss.

¹³ L. Conti, *Diritto penale commerciale*, vol. I, Utet, 1965, Prefazione.

¹⁴ A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 251 ss.

E a giustificare l'accostamento nello studio tra reati fallimentari e societari è proprio la loro omogeneità sostanziale; esemplificata in modo emblematico dall'innesto dei reati societari nel tronco della bancarotta nell'art. 223, comma 2, n. 1 l. fall. Omogeneità sostanziale fondata sul carattere comune costituito dall'inerenza di entrambi i gruppi di norme incriminatrici allo statuto dell'impresa commerciale: mettendo vicino le incriminazioni societarie e quelle della legge fallimentare si ricomponе così ad unità il quadro del diritto penale dell'impresa commerciale¹⁵.

Accanto a questi due tradizionali complessi normativi del diritto penale dell'economia, sempre più importanza sta assumendo nella materia penaleconomica la disciplina dei "mercati finanziari".

La società della finanza ha occupato lo spazio della società dell'industria: nell'economia *post*-industriale, l'industria cessa di essere soggetto per diventare oggetto del mercato. E proprio nelle grandi imprese si afferra l'essenza della moderna economia come "economia della finanza"¹⁶.

All'interno della disciplina penale delle condotte economiche appare oggi cruciale farvi rientrare le vicende del fenomeno della corruzione. Pratiche corrottive che stanno provocando la mancata crescita economica del nostro Paese, in base allo stretto collegamento esistente tra il tasso di corruzione e la crescita economica e la ricchezza di un territorio¹⁷.

Una precisazione che non appare superflua: si è sostenuto che i reati economici sono iscritti nel paradigma del diritto penale della globalizzazione. E ciò implica per sua natura un minor "garantismo", discendente dalla flessibilizzazione delle categorie e dalla relativizzazione dei principi cardine della legalità, colpevolezza e proporzionalità; favorendo così una tendenza espansiva del diritto penale¹⁸.

Senonché, come ha anche dimostrato la più recente giurisprudenza di legittimità nel campo del diritto penale dell'impresa, i principi fondamentali che presidono ai reati in ambito economico non possono che essere i medesimi di tutti gli altri illeciti penali: con lo stesso statuto, forza e quotazione. Non si tratta certo di una materia che può avere una sua autonomia sostanziale meno "garantista", non rispondendo a particolari e diversi principi generali, e anzi mercede l'art. 16 c.p. vi si applicano (di regola) anche le disposizioni codicistiche.

¹⁵ Così C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. III, Giuffrè, 2003, p. 605 ss.

¹⁶ Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, il Mulino, 2010, p. 239 ss. Si veda anche L. Gallino, *Finanzcapitalismo*, Einaudi, 2011, p. 7.

¹⁷ In tema, si veda l'importante studio di P. Mauro, *Corruption and Growth*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1995, p. 681 ss.

¹⁸ J. Silva Sánchez, *L'espansione del diritto penale*, cit., p. 71 ss.

2. Globalizzazione dell'economia e nuova *lex mercatoria*

Il visibile influsso, negli ultimi anni, della legislazione europea e internazionale sulla materia dei mercati finanziari è indicativa dell'esigenza di avere discipline normative comparabili tra loro anche in campo penale (cfr. Cap. 12, § 1 e ss.).

La dimensione transnazionale delle grandi imprese, diventate le principali protagoniste dell'economia globale, che si caratterizzano così come "multinazionali", richiede a sua volta una certa uniformità di pratiche e modelli contrattuali, di una *lex mercatoria* universale. Siffatta transnazionalità domanda altresì una armonizzazione della disciplina penale dei singoli Stati, in cui si disloca e si ramifica l'organizzazione produttiva e distributiva della grande impresa multinazionale. L'economia globale non conosce nazionalità e impone un omogeneo ordinamento giuridico della *business community*¹⁹.

Ecco allora l'emergere di una nuova *lex mercatoria* (il *ius mercatorum*): il diritto creato dai *mercatores*, che nasce dagli statuti delle corporazioni mercantili, dalle consuetudini mercantili, dalla curia dei mercanti. Il *ius mercatorum*, la regolazione normativa dei rapporti commerciali, è direttamente creato dalla classe mercantile, senza mediazione della società politica. Si tratta certamente di un diritto di classe, di una classe di persone che risulta tradizionalmente uniforme²⁰.

Se si volge lo sguardo alla dimensione semantica dei termini che costituiscono il lessico fondamentale della materia in esame, non può sfuggire l'etimologia della parola "commercio" come professione di un uomo. Il commerciante o il mercante sono intermediari della circolazione dei prodotti e della ricchezza²¹.

Per "commercio" «il latino, e il latino solo, ha un'espressione fissa, costante, distinta dalle nozioni di acquistare e di vendere: *commercium*, derivato di *merx*, con *mercor*, *mercator*». Il significato di *merx* è "mercanza", "oggetto di traffico"; da cui *mercor* "darsi al traffico, farne un mestiere" di solito in un paese lontano, e *mercator* "trafficante, commerciante". Questi termini non hanno rapporti con quelli che indicano il comprare o il vendere: sono nozioni diverse²².

In definitiva, se l'attività di impresa (il commercio), da una parte, si è dilata sempre più in ambiti internazionali; dall'altra parte, il diritto penale si è frammentato sempre di più all'interno delle singole unità statuali. L'economia

¹⁹ Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., p. 14. Si veda inoltre P. Grossi, *La difficile strada della transizione*, in *Percorsi giuridici della modernità*, a cura di R.E. Kostoris, il Mulino, 2016, p. 37 ss.

²⁰ F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., p. 9 ss.

²¹ In tal senso E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol. I, Einaudi, 2001, p. 104 ss.

²² Cfr. ancora E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol. I, cit., p. 105 ss.

si separa allora dal diritto con la statualità del diritto penale: contrapponendosi così idealmente l'economia globale al diritto penale dettato da ogni singolo Stato nazionale.

Sorge così l'esigenza di compiere un delicato bilanciamento tra (i) la necessità di prevenire e sanzionare i gravi fenomeni di criminalità economica e (ii) l'esigenza sempre più sentita nel mondo "globalizzato" degli imprenditori di operare nell'ambito di un sistema certo, stabile, nelle regole e nelle sue applicazioni e prassi. In campi come quello del diritto penale, le regole giuridiche sono portatrici di sanzioni di tale incisività che devono rispondere a siffatte caratteristiche di "stabilità" e "affidabilità" nelle prassi applicative".

Il fenomeno della globalizzazione inteso "alla Giddens"²³ non solo come globalizzazione puramente economica, ma come fenomeno molto più complesso che genera effetti in diversi settori: politica, cultura e anche nel diritto²⁴, ci impone inoltre di riflettere sul rapporto tra globalizzazione e categorie penali²⁵.

In primo luogo, bisogna tuttavia comprendere se il processo di globalizzazione, come interdipendenza globale a livello di scambi culturali e finanziari, ci obblighi in qualche modo a plasmare diversamente, a rivedere, ad adattare il meccanismo di ascrizione causale di un evento; meccanismo sul quale il nostro diritto penale ha costruito gran parte degli illeciti penali.

In secondo luogo, occorre verificare se tale processo di globalizzazione richieda di dare uno spazio maggiore ad un'autentica responsabilità collettiva nel diritto penale, che si affianchi a quella individuale. Per esempio, una imputazione diretta del reato all'ente, senza la necessità della commissione dell'illecito penale da parte di una persona fisica (cfr. Cap. 2, § 6.1.).

Bisogna dunque postulare cambiamenti nei paradigmi ascrittivi penalistici, che si iscrivono in questo nuovo stadio dell'evoluzione sociale, in una modernità avanzata?

Si tratta perciò di provare a sostituire il principio "naturalistico" di causalità – la relazione tra causa ed effetto con cui si descrive la natura – con il principio "normativo" di imputazione.

²³ Cfr. A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, Il Mulino, 1994, p. 71 ss., che intende il fenomeno della "globalizzazione" come «intensificazione di relazioni sociali mondiali che collegano tra loro località molto lontane, facendo sì che gli eventi locali vengano modellati da eventi che si verificano a migliaia di chilometri di distanza e viceversa [...] La globalizzazione è dunque essenzialmente una espansione della modernità dall'ambito europeo-occidentale al mondo intero: è la modernità su scala globale».

²⁴ Cfr. in proposito R.A. Wallace-A. Wolf, *La teoria sociologica contemporanea*, il Mulino, 2008, p. 136 ss.

²⁵ E più in generale, sul tema delle categorie giuridiche e la globalizzazione, si rinvia alle opere di P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Laterza, 2015, p. 46 ss.; N. Irti, *Norma e luoghi, Problemi di geo-diritto*, Laterza, 2006, p. 143 ss.

Ebbene se si produce un evento offensivo, non bisogna allora chiedersi “chi” è la causa di questo evento, bensì “chi” ne è responsabile²⁶.

Non bisogna impiegare lo strumentario dell’interpretazione naturalistico-causale degli eventi, ma quello della interpretazione normativa della natura²⁷.

Un esempio di come nel diritto penale dell’economia, tramite il diritto giurisprudenziale (o diritto vivente) si sia in qualche modo introdotto il principio di imputazione normativo a discapito del tradizionale paradigma ascrittivo della causalità naturalistica, può essere rinvenuto in materia di bancarotta con la responsabilità penale del c.d. “amministratore di diritto” di una impresa, ancorché egli sia un mero prestanome di altri soggetti i quali hanno agito come “amministratori di fatto”.

Attraverso il meccanismo della posizione di garanzia, si chiama a rispondere del reato di bancarotta fraudolenta un soggetto che non ha dato un contributo condizionante (né agevolatore o di rinforzo) alla realizzazione della fattispecie tipica: gli si imputa, invece, sul piano normativo una responsabilità penale (cfr. Cap. 2, § 3). L’amministratore, con la semplice accettazione dell’incarico, assume invero una posizione di garanzia ed acconsente ai rischi connessi alla carica stessa. Siamo in presenza di una ascrizione normativa, una imputazione di un fatto di reato a prescindere dall’impiego di un meccanismo eziologico.

Un’altra ipotesi emblematica, in cui il diritto penale e i suoi modelli punitivi si intersecano con la globalizzazione, è rappresentata dal delitto di manipolazione del mercato. Con tale figura di reato si vuole tutelare il regolare meccanismo di formazione del prezzo degli strumenti finanziari (cfr. Cap. 14, § 1).

Ma proprio la globalizzazione, con il fenomeno della interdipendenza finanziaria, ci dovrebbe far riflettere sul fatto che la costruzione di una figura di reato, la quale ha come evento la corretta formazione del prezzo dell’azione, risente inevitabilmente di una enorme quantità di fenomeni che si possono produrre in qualsiasi parte del mondo, e che possono mettere in crisi il paradigma ascrittivo fondato sulla causalità naturalistica.

3. Il codice penale e la materia economica

Si accennava in precedenza che, nel diritto penale dell’economia, conviene al giorno d’oggi ricomprendere (almeno) quattro importanti settori del diritto penale: innanzitutto il diritto penale della crisi d’impresa, poi il diritto penale societario, inoltre gli abusi di mercato, e infine le figure di corruzione²⁸.

²⁶ Cfr. H. Kelsen, *Causalità e imputazione*, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000, p. 212 ss.

²⁷ H. Kelsen, *Causalità e imputazione*, cit., p. 212 ss.

²⁸ Considerazioni al riguardo in A. Alessandri-S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, vol. I, *I principi generali*, cit., p. 8 ss.

Nondimeno, è opportuno premettere, alla illustrazione dei singoli settori dei reati in materia economica, una prima parte di nozioni introduttive o generali (comuni alle varie figure di reato) di diritto penale dell'economia, ad esempio: il bene giuridico, le tecniche di tutela, i soggetti attivi, etc. L'analisi dei singoli reati economici al riguardo si avvarrà, tra l'altro, delle sentenze della Corte di cassazione (la giurisprudenza di legittimità), delle sentenze della Corte costituzionale e talora delle pronunce delle Corti sovranazionali; queste ultime stanno acquistando sempre maggiore importanza nell'ambito penalistico.

Cominciamo con qualche banale domanda: ma dove è topograficamente il diritto penale dell'economia? È rinvenibile una, seppur minima, porzione di esso all'interno del codice penale? In quale rapporto si trova il diritto penale dell'economia con gli istituti del codice penale?

In primo luogo, il codice penale contiene solo una piccola percentuale dei reati (escludendo gli artt. 1-240 c.p. che costituiscono la parte generale, gli artt. 241-649 c.p. i delitti e gli artt. 650-734-*bis* c.p. le contravvenzioni), mentre esistono tantissime (forse migliaia) figure specifiche di reato in autonome leggi o corpi normativi (e che vanno a comporre il c.d. "diritto penale complementare").

Non esiste attualmente, e non v'è mai stato, un sistema normativo organico, rispondente a un progetto compiuto e coerente (se si eccettua l'introduzione all'art. 3-*bis* c.p. dell'evanescente principio della riserva di codice). Storicamente, l'intervento penale nella sfera dell'economia è stato attuato tramite figure di reato *extra codicem* nelle varie legislazioni di settore. Come poi vedremo, basti l'esempio dei reati societari previsti all'interno del codice civile.

Quanto al codice penale, la materia del diritto penale dell'economia in sostanza è estranea al codice Rocco del 1930, seppure esiste il Titolo VIII del libro II rubricato: "Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio"²⁹.

Si tratta di una novità del codice Rocco – rispetto al codice penale del 1889, fondato su un modello liberistico-economico – l'aver previsto un autonomo titolo di reati a tutela dell'economia pubblica, e quindi di interessi economici di ordine generale³⁰.

I reati della parte speciale del codice penale contro l'ordine economico hanno una chiara matrice ideologica dell'epoca, sono polarizzati sulla difesa della produzione della ricchezza. Si incriminava, per esempio, in modo minuzioso lo sciopero e la serrata (artt. 502 – 512 c.p.), in stretta connessione con i principi del regime fascista e sul presupposto dell'ordinamento corporativo fondato sulla Carta del lavoro del 1927. Entrata in vigore la nostra Carta fondamentale, man mano la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costi-

²⁹C. Pedrazzi, voce *Economia pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, 1965, p. 278 ss.; più di recente v. R. Rampioni, *Diritto penale dell'economia e principi informatori del sistema penale*, cit., p. 4 ss.

³⁰F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Giuffrè, 2016, p. 278 ss.

tuzionale delle figure criminose di sciopero e serrata c.d. economica per contrasto con l'art. 40 Cost. (che garantisce il diritto di sciopero) e l'art. 39 Cost. (sulla libertà dell'organizzazione sindacale).

Occorre poi notare che per effetto proprio di questa "dimensione sociale dell'offesa", il legislatore ha assegnato un peculiare rilievo nell'ambito di tali fattispecie criminose a eventi o pericoli macroeconomici. E di conseguenza l'impiego di tale tecnica legislativa ha provocato nelle ipotesi di reato in esame quel difetto di "gigantismo", che le ha rese di scarsa applicazione nella prassi giudiziaria non solo per la loro rara e difficile verifica in natura, ma anche per le difficoltà di accertamento in sede processuale del c.d. mega-evento.

Si pensi al delitto di "frode contro l'industria nazionale" (art. 514 c.p.), in cui il "nocumento all'industria nazionale", che costituisce l'evento naturalistico del reato *de quo* (il mega-evento), deve essere cagionato dalla condotta dell'agente che pone in vendita prodotti industriali con nomi o marchi contraffatti.

Oppure, al delitto di cui all'art. 501 c.p., in cui si rinviene la matrice dei "moderni" reati di abuso di mercato. L'elemento soggettivo del fatto tipico (l'oggetto del c.d. dolo specifico, secondo altri) è rappresentato dal "fine di turbare il mercato interno dei valori e delle merci", da parte di colui il quale divulga notizie false idonee a cagionare una diminuzione/aumento dei prezzi nei pubblici mercati o in borsa. Anche qui l'elemento di fattispecie è difficilmente integrabile, benché operi sul piano soggettivo, stante la sua misura gigantesca.

Tra i Progetti di riforma volti al recupero della centralità del codice penale, come tavola di valori, rispetto alla materia del diritto penale dell'economia, si segnala, ad esempio, quello dalla c.d. Commissione Pagliaro (commissione ministeriale, nominata con d.m. 8 febbraio 1988). Il Progetto aveva previsto al Libro III il catalogo dei "Reati contro la Comunità", il cui Titolo VII collocava, all'interno del codice penale, numerose incriminazioni, quali, a mero titolo esemplificativo, l'*insider trading*, l'aggiotaggio, la frode fiscale, il falso in bilancio e i reati fallimentari.

Al riguardo non va comunque tralasciato che, in attuazione della delega contenuta nella l. 23 giugno 2017, n. 103 con specifico riferimento al comma 85, lett. q), dell'art. 1³¹ (e avvalendosi dei risultati del lavoro della Commissio-

³¹ Stabilisce il criterio direttivo: l'"attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salu-

ne, presieduta dal dott. Marasca, istituita con decreto del Ministro della giustizia del 3 maggio 2016), è stato inserito il nuovo art. 3-*bis* del codice penale (il principio della riserva di codice): «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia». Come scritto nella Relazione illustrativa, si tratta di una norma di principio che riserva al codice un ruolo propulsivo di un processo virtuoso che ponga freno alla proliferazione della legislazione penale, rimettendo al centro del sistema il codice penale e ponendo le basi per una futura riduzione dell'area dell'intervento punitivo, secondo un ragionevole rapporto fra rilievo del bene tutelato e sanzione penale³².

Oggi si registra un rinnovato interesse per i reati in materia economica, soprattutto perché lo strumento penale è stato impiegato non per sanzionare i “piccoli casi”, bensì per sottoporre a pena i grandi imprenditori o gli amministratori di grandi società anche multinazionali (crac Cirio, caso Bnl-Unipol, caso Parmalat, vicende Eternit e ThyssenKrupp, crac Veneto Banca). Con una intromissione inevitabile della giustizia penale nella gestione delle aziende (si pensi al caso tarantino dell'Ilva)³³.

Questa situazione è stata acuita dalle recenti crisi finanziarie globali e dai relativi scandali che hanno colpito le grandi banche d'affari (ad es. Lehman Brothers negli Stati Uniti nel 2008) e le piccole banche locali nazionali (ad es. Banca Etruria). Ciò ha portato ad un mutamento del peso e ruolo della giurisprudenza nella materia penale economica e nella consapevolezza e reattività delle vittime, spesso piccoli risparmiatori³⁴. Si pensi, inoltre, ai lavori della Commissione d'inchiesta parlamentare sul sistema bancario e finanziario (c.d. “Commissione Casini”), che ha terminato nel gennaio 2018 i propri lavori.

È il diritto che – prevedendo sanzioni adeguate ed effettive sia sotto il profilo civile sia sotto il profilo penale – è in grado di rispondere alle domande che la globalizzazione e le crisi del capitalismo finanziario pongono con una certa insistenza. Certamente, non tanto sul piano della quantità accrescendo le leggi societarie e quelle che regolano i mercati finanziari, bensì curando la qualità

brità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato”.

³² Cfr. M. Donini, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Leg. pen.*, 2018 (www.lalegislazionepenale.it).

³³ Cfr. L. Foffani, *Introduzione, Una «nouvelle vague» nel diritto penale dell'economia in Italia?*, in *Casi di diritto penale dell'economia*, volume I, a cura di L. Foffani e D. Castronuovo, Il Mulino, 2015, p. 11 ss. Sul punto, si veda inoltre C. Ruga Riva, *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in *Casi di diritto penale dell'economia*, volume II, a cura di L. Foffani e D. Castronuovo, Il Mulino, 2015, p. 149 ss.

³⁴ L. Foffani, *Introduzione, Una «nouvelle vague» nel diritto penale dell'economia in Italia?*, cit., p. 15 ss.

delle stesse e l'efficienza e la preparazione tanto della magistratura quanto delle autorità indipendenti e della amministrazione pubblica in genere³⁵.

4. I rapporti tra la legislazione complementare e il codice penale: l'art. 16 c.p.

Al codice penale si affiancano dunque numerosissime leggi complementari (o speciali), ponendosi pertanto la questione di stabilire, con un alto grado di certezza, le relazioni tra la disciplina codicistica e le altre leggi penali.

Ora, al diritto penale complementare – e dunque alle incriminazioni in materia economica – deve essere applicata, in primo luogo, la disciplina della parte generale del codice penale. Inoltre, nel diritto penale complementare operano le disposizioni di carattere definitorio dislocate nella parte speciale del codice penale: si pensi alla nozione di pubblico ufficiale (art. 357 c.p.) o di incaricato di un pubblico servizio (art. 358 c.p.) ovvero alla nozione di prossimo congiunto (art. 307, comma 4, c.p.); si tratta di qualificazioni soggettive dettate «agli effetti della legge penale» come si evince dall'*incipit* delle disposizioni appena menzionate.

La regola positiva è posta nell'art. 16 c.p. ("Leggi penali speciali"), che si occupa dei rapporti tra il codice penale e la legislazione complementare: a quest'ultima si applicano i principi del codice penale a meno che non sia espressamente derogato. Si consacra così il primato del codice penale nell'applicazione di qualsiasi legge penale³⁶.

L'art. 16 c.p. stabilisce "la centralità del codice penale", cosicché tutto ciò che è contenuto nel codice penale – sia nella parte generale sia in quella speciale – genera effetti sistematici per l'intera legislazione penale³⁷.

Secondo la giurisprudenza, il codice penale rappresenta la legge fondamentale, chiamata a fornire all'applicazione delle leggi speciali e complementari i necessari principi³⁸.

Sebbene la funzione incriminatrice sia riservata alla parte speciale del codice penale e alle leggi complementari, le figure di reato di parte speciale o complementare risultano imperfette. La delineazione del loro integrale contenuto postula necessariamente il riferimento alle disposizioni della parte generale del codice penale. La dimensione normativa delle figure criminose di parte speciale o complementare va quindi completata mediante il collegamento con le disposizioni di parte generale³⁹.

³⁵ Così G. Rossi, *Il mercato dell'azzardo*, cit., p. 13 ss., p. 85 ss.

³⁶ Cfr. T. Padovani, *Diritto penale*, Giuffrè, 2017, p. 9 ss.

³⁷ Cfr. A. Fiorella *La legge penale e la sua applicazione*, Giappichelli, 2016, p. 54.

³⁸ Cass., sez. I, 19 novembre 1965, n. 1807, in *C.E.D. Cass.*, n. 100030.

³⁹ T. Padovani-L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose*, il Mulino, 1991, p. 103. Sull'importanza della frammentarietà nel diritto penale, cfr. T. Vormbaum, *Saggi di storia nel diritto penale moderno*, ESI, 2018, p. 145 ss.

Quanto al profilo contenutistico, operando nel diritto penale il principio di frammentarietà, la tutela penale deve, per un verso, realizzarsi in forma di “eccezione” rispetto al generale principio di libertà; e, per altro verso, riguardare casi e accadimenti di vita precisamente definiti. Non tutto ciò che è illecito giuridicamente ovvero socialmente o eticamente, lo è anche penalmente; non tutto ciò che offende “materialmente” un bene-interesse tutelato dalla norma incriminatrice rientra nel relativo illecito, essendo molto spesso la tutela penale correlata a determinate modalità di aggressione del bene-interesse protetto⁴⁰.

Per la “norma generale esclusiva” che si ricava dall’art. 25, comma 2, Cost.: tutto ciò che non è dalla legge penalmente vietato è penalmente permesso (*nullum crimen sine lege*). Invero, tutte le condotte non comprese nelle norme incriminatrici sono regolate da una “norma generale esclusiva”, cioè dalla norma che esclude (per questo è “esclusiva”) tutti i comportamenti (per questo è “generale”) che non rientrano in una norma incriminatrice⁴¹.

Il sistema penale delle condotte penalmente rilevanti è dunque un sistema “chiuso” (dalla regola di chiusura del “*nullum crimen sine lege*”): ogni possibile condotta risulta giuridicamente qualificata, poiché o ricade sotto il dominio di una norma che espressamente e precisamente la vieta, oppure – in mancanza di ciò – ricade sotto il dominio della norma generale (esclusiva) che la permette⁴². Diversamente dal diritto privato dove si parla di “atipicità” dell’illecito civile, per il principio della risarcibilità di ogni “danno” qualificabile come “ingiusto”. Una clausola generale che permette la risarcibilità di ogni lesione di un interesse altrui meritevole di protezione secondo l’ordinamento giuridico (art. 2043 c.c.).

Nell’art. 16 c.p. è “miniaturizzata” la logica dell’ordinamento penale: al codice penale è assegnato il compito di provvedere alla tutela penale di interessi generali e molto rilevanti – si tratta della Legge fondamentale. Alle “altre leggi” (speciali/complementari) è attribuita invece la tutela di interessi particolari ad integrazione del codice penale⁴³. Tale schema generale era già contenuto nel codice Zanardelli del 1889 all’art. 10 c.p., con una formulazione normativa che ricalcava quella attuale.

A ben vedere tuttavia è soltanto nella porzione iniziale dell’art. 16 c.p. che è

⁴⁰ T. Padovani-L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 102 ss.

⁴¹ Cfr., sulla norma generale esclusiva, N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, p. 252 ss.

⁴² Si veda R. Guastini, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2010, p. 338 ss. E più in generale, C.E. Alchourron-E. Bulygin, *Sistemi normativi*, Giappichelli, 2005, p. 178 ss.

⁴³ Cfr. la spiegazione particolarmente chiara fornita da C. Saltelli-E. Romano-Di Falco, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, vol. I, Utet, 1940, p. 127 ss. V. adesso per una valorizzazione dell’art. 16 c.p. nel senso della “centralità del codice” A. Fiorella, *La legge penale e la sua applicazione*, cit., p. 54 ss.

espresso il principio della centralità del codice penale e delle sue regole, le quali si applicano perciò anche alla legislazione penale complementare (o “speciale”). Vi è dunque un presupposto implicito o sottinteso nella disposizione: che nella legislazione complementare non vi sia alcuna regolamentazione in proposito, non si prenda dunque in considerazione quella “materia”.

La seconda porzione dell’enunciato dell’art. 16 c.p. svolge invece un ruolo diverso all’interno del sistema penale, che condivide con l’art. 15 c.p. e con le altre disposizioni codicistiche sul concorso di norme (artt. 68 e 84 c.p., circostanza complessa e reato complesso). L’art. 16 c.p. nella parte finale contiene in effetti una “meta-norma”: non detta ossia una disciplina che regola direttamente una condotta umana, bensì stabilisce in presenza di un concorso tra due norme (la norma codicistica e la norma della legislazione complementare) quale si applichi, rendendo così il concorso di norme soltanto “apparente” e non “reale”. Anche nella prima sezione dell’enunciato dell’art. 16 c.p. è racchiusa a ben vedere una “meta-norma”, che serve però a prevenire le possibili lacune di disciplina nella legislazione complementare.

Ebbene nell’enunciato dell’art. 16 c.p. possono allora individuarsi due autonomi segmenti (peraltro separati tra loro nel testo dell’articolo da una virgola) che regolano situazioni diverse.

Nella prima parte dell’enunciato si prende in considerazione la situazione in cui nella legge complementare un certo caso non è disciplinato, ma è disciplinato unicamente dal codice penale. E qui si stabilisce il solenne principio di unità dogmatica dell’intero diritto penale: l’applicabilità delle disposizioni del codice penale anche alle “altre leggi penali speciali” (secondo l’espressione della rubrica dell’art. 16 c.p., le leggi diverse dal codice penale ossia “complementari”)⁴⁴.

Si estendono le disposizioni del codice penale alle leggi penali complementari: non solo quelle della parte generale (ad esempio, la regola dell’art. 42 c.p. sulla necessità per i delitti di una espressa previsione della colpa), ma altresì quelle della parte speciale del codice Rocco (ad esempio, come detto, le disposizioni di carattere definitorio dislocate nella parte speciale del codice penale: artt. 357, 358, 307, comma 4, c.p.)⁴⁵.

È solo nella seconda parte dell’enunciato dell’art. 16 c.p. che si regola il fenomeno del concorso di norme e si risolve in pratica il concorso tra le norme coesistenti. Sicché è necessario collocare tale disciplina nel più ampio ambito già segnato dal precedente e attiguo, sotto il profilo topografico, art. 15 c.p.

In definitiva, nella seconda parte dell’art. 16 c.p. si prende in esame il concorso di norme, in quanto viene disciplinata la situazione in cui nella legislazione complementare si regola esplicitamente il caso regolato anche dal codice

⁴⁴ Cfr. M. Romano, *Commentario del codice penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1995, p. 175 ss.

⁴⁵ Sul punto cfr. T. Padovani-L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 27 ss.

penale. Ecco che sorge dunque un concorso di norme: la teorica convergenza cioè di più norme su un medesimo accadimento.

Ai sensi del secondo segmento dell'enunciato di cui all'art. 16 c.p., le disposizioni del codice penale non si applicano alla legislazione complementare se in quest'ultima è "stabilito altrimenti". È evidente dunque che tale seconda parte dell'enunciato legislativo non regoli più una situazione in cui il caso trova la sua disciplina soltanto nel codice penale, bensì vi è una disciplina dell'accadimento tanto nel codice penale quanto nella "legge penale speciale".

L'art. 16 c.p. nell'ultima parte condivide con l'art. 15 c.p. la seguente funzione: serve in pratica ad evitare il concorso di norme e ad imporre l'applicazione di una sola norma, la speciale, quando vi siano due norme poste tra loro in rapporto di genere a specie (e dunque regolano per forza la "stessa materia" nel lessico del codice).

L'art. 16 c.p., nella porzione in cui affronta il fenomeno del concorso di norme (norma del codice penale e norma della legislazione complementare) che regolano lo stesso caso, dev'essere ricordato al precedente art. 15 c.p.: è un'ipotesi di peculiare applicazione del principio di specialità e pertanto deve essere interpretato – come per l'art. 15 c.p. – nel senso di riferirsi non al generico fenomeno del concorso di norme, ma unicamente al concorso di norme che si trovano in rapporto di specialità tra loro⁴⁶. Di quelle ipotesi, dunque, di concorso di norme risolte nel senso dell'apparenza del concorso, poiché è imposta l'applicazione della sola norma speciale. Nell'art. 15 c.p. la legge speciale "deroga" alla legge generale, nel senso infatti che ne circoscrive l'ambito di efficacia.

L'inciso finale dell'art. 16 c.p. ("in quanto non sia da queste stabilito altrimenti") ci segnala che nella legge penale complementare si è presa in considerazione specificamente quella "materia" regolata anche dal codice penale. E dunque che si è instaurata un'astratta relazione concorsuale tra due norme (codicistica/extracodicistica) in rapporto di genere a specie, le quali disciplinano lo stesso caso.

Il concorso di norme è risolto dall'ultima frazione dell'art. 16 c.p. in favore della norma extracodicistica, che deve trovare dunque applicazione. Ma deve esserci un concorso di norme in rapporto di specialità tra loro: se non si configura siffatta relazione di genere a specie tra la norma codicistica e quella della legislazione complementare non opera la seconda parte dell'art. 16 c.p. Opera invece la prima parte dell'art. 16 c.p., con l'applicazione della norma codicistica non essendo quel caso effettivamente preso in considerazione anche dalla norma extracodicistica.

⁴⁶In dottrina, in relazione all'art. 15 c.p. così M. Romano, *Commentario del codice penale*, vol. I, cit., p. 159 ss.; in giurisprudenza per questa soluzione Cass., sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235/2011, Giordano, in *C.E.D. Cass.*, n. 248864.

In realtà, nel nostro sistema abbiamo esempi in cui, operando l'art. 16 seconda parte c.p., non si applica (almeno integralmente) la disciplina codicistica relativa al fatto di particolare tenuità. Uno di questi è rinvenibile in materia di false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.). Invero, la disciplina della non punibilità per particolare tenuità fatto è nella legge penale complementare (art. 2621-ter c.c.) “speciale” rispetto a quella dell'art. 131-bis c.p. e deve essere applicata dunque in luogo di quella del codice penale. Il legislatore del 2015 ha inserito infatti all'art. 2621-ter c.c. (l. n. 69 del 2015) una disciplina che, rispetto a quella del codice penale (art. 131-bis c.p.), contiene “in aggiunta” un requisito specializzante: il dovere del giudice di valutare, ai fini della non punibilità per la tenuità del fatto offensivo, l'entità del danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori.

Gli incisi finali degli artt. 15 e 16 c.p. hanno, in definitiva, una logica completamente diversa. Mentre quello dell'art. 15 c.p. permette di escludere il concorso di norme non solo sulla base dell'utilizzo del criterio della *lex specialis*, ma impiegando altri criteri (come ad esempio quelli di assorbimento e consunzione) e comunque rinvia alle clausole di riserva previste nelle singole norme incriminatrici che in alternativa al principio di specialità evitano il concorso⁴⁷; viceversa l'inciso finale dell'art. 16 c.p. introduce un caso concernente un concorso di norme (norma del codice penale e norma della legislazione complementare), risolvendolo in favore della applicazione dalla sola norma extracodificistica per la sua natura di *lex specialis*.

5. Il metodo della scomposizione del reato in elementi costitutivi

Ogni figura di reato deve essere scomposta in elementi costitutivi, i quali vanno collocati secondo un ordine logico-sistematico: un metodo simile è utile oltre che a fini didattici, soprattutto per la prassi giudiziaria⁴⁸.

E ciò perché l'obiettivo ultimo del diritto penale e dei suoi protagonisti è quello di stabilire se una determinata condotta umana sia riconducibile (“sussumibile”) sotto una specifica figura di reato descritta o nella parte speciale del codice penale o nella legislazione complementare. Il metodo della scomposizione analitica del reato in elementi costitutivi serve proprio a tale scopo “pratico”, per rendere più certa l'attività di sussunzione⁴⁹.

Dunque, anche ai fini della presente trattazione, ogni figura di reato in materia economica – obbedendo agli stessi principi fondamentali cui sono sottoposti tutti gli altri illeciti penali – sarà scomposta nei suoi elementi costitutivi,

⁴⁷ Cfr. in tal senso Cass., sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164, Marino.

⁴⁸ Cfr. G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001, p. 617 ss.

⁴⁹ Cfr. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 190 ss.

disposti secondo un ordine logico che ha un fondamento normativo e una ragione concreta.

Il diritto penale è infatti una materia pratica, basti pensare alla “summa dello scibile penalistico” scritta nel XIII secolo da Alberto Gandino: giudice itinerante, “*magnus practicus*” e non giurista accademico. Si tratta del celebre *Tractatus de maleficiis* (1286-1289), in cui Alberto da Gandino, attraverso il riferimento alla sua pratica di magistrato e avvocato, espone sistematicamente la materia penalistica, dedicando 24 rubriche su 35 al fenomeno giudiziario⁵⁰.

Qualsiasi norma incriminatrice può essere immaginata secondo lo schema «Se “F” allora “S”», da intendersi in questo modo: se ricorre la fattispecie legale o astratta (“F”), si applica la sanzione penale (“S”). La norma giuridica ricostruita insomma come prescrizione a struttura condizionale⁵¹. Questo schema è antichissimo e risale addirittura ai testi giuridici cuneiformi (a partire dal III millennio a.C.) e ai libri biblici, in cui la formula normativa utilizzata era sovente «Se un uomo compie tale azione, allora sarà questa la conseguenza»⁵².

E per poter comprendere se ricorre o meno la fattispecie, è necessario scomporre la figura di reato in elementi costitutivi, al fine così di verificare la conformità del fatto storico alla fattispecie legale (o astratta) cui segue la sanzione criminale.

La scomposizione del reato in elementi costitutivi viene compiuta in dottrina secondo differenti modelli: si parla di teoria (o concezione) della quadripartizione, tripartizione, bipartizione ecc., in base al numero di elementi che viene impiegato per la scomposizione del reato.

La messa a punto del modello di analisi per divisione in elementi costitutivi nello studio del singolo tipo di reato della parte speciale o complementare si deve tradizionalmente in Italia all’opera di Vincenzo Manzini, l’autore che ha forse maggiormente influenzato il diritto penale del Novecento con il suo “Trattato di diritto penale”.

Se per un verso occorre riconoscere che i diversi modelli di analisi della struttura del reato (quadripartizione, tripartizione ecc.) presentano un carattere “convenzionale, per altro verso non c’è dubbio che la “validità” di ogni singola concezione sistematica (vere e proprie “teorie generali del reato”) va commisurata in modo stretto al suo grado di aderenza alla prassi e allo specifico sistema giuridico⁵³.

In questo senso, un parametro utile per verificare il grado di rispondenza

⁵⁰ Si vedano F. Cordero, *Guida alla procedura penale*, Utet, 1986, p. 7 ss.; e F. Calasso, *Medio evo del diritto*, Giuffrè, 1954, p. 546.

⁵¹ Cfr. ad es. R. Guastini, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2010, p. 13 ss.

⁵² Interessanti considerazioni in S. Dalley, *Il retaggio della Mesopotamia*, Adelphi, 2016, p. 142 ss. Sulle codificazioni arcaiche, cfr. C. Saporetti, *Antiche leggi*, Rusconi, 1998, p. 13 ss.

⁵³ Cfr. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 191.

alla prassi di ciascuna delle molteplici concezioni o metodi per l'analisi della struttura del reato è rappresentato dalla disciplina processuale penale. Quest'ultima all'art. 129 c.p.p. stabilisce, nel seguente ordine logico vincolante, il proscioglimento immediato dell'imputato in ogni stato e grado del processo quando "il fatto non sussiste" (manca la condotta, il nesso di causalità o l'evento) o "il fatto non costituisce reato" (sono presenti cause di giustificazione ovvero mancano i requisiti della colpevolezza e di punibilità) nonché quando "il reato è estinto o manca una condizione di procedibilità"⁵⁴.

Adoperando, ad esempio, la concezione quadripartita, il reato può essere suddiviso e studiato nei requisiti del: fatto tipico, antigiuridicità, colpevolezza e punibilità⁵⁵.

(i) Il "fatto tipico" come l'insieme degli elementi oggettivi e soggettivi, che individuano e caratterizzano quella specifica figura di reato: ad esempio, bene giuridico (funzione), soggetto attivo, condotta, nesso causale, evento, fine specifico o scopo, elemento negativo.

(ii) L'"antigiuridicità" che esprime il rapporto di contraddizione tra il fatto tipico e l'intero ordinamento giuridico. L'antigiuridicità si sostanzia nell'assenza di cause di giustificazione. Si studiano pertanto all'interno dell'elemento della antigiuridicità le cause di giustificazione, contenute in norme che autorizzano o impongono la realizzazione di un fatto di regola tipico e dunque penalmente rilevante (e che integra gli estremi di un reato se sussistono gli elementi della colpevolezza e della punibilità).

(iii) La "colpevolezza" quale insieme di criteri da cui dipende la possibilità di muovere un rimprovero all'agente per aver commesso il fatto tipico e antigiuridico. I criteri su cui si fonda la colpevolezza vengono così individuati: dolo e colpa, assenza di scusanti, conoscenza o conoscibilità della legge penale, capacità di intendere e di volere.

(iv) La "punibilità" come il complesso delle (eventuali) condizioni – ulteriori ed esterne rispetto al fatto tipico, antigiuridico e colpevole – che fondano (ad es. le condizioni obiettive di punibilità) o escludono (ad es. le cause di estinzione o le cause di esclusione della punibilità come l'art. 131-*bis* c.p.) l'opportunità di punirlo.

Occorre fare un cenno poi, nello studio analitico del singolo tipo di illecito penale, alle "forme di manifestazione del reato".

Il reato che il legislatore prende in considerazione è un reato monosoggettivo, commissivo, semplice e consumato. Tale scelta di fondo "archetipica" è retta dal principio di legalità penale.

⁵⁴ G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2019, p. 220 ss.

⁵⁵ Nella manualistica la concezione quadripartita è ad esempio accolta da G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 211 ss., che tuttavia quanto al primo elemento parlano di "fatto" e non di "fatto tipico".

Il nostro ordinamento penale così congegnato deve essere considerato un “sistema chiuso”. Questo sistema chiuso è costituito dal catalogo dei reati, così come espressamente previsto dal legislatore (la clausola di chiusura del sistema è l’art. 25, comma 2, Cost.).

Tuttavia, al fine di evitare una eccessiva rigidità del sistema penale, si è avvertita la necessità di concepire delle norme-clausole generali che estendano il sistema, dando rilevanza a comportamenti altrimenti “atipici”, senza violare il principio di legalità. La combinazione tra la clausola generale e la norma incriminatrice di parte speciale o di parte complementare genera una nuova configurazione del reato, creando una nuova tipicità.

Queste clausole generali di estensione possono essere individuate:

- (i) nell’istituto del reato omissivo improprio, fondato sulla clausola di equivalenza di cui all’art. 40, comma 2, c.p.;
- (ii) nell’istituto del delitto tentato di cui all’art. 56 c.p.;
- (iii) nell’istituto del concorso di persone di cui all’art. 110 c.p.

Integrano le singole disposizioni di parte speciale anche le disposizioni che prevedono circostanze. Pertanto, occorre inserire anche il reato circostanziato all’interno della trattazione circa le forme di manifestazione del reato, con la fondamentale precisazione che – mentre il tentativo, il concorso di persone e l’omissione impropria estendono l’area di incriminazione – la circostanza è una forma di manifestazione del reato la quale influisce unicamente sulla gravità del reato, incidendo dunque sulla misura della pena.

Con le clausole generali si costruiscono allora le forme di manifestazione del reato. Il reato può manifestarsi con forme che attengono alla:

- a) gravità del reato, per la presenza di circostanze attenuanti o aggravanti (alternativa tra reato semplice e reato circostanziato);
- b) grado di realizzazione del reato, se viene posto in essere soltanto un tentativo di commettere un reato, oppure un reato consumato (alternativa tra reato tentato e reato consumato);
- c) numero di persone che pongono in essere il reato, se il soggetto agisce da solo o in concorso con altri soggetti (alternativa tra reato monosoggettivo e concorso di persone);
- d) commissione mediante omissione; in questo caso si equipara il mancato impedimento dell’evento naturalistico (che si ha l’obbligo giuridico di impedire) alla sua produzione attiva⁵⁶.

Infine, nella scomposizione analitica della singola figura di reato, viene dedicato un certo spazio altresì allo studio dell’eventuale concorso tra i vari reati e più in generale ai rapporti con le altre figure criminose.

⁵⁶ Cfr. T. Padovani, *Diritto penale*, Giuffrè, 2017, p. 141.

6. Interpretazione e principi penali costituzionali

Nella ricostruzione delle figure di reato e nella loro interpretazione riveste grande importanza la nostra Costituzione, per un motivo innanzitutto storico: il codice penale del 1930 e alcune leggi complementari relative alla materia penale-economica (la legge fallimentare è del 1942, ad esempio) sono precedenti alla Carta costituzionale del 1948. Tali rilevanti sistemi normativi sono stati adottati durante la vigenza dello Statuto Albertino (legge fondamentale dal 1861 della nascente Italia) che, in quanto costituzione flessibile, poteva essere modificato o integrato con legge adottata secondo la procedura ordinaria, e in assenza al suo interno di principi penali (l'unica traccia è l'art. 26 dello Statuto secondo cui «La libertà individuale è garantita. Nessuno può essere arrestato, o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme che essa prescrive»).

Come è noto, inoltre, nel nostro ordinamento le fonti del diritto sono ordinate in modo gerarchico, e proprio la Costituzione rappresenta il vertice di tale sistema “rigido” (nel senso di emendabile o derogabile solo con “legge costituzionale”, da approvarsi con un procedimento più complesso rispetto a quello richiesto per le leggi ordinarie). Pertanto, occorre sempre lì dove è necessario re-interpretare ogni figura di reato secondo quanto previsto dalla legge fondamentale italiana; e ove non si riesca ad esperire l'obbligatoria interpretazione adeguatrice è indispensabile far intervenire la Corte costituzionale per l'eventuale annullamento della norma incostituzionale, ovvero per una “sentenza manipolativa” attraverso cui il controllo di legittimità costituzionale opera una sorta di “legislazione positiva”: aggiungendo, ad esempio, un norma in presenza di una lacuna “assiologica” (le c.d. sentenze additive)⁵⁷.

A livello costituzionale, in materia penale, due sono le principali disposizioni da tenere sempre in considerazione: prima di tutto, l'art. 25, comma 2, Cost. che contiene il principio di legalità e, in secondo luogo, l'art. 27, comma 1, Cost., che disciplina il principio di colpevolezza (o della personalità della responsabilità penale).

Tema fondamentale è allora quello della “interpretazione”. Si rinvengono due importanti dimensioni concettuali nel ragionamento giuridico: la “disposizione” (il testo, l'articolo) e la “norma” (l'attribuzione di un significato al testo); è dunque attribuendo un significato a un testo che si transita dalla dimensione della disposizione a quella della norma. E per fare questo – per assegnare cioè un significato ad un enunciato legislativo (testo, disposizione, articolo) – bisogna impiegare gli strumenti dell'ermeneutica non solo giuridica, ma altresì quella della teoria generale delle regole interpretative.

⁵⁷In proposito l'ampia indagine di V. Manes-V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, 2019, p. 50 ss.

Anche i principi costituzionali (di legalità e colpevolezza) servono allora per procedere dalla dimensione testuale a quella normativa⁵⁸.

In questa ottica, il principio di legalità *ex art. 25 Cost.* è posto a garanzia sia della precisa e determinata descrizione della fattispecie tipica sia della sanzione comminata; e va adoperato assieme ai suoi corollari per interpretare i singoli elementi della fattispecie. Tali corollari – che a loro volta costituiscono dei principi costituzionali – sono: la riserva di legge, la tassatività (cioè divieto di analogia), l'irretroattività e la determinatezza.

Allo stesso modo, il principio di colpevolezza *ex art. 27 Cost.*, rappresenta un canone interpretativo fondamentale per delineare qualsiasi incriminazione, e stabilisce la necessità di un rimprovero personale all'agente: costui deve essere anzitutto l'autore del fatto, ed essere altresì rimproverabile per la condotta che ha tenuto. Si pensi alle ipotesi normative in cui vi sia incertezza nella individuazione di un "soggetto" come autore del fatto: ad esempio, nel delitto di bancarotta societaria se sia o meno sanzionabile penalmente l'amministratore (soggetto attivo qualificato), che subentra nella carica, e a cui viene richiesto di porre in essere una contro-azione per evitare il dissesto (o meglio, l'aggravamento dello stesso).

In definitiva, il legislatore attraverso l'uso del linguaggio scritto descrive in un testo una specifica offesa a un bene/interesse giuridico (inteso quest'ultimo concetto, come vedremo, anche nel senso di una "funzione" di controllo di attività). La fattispecie legale si impenna su determinate modalità di condotta che offendono (lesione/messa in pericolo) il bene-interesse-funzione tutelato dalla norma incriminatrice; ovvero il disvalore viene concentrato sull'evento naturalistico, e dunque qualsivoglia condotta produttiva dello stesso può divenire in concreto "tipica" (si parla in questo caso di reati causalmente orientati o a forma libera).

In estrema sintesi: la fonte da cui promana il testo che contiene l'incriminazione (almeno nei suoi aspetti essenziali) è tanto la legge parlamentare quanto i decreti leggi e i decreti legislativi (riserva di legge); la descrizione della figura di reato deve essere chiara e precisa (determinatezza); la fattispecie astratta dell'illecito penale non può essere estesa oltre i casi previsti (tassatività, divieto di analogia); ed essa non può essere applicata a casi che non le preesistono (irretroattività sfavorevole).

In capo agli interpreti (e quindi in primo luogo al giudice penale) è posto un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto sovranazionale (sia al diritto convenzionale sia al diritto dell'Unione europea). E ciò si ricava dall'art. 117, comma 1, Cost., secondo cui l'esercizio della potestà legi-

⁵⁸ Per una approfondita trattazione, v. ora M. Luciani, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Giuffrè, 2016, p. 391 ss.

slativa deve rispettare altresì i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali⁵⁹.

7. Il principio di legalità: Costituzione, Convenzione europea, Carta di diritti UE

Il principio di legalità in materia penale (art. 25, comma 2, Cost.) fa parte dei principi supremi dell'ordinamento italiano; ed è posto a presidio di diritti inviolabili dell'individuo, per la porzione in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano una efficacia retroattiva sfavorevole⁶⁰.

Il principio di legalità penale, inteso nel senso di garanzia della rigidità costituzionale, permette di realizzare a pieno lo Stato di diritto: la verifica del rispetto dei principi costituzionali (e anche dei principi supremi) da parte delle norme subordinate è sempre affidata alla Corte costituzionale (artt. 134 e 136 Cost.).

Ebbene, nell'ordinamento italiano attribuiamo al principio costituzionale di legalità penale un diverso raggio di tutela rispetto a quanto avviene in sede europea (art. 49 Carta UE) o convenzionale (art. 7 Cedu). Il principio di legalità lo rapportiamo in genere alle modifiche sfavorevoli del sistema penale, e non solo alla coppia concettuale: fattispecie/sanzione, come invece nel diritto eurounitario e convenzionale. Fattispecie e sanzione che in realtà non sono altro che gli elementi costitutivi della norma incriminatrice.

In base al nostro ordinamento, ad esempio, qualsiasi modifica sfavorevole del sistema "chiuso" penalistico (e non solo quelle concernenti fattispecie/sanzione) non può che operare per il futuro, altrimenti si viola il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole: un allargamento, e dunque in quell'ambito un innalzamento, del rango di tutela rispetto a quanto enucleabile dal diritto europeo e convenzionale (artt. 49 Carta UE e 7 Cedu). E la modifica normativa in campo penale deve essere anche determinata, ossia formulata in modo chiaro e preciso al fine di permettere alle persone di comprendere quali possano essere le conseguenze della propria condotta sul versante penalistico, ed evitare inoltre l'arbitrio applicativo del giudice.

E dunque nell'ordinamento italiano anche una modifica sfavorevole della disciplina della prescrizione è coperta dal superiore principio di irretroattività

⁵⁹ In proposito, cfr. V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, Dike, 2012, p. 75 ss.

⁶⁰ Cfr. l'ordinanza della Corte cost. n. 24 del 2017, sul "caso Taricco". Sul tema si segnalano i volumi collettanei: *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, 2017; *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Jovene, 2017; e più in generale, V. Manes-V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, cit., p. 301 ss.

della legge penale. Prescrizione dell'illecito penale che, come insegna la giurisprudenza costituzionale, ha natura sostanziale⁶¹.

Per quanto concerne nel dettaglio il requisito della determinatezza che, secondo l'art. 25, comma 2, Cost., deve caratterizzare le norme di diritto penale sostanziale, la sua verifica si deve svolgere su due piani: a) il piano della "prevedibilità" del contenuto della disciplina legislativa; b) quello della sufficiente "determinatezza" delle regole legali (Corte cost., ord. n. 24 del 2017).

Riguardo al versante della prevedibilità, la disposizione incriminatrice scritta deve permettere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo. Ciò si ricava pure dalla nozione di legalità come intesa nella giurisprudenza della Corte Edu in relazione all'art. 7 della Convenzione europea: conoscibilità e prevedibilità della regola. Il fatto di reato e la pena devono essere conoscibili e prevedibili dall'autore della condotta penalmente illecita, fin da quando essa è realizzata⁶².

E più in generale, nella Carta dei diritti fondamentali UE (art. 49) e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 7) il principio di legalità dei reati e delle pene ha il medesimo significato e portata: si articola nei requisiti della accessibilità, prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile⁶³.

Insomma, nel concetto "europeo" di legalità penale la qualificazione di una norma come "legge" non deve essere riferita al suo fondamento legale, ma piuttosto alla "qualità" della legge, che deve essere "accessibile" ai cittadini e "prevedibile" quanto ai suoi effetti e conseguenze, in modo da consentire agli stessi di regolare la propria condotta e di fare le proprie scelte di vita⁶⁴.

Il concetto di prevedibilità della norma penale e delle sue conseguenze nei termini appena tratteggiati è d'altronde noto da tempo nella giurisprudenza costituzionale. Basti pensare alla sentenza n. 322 del 2007, in materia di ignoranza dell'età della persona offesa nei reati sessuali, che doveva essere il suggello delle sentenze costituzionali n. 364 e n. 1085 del 1988 in tema di principio di colpevolezza. Si può osservare come i termini usati sono gli stessi: si parla, infatti, di "calcolabilità" e "prevedibilità" delle conseguenze.

Invero, nella sentenza n. 322 del 2007, nel dichiarare inammissibile la que-

⁶¹ Cfr. così, ad esempio, Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, sulla c.d. legge ex Cirielli; e da ultimo Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, sul "caso Taricco".

⁶² Sulla legalità come prevedibilità del diritto nel sistema della Cedu, cfr. V. Zagrebelsky-R. Chenal-L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, 2019, p. 260 ss.; F. Mazzacuva, *Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Giappichelli, 2016, p. 237 ss. V. da ultimo Corte eur., sez. II, 31 dicembre 2019, Parmak e Bakir c. Turchia, ricc. 22429/07 e 25195/07, in *Sistema Penale*, con commento di F. Mazzacuva.

⁶³ Cfr. Corte giust., Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-42/17, Taricco.

⁶⁴ Cfr. Cass., sez. un., 27 aprile 2017, Paternò. In dottrina, v. ampiamente F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Giappichelli, 2017, p. 7 ss., p. 205 ss.

stione di legittimità costituzionale dell'art. 609-*sexies* c.p. (inserito dall'art. 7, l. n. 66 del 1996), sollevata in riferimento all'art. 27, commi 1 e 3, Cost., si è affermato quanto segue. Il principio di colpevolezza partecipa, in specie, di una finalità comune a quelli di legalità e di irretroattività della legge penale (art. 25, comma 2, Cost.): esso mira, cioè, a garantire ai consociati libere scelte d'azione, sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; "calcolabilità" che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili.

Ora, nella materia penalistica è evidente che l'esigenza di tutela dell'affidamento del cittadino rispetto al contenuto delle incriminazioni, sottesa al principio di legalità e ai suoi corollari, abbia assoluta preminenza, come ci ha insegnato la sentenza costituzionale n. 364 del 1988. Quest'ultima pronuncia nel delineare il volto costituzionale del principio di colpevolezza, vi ha colto un fondamentale nesso proprio con il principio di legalità. Osserva il Giudice costituzionale che «a nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc., quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto»⁶⁵.

Per quel che concerne il secondo piano della verifica della sufficiente "determinatezza", il contenuto delle regole non può essere deciso caso per caso dal giudice penale, essendo ciò vietato dal principio della separazione dei poteri di cui l'art. 25, comma 2, Cost. declinato in una versione particolarmente rigida in materia penale.

In ossequio al principio della divisione dei poteri – il tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali di *civil law*, come il nostro, consiste nel fatto che l'attività del giudice penale deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate; non affidandosi al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento⁶⁶. I giudici penali, inoltre, non possono essere incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire (Corte cost., ord. n. 24 del 2017).

⁶⁵ Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, § 8.

⁶⁶ Diversamente da quello che accade nei Paesi di *common law* dove il lavoro dei giudici riveste un ruolo centrale nello sviluppo e nell'integrazione delle fattispecie di diritto penale. Si vedano, tra tutti, A. Ashworth-J. Horder, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, p. 7 ss.

Il principio della divisione dei poteri può essere poi valorizzato tanto dal versante della determinatezza del contenuto normativo, dislocata nel prisma dell'art. 25, comma 2, Cost. (Corte cost., ord. n. 24 del 2017); quanto collegandolo al principio della separazione dei poteri al disposto dell'art. 101, comma 2, Cost.: nell'ordinamento italiano la "soggezione soltanto alla legge dei giudici" implica che la creazione giurisprudenziale di nuovo diritto sia vietata⁶⁷. Le decisioni dei giudici (eccetto quelle dei Giudici costituzionali), hanno dunque effetti circoscritti al caso deciso e i precedenti giurisprudenziali non sono vincolanti.

A livello di legalità europea (art. 49 carta diritti Ue) e convenzionale (art. 7 Cedu) è rinvenibile una sostanziale equiparazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale: all'atto normativo scritto prodotto da uno specifico procedimento di produzione (*statutory law*) deve essere parificato il diritto giurisprudenziale (*judicial law*). E pertanto all'interno delle garanzie penalistiche enucleabili dal principio di legalità europeo e convenzionale, la prevedibilità riguarda pure l'applicazione giudiziaria di tale legge di scaturigine giurisprudenziale. E in conformità a tali premesse, la garanzia dell'irretroattività è stata estesa anche alla nuova interpretazione giurisprudenziale con effetti sfavorevoli, precludendo tale garanzia la retroattività dell'*overruling* imprevedibile *in malam partem*⁶⁸.

Il principio di determinatezza, inoltre, sia nella giurisprudenza costituzionale sia in quella convenzionale non coincide necessariamente con il carattere descrittivo della fattispecie, ben potendosi ricorrere sul piano della tecnica legislativa in nozioni generali, formule aperte o elastiche, concetti extragiuridici diffusi, dati di esperienza comune o tecnica ecc.⁶⁹.

E questa impostazione è stata ribadita dalla sentenza della Corte di Strasburgo, Grande Camera, De Tommaso⁷⁰, secondo cui il livello di precisione di una legge penale, al fine di permettere al cittadino di regolare la sua condotta, deve tener conto del fatto che il diritto talvolta deve sapersi adattare ai cambiamenti di situazione. Cosicché anche la legge penale, per evitare di essere eccessivamente rigida, può servirsi in certe circostanze di formule più o meno vaghe, per cui l'interpretazione e l'applicazione della legge in questi casi dipende altresì dalla prassi.

⁶⁷ Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, con nota di V. Napoleoni, in *Diritto penale contemporaneo*. E più in generale, sul tema cfr. M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 233 ss.

⁶⁸ Cfr. Corte eur., Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, n. 42750/09; e Corte giust., sez. II, 8 febbraio 2007, Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee (causa C-3/06 P), in *Cass. pen.*, 2007, p. 2200 ss., con nota di A. Balsamo.

⁶⁹ Cfr., ad esempio, Corte eur., sez. V, 6 ottobre 2011, Soros c. Francia, n. 50425/06, §§ 50-62; C. cost., 13 gennaio 2004, n. 5.

⁷⁰ Corte eur., Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, n. 43395/09, §§ 106 ss.

La garanzia della legalità europea deve essere estesa fino al diritto giurisprudenziale; la prevedibilità può essere perciò adeguatamente garantita anche in presenza di un testo legale oscuro grazie all'apporto chiarificatore del diritto vivente consolidato. La «prevedibilità delle conseguenze giuridico-penali ha il suo punto di riferimento non più solo nel diritto legislativo, nel testo legale ma anche nel prodotto normativo risultato dell'attività interpretativo-applicativa dei giudici»⁷¹.

Dunque, non convince la prevedibilità collegata alla disposizione scritta, bensì è più convincente una prevedibilità congiunta con la possibilità di conoscere la norma, cioè con l'attribuzione di significato che si dà a quel testo. Significato che non può non dipendere anche dall'interpretazione giudiziale⁷².

Ciò che conta, come evidenziato dalla ormai celebre sentenza Contrada della Corte Edu, è di stabilire se all'epoca dei fatti ascritti alla persona la legge applicabile definisse chiaramente il reato: «si deve dunque esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale» (§ 64)⁷³.

8. Il concetto di bene giuridico. Beni superindividuali e funzioni

Come per lo studio della parte generale del diritto penale, allo stesso modo per il diritto penale dell'economia, il concetto di “bene giuridico” svolge un ruolo centrale. Esso è caratterizzato anche qui da una “multidimensionalità”: sussistono pertanto più dimensioni in cui rileva e occorre esaminarlo.

In primo luogo, si deve pensare al bene giuridico come un interesse o un valore significativo attorno al quale viene costruita una tutela di natura penale (ad es. il bene vita, protetto attraverso la predisposizione da parte del legislatore dei reati di omicidio, lesioni, percosse, ecc.). La tutela di natura penale, a differenza di quella civile (si pensi all'art. 2043 c.c.), viene attuata attraverso la

⁷¹ Così F. Palazzo, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2698 ss.

⁷² Cfr. Corte giust., Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-42/17, Taricco, § 56.

Una posizione diversa sembra assumere (sul “caso Taricco”) Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2776 ss., con nota di M. Gambardella. Per la Consulta è indispensabile che le scelte di diritto penale consentano alla persona di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta in base al solo “testo della disposizione”. Mentre l'interpretazione giurisprudenziale può essere unicamente un ausilio nella conoscenza della “norma”; un *posterius* che permette di chiarificare le eventuali zone d'ombra, “individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo” (§ 11). In proposito, cfr. M. Donini, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2018, p. 1 ss.

⁷³ Corte eur., sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, ric. n. 66655/13.

predisposizione, da parte del legislatore, di una serie espressa di figure criminose, che compongono un catalogo chiuso di illeciti penali. In questo senso, allora, il bene giuridico è l'elemento attorno al quale si edifica la protezione penalistica.

In secondo luogo, si deve pensare al bene giuridico in un'ottica interpretativa (quale canone ermeneutico): il bene giuridico serve per interpretare la formulazione normativa attraverso cui è descritto il reato. In questo senso si parla di funzione c.d. teleologica del bene giuridico. Ad esempio, posto che nel reato di incendio (art. 423 c.p.) si protegge il bene dell'incolumità pubblica, a voler usare il bene giuridico in chiave interpretativa per attribuire il corretto significato al termine "incendio", questo verrà allora inteso come un "fuoco di vaste dimensioni", non rilevando per la tutela dell'incolumità pubblica i fuochi piccoli e innocui⁷⁴.

In altri termini, si utilizza proprio il bene giuridico al fine di interpretare un testo di legge e dargli l'esatto significato. Tale dimensione del bene giuridico, inoltre, risulta coerente e funzionale allo stesso principio di offensività, permettendo così di scartare dal catalogo penale quei comportamenti che non risultano offensivi di beni che l'ordinamento intende tutelare.

Il discorso in parola non costituisce un mero dato teorico astratto, ma rappresenta il metodo stesso che la giurisprudenza utilizza per interpretare le disposizioni in materia penale.

Orbene, la "norma incriminatrice" è ciò che si ricava dal contenuto di senso dell'insieme degli elementi dell'illecito tipizzati legislativamente, attraverso una interpretazione degli stessi alla luce del bene giuridico. Nel diritto penale per ricavare la norma dal testo legislativo (dalla disposizione), occorre impiegare nel procedimento ermeneutico il bene giuridico tutelato. L'interpretazione degli elementi strutturali della fattispecie mercé il bene giuridico protetto, permette di cogliere la dimensione ermeneutica del fatto tipico o comunque di trasferirsi dal piano della "disposizione" a quello della "norma", secondo un più ampio modo di inquadrare il tema nella teoria generale del diritto.

L'uso del bene giuridico ci porta a osservare un altro aspetto determinante della teoria generale del diritto. Bisogna distinguere fra testo (disposizione) e norma. Ciò è fondamentale perché sono due dimensioni diverse: la dimensione testuale e la dimensione normativa; quest'ultima è una dimensione di "significato", mentre la prima è una dimensione di "significante". Questa operazione è svolta dalla prassi giudiziale e dalla Corte costituzionale. Il controllo di legittimità costituzionale della Corte è sovente fondato su questa distinzione: la Corte "giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni" (Paladin).

⁷⁴ In dottrina, G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., p. 563; in giurisprudenza, v. Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 286, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 605 ss.

Il “significante” è la disposizione, il testo, l’articolo, l’enunciato; mentre il “significato” è la norma. Per capire qual è la norma bisogna attribuire un significato alla disposizione. Solo con questa operazione si transita dalla dimensione testuale a quella normativa. Il bene giuridico serve a ciò: è un dato che l’interprete adopera per compiere siffatta operazione ermeneutica.

A questo punto, occorre indagare l’esatto contenuto del concetto in parola: occorre chiedersi se davvero il bene giuridico possa consistere solo in una entità sostanziale riferibile ad un singolo individuo (come ad es. il patrimonio o la proprietà), oppure se possa (o meglio debba) essere ampliata la sua nozione.

In proposito, conviene sviluppare il discorso secondo le seguenti linee.

(i) Bisogna interrogarsi, anzitutto, circa la possibilità per il legislatore di mettere al centro della tutela penale beni-interessi che non sono individuali e, quindi, riferiti alla persona, ma che sono invece superindividuali.

(ii) Ci si deve chiedere, inoltre, se si possa costruire una tutela penale non su un bene-interesse inteso in senso empirico-fattuale, bensì su una “funzione”⁷⁵.

È pertanto necessario indagare se tali tecniche di incriminazione siano legittime nel nostro ordinamento, anche alla luce del principio di sussidiarietà nel diritto penale (la sanzione penale costituisce solo l’*extrema ratio*)⁷⁶.

Per quanto riguarda i beni superindividuali (collettivi), occorre evidenziare come fino a qualche decennio fa il diritto penale ammettesse pacificamente solo il concetto bene giuridico individuale, ossia inteso quale dato empirico-fattuale. Oggi, tuttavia, la modernità va in senso opposto, superando questa concezione, poiché la trasformazione sociale ed economica dell’Italia (e dei Paesi occidentali in genere) ha consentito l’emersione di “nuovi” beni giuridici che necessitano di protezione penale. È la “complessità” – in una economia e cultura globalizzata – che contraddistingue la nostra attuale società “moderna”. Essa conferisce plausibilità alla protezione dei beni collettivi (universali) da parte del diritto penale; difesa che non può essere limitata alla tutela di beni giuridici “tangibili”⁷⁷.

I beni superindividuali (collettivi) sono quei beni che, come detto, non risultano ancorabili direttamente ad una persona. Un classico esempio è rappresentato dal mercato finanziario: i reati finanziari sono, infatti, posti a tutela del corretto funzionamento del mercato mobiliare. Tali reati non tutelano direttamente un bene riferibile ad un individuo, come può essere il patrimonio del privato (come avviene per il delitto di truffa, ad esempio). Questo nuovo mo-

⁷⁵ Per un ampio studio, anche in chiave critica, cfr. A. Fiorella, *I principi generali del diritto penale dell’impresa*, in *Il diritto penale dell’impresa*, a cura di L. Conti, Cedam, 2001, p. 15 ss.

⁷⁶ Sul problema, in relazione ai reati economici, si veda di recente R. Rampioni, *Diritto penale dell’economia e principi informatori del sistema penale*, cit., p. 9 ss.

⁷⁷ Cfr. W. Hassemer, *Perché punire è necessario*, il Mulino, 2012, p. 150 ss.

dello corrisponde al cambiamento di concezione dell'economia, non più da intendere nel senso di economia reale, ma da intendere nel senso di economia finanziaria (c.d. "finanziarizzazione" dell'economia). Il mercato ha come oggetto la finanza, e non più il patrimonio del singolo. Una tutela simile è stata richiesta espressamente da una Direttiva europea del 2003, cui il nostro ordinamento si è adeguato nel 2005 (per approfondimenti, si rinvia alla parte sugli Abusi di mercato, Cap. 12, § 1).

Per quanto concerne, invece, i beni funzionali, occorre indicare come questi siano altro rispetto ai citati beni intesi in senso empirico fattuale⁷⁸. I beni funzionali sono costituiti da quella attività di controllo e gestione che la pubblica amministrazione si riserva su determinate attività. Un siffatto controllo e gestione viene preso in considerazione dal diritto penale per costruire una tutela penalistica: ciò che viene sottoposto a protezione, pertanto, non è un bene fattuale, ma una funzione di controllo che la pubblica amministrazione si riserva su determinate attività o particolari settori.

Si è scritto in modo condivisibile che, nei reati aventi come oggetto la tutela di una funzione, la norma incriminatrice assume come finalità particolare la salvaguardia del "modo di risoluzione di un conflitto di beni", la cui violazione ed il cui contemperamento è affidato all'amministrazione pubblica. La legge non identifica *a priori* una situazione di danno o di pericolo per un determinato bene giuridico, ma stabilisce che sia l'amministrazione pubblica a definire quando e in che limiti vi sia un danno od un pericolo per esso. Osservanza ed inosservanza della norma ruotano intorno al "modo legalmente definito per la risoluzione di un conflitto di interessi": chi vi si adegua, non è punibile; chi lo elude, è punibile per ciò solo, ed a prescindere dalla intrinseca offensività del suo comportamento⁷⁹.

Questo discorso è chiarissimo nella disciplina urbanistica e nella disciplina ambientale: molto spesso non si tutela il territorio o l'ambiente in generale, bensì l'attività di controllo su questi beni da parte della pubblica amministrazione. Ad esempio, può integrare il reato un piccolo abuso edilizio o un tenue sversamento di sostanze ritenute inquinanti in assenza di autorizzazione, mentre è penalmente irrilevante la costruzione di un eco-mostro o un apprezzabile rilascio di sostanze inquinanti da parte di soggetto in possesso di autorizzazione amministrativa.

⁷⁸ Sul tema, F. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 456 ss.; T. Padovani, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzioni ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 675 ss.

⁷⁹ Così T. Padovani, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Giuffrè, 1985, p. 451 ss. In senso difforme, v. M. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente*, Cedam, 1996, p. 92 ss.

Così, nel diritto penale ambientale o dell'urbanistica il legislatore mette al centro della tutela non il bene ambiente né il bene territorio in quanto tali, ma la funzione di controllo che la P.A. ha sulla gestione o sull'uso del bene ambiente o del bene territorio. Si dà infatti il caso di un soggetto che costruisce un edificio ben progettato in una zona che gli strumenti urbanistici definiscono edificabile, ma non chiede il permesso di costruire: per tale ultimo motivo costui sarà passibile di condanna; un altro soggetto, invece, costruisce un "ecomostro", ma prima di costruire ne chiede il permesso: questi non commette alcun reato. È chiaro allora cosa si tutela penalmente: non l'uso del territorio in sé e per sé, ma l'assoggettarsi al controllo della P.A. nell'uso del territorio; non è punito perciò lo sfregio del territorio, bensì l'essersi sottratto al controllo di un organo pubblico.

Allo stesso modo in materia ambientale: un'azienda scarica reflui minimi, che non arrecano nessun danno all'ambiente, nel fiume sottostante: quell'imprenditore andrà condannato penalmente, perché manca l'autorizzazione del Comune; nel caso invece di un altro imprenditore che ottiene l'autorizzazione ma scarica reflui molto più inquinanti dei primi, questi non risponderà, perché non ha commesso il reato incentrato sulla mancata autorizzazione. Anche qui, non è tutelata la salubrità dell'acqua, bensì la funzione di controllo riservata alla P.A. rispetto a quei beni⁸⁰.

Lo stesso avviene, in materia penale economica, con il reato di abusivismo finanziario: l'art. 166 t.u.f. punisce lo svolgimento dell'attività di intermediatore finanziario senza esserne autorizzato; dunque, non viene tutelato il patrimonio dei singoli investitori, ma il controllo pubblico sulle attività finanziarie⁸¹.

E proprio con riferimento specifico al reato di esercizio abusivo di intermediazione finanziaria, non può essere posto in dubbio che la fattispecie incriminatrice sia integrata dall'esercizio di un'attività non autorizzata⁸²; la disposizione di cui all'art. 166 t.u.f. sembra invero assumere come oggetto la tutela di una funzione. Come risulta evidente, infatti, nel caso in esame, il legislatore non punisce specificamente l'operatore finanziario che non possiede i requisiti sostanziali richiesti, bensì il soggetto che esercita l'attività di intermediario se, e in quanto, privo della dovuta autorizzazione amministrativa. Lo stesso possesso dei citati requisiti sostanziali, infatti, non esclude la responsabilità penale, la

⁸⁰ È bene sottolineare che in materia ambientale il modello incentrato sulla tutela di funzioni, rinvenibile in quasi tutto il Testo Unico Ambientale (d.lgs. n. 152 del 2006), è stato abbandonato a favore di una tutela incentrata sul bene giuridico empirico-fattuale nel nuovo Titolo VI bis sui «Delitti contro l'Ambiente» (l. n. 68 del 2015).

⁸¹ Cfr. A. Pantanella, *Il bene giuridico nel reato di esercizio abusivo di intermediazione finanziaria: un esempio di tutela funzionale?*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 317 ss.

⁸² In tema di fattispecie incriminatrici che prevedono quale presupposto un'autorizzazione amministrativa, si veda, per tutti, M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, 2002.

quale, quindi, lo si ripete, rimane vincolata all'assenza dell'autorizzazione amministrativa. In particolare, la norma in parola sembra, allora, tutelare le funzioni di controllo delle Autorità di vigilanza, al fine di garantire, anzitutto, il risparmio collettivo e, in seconda battuta, la leale concorrenza nel mercato degli strumenti finanziari. L'art. 166 t.u.f. non punisce tanto chi esercita le attività rilevanti senza essere in possesso dei requisiti sostanziali richiesti, quanto piuttosto chi, pur possedendoli, si sottrae alla loro verifica da parte delle Autorità vigilanti; oltre al fatto che l'autorizzazione proietta i suoi effetti, al di là dell'avvio dell'impresa, anche sulla fase di esercizio⁸³.

Un ulteriore ambito, dove questo modello di bene funzionale trova tutela, può essere intravisto, in ambito societario, nel reato di ostacolo alle funzioni di vigilanza, di cui all'art. 2638 c.c. in questo caso l'oggetto di tutela è costituito dal controllo che hanno alcune *Autorities* sull'andamento delle società, a prescindere dallo stato patrimoniale o economico dell'impresa.

Sulla base delle riflessioni sin qui svolte, si può ammettere che tali mutamenti del concetto di bene giuridico siano dovuti al fatto che costruire tutele su beni singoli, rispetto alle nuove situazioni sociali ed economiche, risulterebbe inefficace. Quindi, l'ampliamento della nozione di bene giuridico è finalizzato all'effettività della tutela penale; s'intravede l'idea di non rendere eccessivamente complessa la dimostrazione "processuale" di comportamenti che si ritengono meritevoli di sanzione penale.

In alcuni settori invero sarebbe inefficace la tutela fondata sul singolo bene individuale, perché non si arriverebbe mai (o quasi) a ritenere penalmente rilevante una condotta se si costruissero le figure di abusivismo finanziario non sul fatto che il soggetto ha omesso di chiedere le autorizzazioni alla P.A. per gestire i risparmiatori, ma sull'effettivo danno patrimoniale arrecato al singolo. Sarebbe molto più difficile avere una tutela penale effettiva, perché si dovrebbe provare il danno patito da ogni singola persona; o in materia ambientale, si dovrebbe provare di volta in volta la compromissione dell'ambiente nel suo complesso.

9. *Criminalità d'impresa, impresa criminale e impresa mafiosa*

Nel diritto penale dell'economia massima importanza deve essere assegnata all'art. 41 Cost.: il bene della libertà di iniziativa economica privata. Obiettivo della disciplina penale in materia economica non è certo quello di disincentivare le iniziative private o pubbliche, e neppure di moltiplicare le difficoltà che attanagliano le aziende operanti in Italia. Il diritto penale economico, infatti,

⁸³ Cfr. V. Napoleoni, *Sub Art. 166*, in *Il Testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini e G. Gasparri, Utet, 2012, p. 2193 ss.

non si pone in contrasto con i principi informatori dell'economia di mercato, bensì al contrario ne costituisce un necessario baluardo⁸⁴.

È vero che l'art. 41 Cost. presidia la libertà privata di impresa, ma bisogna stare attenti che la libertà di impresa non diventi criminalità d'impresa.

Il confine può essere molto sottile, perché in entrambi i casi al centro è collocata l'organizzazione dell'impresa. Quest'ultima può essere libertà di iniziativa economica, ma può essere anche criminalità d'impresa. Bisogna evitare che l'organizzazione d'impresa, elemento centrale dell'attività di impresa, trascenda in organizzazione criminale. Quando l'impresa diventa criminale, si usa la libertà di iniziativa economica privata per organizzare un'impresa che ha quale *core business* della sua attività la commissione di illeciti.

Nel diritto penale dell'economia sovente ci imbattiamo in condotte poste in essere all'interno di una attività d'impresa, un'attività dunque che si svolge in un contesto organizzato, in cui vi è una organizzazione d'impresa. L'impresa è definita, secondo la descrizione legislativa di cui all'art. 2082 c.c., quale attività economica organizzata di produzione o di scambio, che consiste in quel complesso produttivo creato dall'imprenditore formato da persone e beni strumentali (locali, macchinari, materie prime, merci)⁸⁵.

Ora, i modelli di imputazione della responsabilità da reato degli enti s'intrecciano con "le pene" per gli stessi (d.lgs. n. 231 del 2001, cfr. Cap. 2), sicché non solo il modello conferma l'ambito di applicazione della responsabilità da illecito penale delle persone giuridiche, ma anche "la pena" individua a sua volta delle tipologie di impresa che devono essere sanzionate.

E così muovendo dalle pene (o meglio, dalle "sanzioni" come le chiama il d.lgs. n. 231 cit.) previste per l'ente, possiamo enucleare e tenere separato il fenomeno della "criminalità d'impresa" da quello della vera e propria "impresa criminale" nonché della c.d. "impresa mafiosa"⁸⁶.

Nella prima tipologia, denominabile "criminalità d'impresa", l'ente ha natura in sé lecita, esercita normalmente una attività di natura lecita, e soltanto episodicamente – strumentali alla sua attività d'impresa – vengono realizzati degli illeciti penali. Ad esempio, per ottenere il rilascio di una autorizzazione amministrativa, pur non avendone i requisiti di legge, l'amministratore della società paga una somma di denaro al funzionario pubblico competente per il rilascio della stessa che, a seguito della dazione indebita, adotta il provvedimento richiesto integrando così il delitto di corruzione propria (art. 319 c.p.).

L'impresa è qui responsabile in via amministrativa – ex d.lgs. n. 231/2001,

⁸⁴ In tal senso, C. Pedrazzi, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Diritto penale*, vol. III, Giuffrè, 2003, p. 131 ss.

⁸⁵ Cfr. G.F. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, 2017, p. 11 ss.

⁸⁶ Cfr. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010, p. 134 ss. E di recente l'ampia analisi di T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi*, Giappichelli, 2018, p. 97 ss.

art. 5 – dei reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da parte degli amministratori (apicali) o sottoposti, a meno che queste persone non abbiano agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi.

L’autentica “impresa criminale” è invece quella struttura organizzata che svolge un’attività che ha come obiettivo principale la commissione di reati: si tratta di una vera e propria organizzazione criminale. Si pensi ad una impresa creata allo scopo di smaltire in modo illegale i rifiuti oppure per riciclare il denaro proveniente dallo spaccio di stupefacenti, usura, gioco d’azzardo, prostituzione⁸⁷.

Soprattutto l’ingente quantità di ricchezza generata dalle attività illegali svolte in forma organizzata pone il conseguente problema di “ripulire” tale ricchezza (perlopiù costituita da denaro liquido). S’introducono così le tematiche dei delitti di riciclaggio, autoriciclaggio e reimpiego dei proventi illeciti, nonché delle nuove forme di confisca per la criminalità economica⁸⁸.

L’impresa criminale intesa in questo modo – e mantenuta distinta, concettualmente, dal fenomeno della criminalità d’impresa – trova una sua considerazione propriamente normativa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Ai sensi dell’art. 16, comma 3, d.lgs. n. 231 cit. se l’ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente impiegato allo scopo (anche solo prevalente) di agevolare o consentire la commissione dei reati, si applica la sanzione dell’interdizione definitiva dall’esercizio dell’attività e resta esclusa la possibilità di ricorrere alla riparazione delle conseguenze del reato di cui al successivo art. 17 (non vale quindi ad escludere la misura dell’interdizione definitiva, l’eliminazione da parte dell’ente delle carenze organizzative mediante l’adozione e attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi)⁸⁹.

L’interdizione definitiva deve essere obbligatoriamente ordinata: non vi è discrezionalità stante la chiara formula normativa (“è sempre disposta”). La prevalenza dello scopo illecito deve essere accertata dal giudice con particolare rigore, individuando gli indicatori dai quali possa desumersi che anche le eventuali attività lecite dell’ente siano strumentali alla realizzazione di quella illecita o al suo occultamento verso l’esterno⁹⁰.

⁸⁷ Cfr. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 134 ss.

⁸⁸ Cfr. R. Rampioni, *Diritto penale dell’economia e principi informatori del sistema penale*, in *Diritto penale dell’economia*, a cura di R. Rampioni, Giappichelli, 2018, p. 31 ss.

⁸⁹ Così A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 135. Cfr. inoltre T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., p. 151 ss.

⁹⁰ Cfr. M. Panasiti, *sub art. 16*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da M. Levis-A. Perini, Zanichelli, 2014, p. 350 ss.; G. Lasco, *sub art. 16*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, Giappichelli, 2017, p. 202 ss.

9.1. *Impresa mafiosa in senso stretto e impresa ad infiltrazione mafiosa*

In un ambito ulteriore dai due fenomeni ora descritti va collocata la c.d. “impresa mafiosa”, in cui è possibile distinguere due sottotipi: “l’impresa mafiosa in senso stretto”, definita, in giurisprudenza, come quell’impresa nella quale vi sia totale sovrapposizione fra la compagine associativa e la consorteria criminale; e “l’impresa ad infiltrazione mafiosa”, nella quale l’attività d’impresa sia “inquinata” dall’ingresso nelle casse dell’azienda di risorse economiche provento di delitto, cosicché risulti impossibile distinguere tra capitali leciti e capitali illeciti⁹¹.

In particolare, poi, il delitto di associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) prevede una specifica aggravante (al comma 6) che ricorre quando gli associati intendono assumere il controllo di attività economiche, finanziando l’iniziativa, in tutto o in parte, con il prezzo, il prodotto o il profitto di delitti⁹². Questa circostanza ha, secondo costante giurisprudenza, natura oggettiva, dovendosi, perciò, valutare a carico di tutti i membri del sodalizio mafioso e senza che occorra la dimostrazione che il controllo delle attività economiche sia stato effettivamente assunto o mantenuto, essendo sufficiente l’idoneità al conseguimento di tale risultato⁹³. Affinché possa configurarsi l’aggravante, occorre, altresì, che l’attività economica abbia una dimensione tale da poter prevalere sulle altre strutture che, in quel territorio, offrono gli stessi beni o servizi, non potendosi esaurire in singole operazioni commerciali⁹⁴.

Il concetto di “impresa mafiosa” è preso, ad esempio, in esame in tema di misure di prevenzione patrimoniali. Si è così affermato che la confisca di una impresa costituita in forma societaria, della quale sia stato accertato il “carattere mafioso” per il fatto di avere stabilmente operato avvalendosi della forza di intimidazione di un’associazione mafiosa e in cointeressenza con essa, si estende a tutto il patrimonio aziendale e a tutto il capitale sociale (ivi comprese le quote sociali di terzi), nonostante l’origine lecita dei fondi impiegati per la sottoscrizione delle quote, laddove sia accertata la disponibilità sostanziale della

⁹¹ Cass., sez. VI, 4 giugno 2014, n. 39911, in *C.E.D. Cass.*, n. 261588, secondo cui la confisca disposta ai sensi dell’art. 416-*bis*, comma 7, c.p. con riguardo ai beni strumentali alla realizzazione del delitto associativo e a quelli che ne costituiscono il prezzo, il prodotto, il profitto o il reimpiego, pur conseguendo automaticamente alla condanna, impone una motivazione rigorosa sul *quantum* da sottoporre ad ablazione, la quale, salvo il caso in cui si ravvisi la esistenza di una “impresa mafiosa”, deve evidenziare in modo puntuale il nesso di pertinenza fra cespiti oggetto di vincolo reale ed attività illecita. E più in generale sui paradigmi della “mafia sistema” e della “mafia impresa”, cfr. l’approfondito e ampio studio di G. Amarelli, *La contiguità politico-mafiosa*, Dike, 2017, p. 18 ss.

⁹² Cfr. al riguardo Cass., sez. V, 25 gennaio 2012, n. 12251, in *C.E.D. Cass.*, n. 252172.

⁹³ Cass., sez. V, 30 settembre 2014, n. 52094, in *DeJure*; Cass., sez. V, 11 dicembre 2013, n. 24661, in *Cass. pen.*, 2015, p. 651.

⁹⁴ Cass., sez. VI, 14 dicembre 1999, n. 856, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2347.

impresa da parte del proposto e laddove l'attività economica posta in essere risulti condotta sin dall'inizio con mezzi illeciti⁹⁵.

Invero, per le realtà aziendali nelle quali il consolidamento e l'espansione dell'attività imprenditoriale siano stati da sempre agevolati da un'organizzazione mafiosa, il carattere lecito dei capitali inizialmente investiti diviene irrilevante e tutto il capitale sociale e l'intero patrimonio aziendale ne sono contaminati, divenendo essi stessi parti dell'impresa mafiosa, come tali soggetti a confisca⁹⁶. Questo perché l'ottica in cui si inserisce il sistema di prevenzione patrimoniale nazionale non è di tipo punitivo del singolo, bensì intende fronteggiare la pericolosità insita nel permanere delle ricchezze illecite in contesti mafiosi e nella possibilità che vadano ad alimentare ulteriori attività illecite. Per tale motivo è configurato come sistema autonomo rispetto a quello di prevenzione personale, giustificato, innanzitutto, dalla necessità di evitare il rischio di alterazione delle regole di mercato⁹⁷.

Il principio giurisprudenziale appena accennato incontra un temperamento nell'ipotesi in cui il giudice della prevenzione determini il momento iniziale e finale della pericolosità sociale del proposto: in questo caso, infatti, potranno essere sottoposti a misura di prevenzione soltanto i beni ricadenti in quell'arco temporale, secondo il principio della c.d. correlazione temporale⁹⁸. Su questo aspetto è tornata, di recente, la Corte di cassazione, precisando come la confisca di prevenzione debba ritenersi applicabile anche rispetto a beni acquistati in un periodo successivo alla perdita della condizione soggettiva di pericolosità, purché dagli accertamenti risulti che tali acquisizioni patrimoniali siano state effettuate attraverso la "provista formata nel periodo di illecita attività"⁹⁹. Si segnala poi la pronuncia della Corte costituzionale del 2108 che, in tema di confisca c.d. allargata, ha richiamato il criterio di origine giurisprudenziale della "ragionevolezza temporale", corrispondente a quello in materia di confisca di prevenzione e secondo cui il momento di acquisizione del bene non deve essere oltremodo lontano dalla realizzazione del reato, risultando altrimenti illegittima la presunzione di provenienza illecita del primo¹⁰⁰.

⁹⁵ Cass., sez. II, 11 febbraio 2015, n. 9774, in *C.E.D. Cass.*, n. 262622.

⁹⁶ Cass., sez. V, 23 gennaio 2014, n. 16311, in *C.E.D. Cass.*, n. 259871. V. tuttavia per alcune precisazioni e limitazioni in proposito Cass., sez. VI, 8 giugno 2017, n. 48610, *ivi*, n. 271485.

⁹⁷ Cfr. C. Visconti, *Proposte per recidere il nodo mafie-impresе*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 4 ss. Per considerazioni non coincidenti, si veda tuttavia A.M. Maugeri, *La suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.

⁹⁸ Principio definito a partire dalla nota sentenza "Spinelli" (Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, in *C.E.D. Cass.*, nn. 262605 e 262606); Cass., sez. VI, 8 giugno 2017, n. 48610, in *DeJure*.

⁹⁹ Cass., sez. II, 13 marzo 2018, n. 14165, in *DeJure*.

¹⁰⁰ Così Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 33.

Più in generale per “impresa mafiosa” può intendersi un’attività produttiva, commerciale o finanziaria riconducibile, giuridicamente o “di fatto”, a un soggetto mafioso; impresa finanziata con l’utilizzo di capitali di provenienza illecita derivanti dalle attività delittuose dell’organizzazione, e svolta con metodi illegali o, comunque, con forme non rientranti nella c.d. economia di mercato.

Le imprese mafiose privilegiano settori caratterizzati da scarsa apertura verso la concorrenza estera, basso livello tecnologico, alta intensità di manodopera, forte deregolamentazione, elevato coinvolgimento di risorse pubbliche; si strutturano in imprese medio-piccole e, in caso di società, prevalentemente nella forma della s.r.l.¹⁰¹.

L’oggetto dell’impresa rientra nell’ambito delle attività lecite, cosicché resta esclusa l’ipotesi in cui il finanziamento illecito sia impiegato in attività illegali, produttive di reddito, che l’associazione faccia rientrare nei propri obiettivi¹⁰². Si tratta, dunque, di un’impresa in cui è esercitata un’effettiva attività economica: è il caso degli stabilimenti balneari, laddove dietro l’esercizio commerciale si celi, in realtà, un’attività di riciclaggio, o di imprese edili che impongano il proprio monopolio commettendo frodi nelle pubbliche forniture, utilizzando cemento depotenziato o ricorrendo a meccanismi di sovrapproduzione.

Richiamando l’art. 16 sopra citato in tema di impresa criminale, il d.lgs. n. 231 del 2001 dispone anche per l’impresa mafiosa – a seguito della riforma intervenuta con l. n. 94 del 2009 – l’interdizione definitiva dall’esercizio dell’attività. Ciò, ai sensi dell’art. 24-ter, comma 4, d.lgs. n. 231 cit. nell’ipotesi in cui l’ente o una sua unità organizzativa vengano utilizzati stabilmente allo scopo (anche solo prevalente) di agevolare o consentire la commissione di reati in materia di criminalità organizzata, indicati nei commi 1 e 2 del medesimo articolo. Anche qui l’interdizione definitiva deve essere obbligatoriamente disposta, e non vi è alcuna discrezionalità nella applicazione della misura, sulla scorta dell’esplicito rinvio all’art. 16, comma 3, d.lgs. n. 231 cit.¹⁰³.

Tra gli strumenti più efficaci di contrasto alle infiltrazioni mafiose nell’economia va ricordata la documentazione antimafia, disciplinata agli artt. 82 e ss., d.lgs. n. 159 del 2011 (c.d. codice antimafia). Il Prefetto, in particolare, in presenza del rischio che un’impresa possa essere condizionata dalla criminalità mafiosa o agevolare, anche indirettamente, attività delinquenziali, adotta, ai sensi dell’art. 89-bis codice antimafia, la c.d. “informazione interdittiva”, con la quale

¹⁰¹ I settori privilegiati dalla impresa mafiosa sono: appalti pubblici, agro-alimentare e abbigliamento, ristorazione/turistico alberghiero, c.d. settori protetti (ad esempio: smaltimenti rifiuti, energie rinnovabili).

¹⁰² Corte Ass. Torino, 3 aprile 1998, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1973.

¹⁰³ In generale sul tema, cfr. AA.VV., *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, a cura di G. Amarelli e S. Sticchi Damiani, Giappichelli, 2019.

dispone il divieto di intraprendere o proseguire rapporti con l'Amministrazione o ricevere sussidi, sovvenzioni e benefici economici; ciò sulla base di elementi che possono essere desunti anche da provvedimenti giudiziari, atti di indagini, accertamenti delle forze di Polizia e che devono essere gravi, precisi e, se plurimi, concordanti¹⁰⁴. La valutazione del Prefetto, che gode di un ampio margine discrezionalità, dev'essere unitaria, complessiva e seguire il criterio del "più probabile che non". Si prescinde, dunque, da prove di fatti di reato o accertamenti definitivi in sede penale¹⁰⁵; e ciò in considerazione della logica preventiva e interdittiva cui l'informativa antimafia è ispirata, volta a garantire la leale concorrenza nel mercato e il corretto utilizzo delle risorse pubbliche¹⁰⁶.

L'esigenza, laddove possibile, di non paralizzare completamente l'attività economica, con un intervento terapeutico che ristabilisca il rispetto delle regole del mercato e permetta, così, la prosecuzione del contratto di appalto o della concessione, è stata recepita dal legislatore con l'introduzione dell'art. 32 decreto legge n. 90 del 2014 (conv. con modificazioni dalla legge n. 114 del 2014). Questa disposizione attribuisce al Prefetto, su proposta del Presidente dell'ANAC, il potere di provvedere alla rinnovazione degli organi sociali o alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa nelle ipotesi in cui questa sia coinvolta in procedimenti penali per gravi reati contro la pubblica amministrazione (ad es. corruzione e concussione) ovvero in presenza di situazioni "simptomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili a un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture" e purché sussistano fatti gravi e accertati; ciò limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione, rispondendo, la previsione normativa, all'esigenza di garantire servizi essenziali e salvaguardare i livelli occupazionali o l'integrità dei bilanci pubblici¹⁰⁷.

L'introduzione di uno strumento di controllo pubblico delle imprese di questo tipo trova il suo fondamento nelle vicende corruttive che hanno investito le procedure di affidamento e realizzazione di opere pubbliche di importanza strategica per il Paese¹⁰⁸.

La stessa finalità è alla base del comma 10 dell'art. 32 decreto legge n. 90 cit., ai sensi del quale il Prefetto può ricorrere a tale potere di propria iniziativa, informando tempestivamente il Presidente dell'ANAC, nell'ipotesi di im-

¹⁰⁴ Cons. St., sez. III, 8 marzo 2017, n. 1109.

¹⁰⁵ Cons. St., sez. III, 13 marzo 2017, n. 1156, in *Foro amm.*, 2017, 3, p. 543; T.A.R. Milano, (Lombardia), sez. IV, 6 ottobre 2017, n. 1908.

¹⁰⁶ Cons. St., sez. III, 5 aprile 2016, n. 1328; Cons. Stato, sez. III, 31 dicembre 2014, n. 6465.

¹⁰⁷ Cfr. G. Pignatone, *Mafia corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in *Diritto penale contemporaneo*.

¹⁰⁸ *Seconde linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, in www.anticorruzione.it, p. 2 ss.

prese che siano già state raggiunte da un'informazione interdittiva antimafia e sempre che si rinvenga "l'urgente necessità" di assicurare il completamento dell'esecuzione o la prosecuzione del contratto.

Dovrà essere effettuato, perciò, un bilanciamento tra la necessità che un'impresa vicina alla criminalità organizzata, come accertato nell'interdittiva emanata precedentemente, sia estromessa dall'ambito della contrattazione pubblica e l'esigenza che sia garantito, invece, l'adempimento dei contratti pubblici¹⁰⁹.

La disposizione precisa che le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio dell'impresa trovano applicazione "ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3" d.lgs. n. 159 del 2014, che impedisce la revoca o il recesso dal contratto nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero quando l'impresa appaltante non sia sostituibile in tempi rapidi e si tratti di fornitura di beni e servizi essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico. L'art. 94, comma 3, opera, in questo caso, come strumento di carattere residuale, prevalendo la disposizione di cui all'art. 32, comma 10, in virtù del rapporto di specialità; ciò in considerazione della sua capacità di assicurare una migliore tutela dell'interesse della sicurezza pubblica attraverso l'inserimento di presidi di controllo e di legalità nella società¹¹⁰.

Il Prefetto è oggi tenuto a verificare, una volta adottato il provvedimento interdittivo, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura suddetta ai sensi dell'art. 92, comma 2-*bis*, introdotto nel codice antimafia con il d.lgs. n. 153 del 2014.

Un accenno conclusivo merita l'art. 34-*bis*, introdotto con l. n. 161 del 2017 nel Codice antimafia, che disciplina il controllo giudiziario delle imprese che agevolino solo occasionalmente sodalizi mafiosi. Tra i profili di maggiore interesse vi è la possibilità, prevista al comma 6, di richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario da parte di imprese che, destinatarie di informazione interdittiva antimafia, abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del Prefetto. A differenza del citato comma 10 dell'art. 32, il controllo giudiziario ha l'effetto di sospendere l'efficacia del provvedimento interdittivo e non si limita, perciò, a consentire la prosecuzione del contratto nelle ipotesi tassativamente previste¹¹¹.

10. Il caso "Mafia Capitale"

Ma quali sono le risposte che il nostro ordinamento appresta dal punto di vista penale all'impresa criminale? Sicuramente l'impresa organizzata in senso

¹⁰⁹ Cfr. T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., p. 210 ss.

¹¹⁰ *Secondo linee guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, cit., p. 7 ss.

¹¹¹ T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., p. 168 ss.

illecito trova strumenti repressivi nel d.lgs. n. 231 del 2001 (responsabilità da reato delle persone giuridiche). Però va detto pure che il d.lgs. n. 231 cit. contiene sanzioni amministrative o para-penali (cfr. Cap. 2, § 6), che di certo possono essere usate per colpire l'impresa organizzata in modo illecito, ma che non possono esaurire l'arsenale sanzionatorio in proposito.

Dal punto di vista penale, si tratta soprattutto di mettere a fuoco gli strumenti per punire i componenti (o partecipi) dell'organizzazione criminale. Non solo il delitto di associazione per delinquere (art. 416 c.p.), si è fatto leva altresì sulla figura di reato, anche se non è strettamente collegata col diritto penale dell'economia, rappresentata dall'art. 416-*bis* c.p.: l'associazione per delinquere di stampo mafioso. Nella prassi l'art. 416-*bis* c.p., che certamente non era stato pensato fondamentalmente per combattere la criminalità economica, viene usato anche per tale scopo.

Al riguardo l'attenzione si è focalizzata sul processo che si è svolto in questi ultimi anni a Roma sul fenomeno denominato "Mafia Capitale". In tale processo si è evidenziato un aspro contrasto tra accusa e difesa, diffuso anche all'interno dell'opinione pubblica e dei *media*, sull'uso dell'art. 416-*bis* c.p. per colpire questo fenomeno criminoso di natura associativa che ha interessato la capitale d'Italia. La chiave di volta, che ha consentito di formulare l'imputazione attraverso l'art. 416-*bis* c.p., è la stessa descrizione dell'illecito contenuto in tale articolo. Esso stabilisce infatti che si ha associazione di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della conseguente condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, non solo per commettere delitti, ma anche con l'obiettivo di acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti e servizi pubblici.

Quindi il cosiddetto "metodo mafioso" può servire anche ad acquisire il controllo o la gestione di attività economiche. Ed è questa la contestazione nei processi di "Mafia Capitale": un gruppo di persone che si è associato per ottenere la gestione o il controllo di attività economiche, appalti e servizi pubblici utilizzando il metodo mafioso. E pertanto, fatti che attengono alla gestione economica di risorse pubbliche possono diventare perseguibili attraverso l'art. 416-*bis* c.p.¹¹².

Il diritto penale dell'economia va sempre più a collegarsi con la criminalità organizzata: oggi tra mafia e corruzione esiste un intreccio inestricabile, perché possono essere mafiosi quelli che corrompono; soggetti che sono dunque *intranei* al sistema della corruzione. Se vogliamo combattere davvero la mafia, dobbiamo combattere anche la corruzione¹¹³.

¹¹² Cfr. G. Pignatone-M. Prestipino, *Modelli criminali*, Laterza, 2019, p. 109 ss.

¹¹³ Cfr. per una ampia analisi G. Amarelli, *La contiguità politico-mafiosa*, Dike, 2017, p. 33 ss.

Il legislatore negli ultimi tempi si sta occupando di questo stretto intreccio tra mafia ed economia, tanto è vero che, con l'introduzione dei reati ambientali all'interno del codice penale a seguito della riforma del 2015, ha inserito un'apposita circostanza aggravante per l'associazione mafiosa. L'art. 452-*octies* c.p. aggrava così la pena prevista per l'art. 416-*bis* c.p. quando l'associazione mafiosa è diretta in via esclusiva o concorrente allo scopo di commettere taluni dei delitti previsti in materia di ambiente ovvero all'acquisizione della gestione o comunque del controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti o di servizi pubblici in materia ambientale. Si tratta delle c.d. "ecomafie", cioè quei casi in cui l'associazione mafiosa mira al controllo o alla gestione in materia di ambiente.

Proprio il caso del processo a "Mafia Capitale" ha rivelato quanto sia attuale questo intreccio e come il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. sia un reato che possa essere interpretato sempre di più nell'ottica della lotta alla corruzione. In effetti il metodo mafioso, che è il cuore della norma, è stato scritto dal legislatore in modo che si faccia leva non solo sulla finalità delittuosa, ma anche al controllo e alla gestione delle attività economiche, concessioni, appalti e servizi pubblici.

Su "Mafia Capitale" abbiamo avuto in un primo momento alcune pronunce della Corte di cassazione in fase cautelare, poi nel 2017 la decisione di primo grado riformata da quella di appello e infine la sentenza della VI sezione della suprema Corte depositata all'inizio del 2020.

Il problema che si è immediatamente posto è quello dell'intreccio tra associazione di stampo mafioso e corruzione, perché – ci si è chiesti – com'è possibile che si contesti l'art. 416-*bis* c.p. e la corruzione insieme, che invece sembrerebbero, dal punto di vista logico, due reati in contrapposizione, dato che nell'art. 416-*bis* c.p. il metodo mafioso viene individuato nella forza di intimidazione-assogettamento-omertà, mentre la corruzione è un classico reato in cui c'è un accordo stipulato in condizioni di parità tra le parti? Se in quelle persone la forza di intimidazione del sodalizio mafioso ha generato assogettamento, omertà, paura, come si può a queste persone – interne alla pubblica amministrazione – contestare che si sono accordate con i componenti dell'associazione mafiosa? Dunque si pone il tema della incompatibilità logica tra associazione di stampo mafioso e corruzione¹¹⁴.

La Cassazione, in sede cautelare, ha invece escluso tale incompatibilità: «premesse che la connotazione tipica dell'associazione *ex* 416-*bis* c.p. va ricercata nella metodologia di tipo mafioso, cioè nell'intenzionalità di usare la forza intimidatrice e ciò che da essa direttamente o indirettamente ne consegue [...] nel caso in esame l'ordinanza cautelare impugnata ha centrato il suo argomen-

¹¹⁴ Cfr. A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di "Mafia Capitale": tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 131 ss.

tare sulla progressiva evoluzione di un gruppo di potere criminale che si è insediato nei gangli dell'amministrazione della Capitale d'Italia, cementando le sue diverse componenti di origine (criminali di strada, pubblici funzionari, imprenditori e soggetti esterni all'amministrazione), sostituendosi agli organi istituzionali nella preparazione e nell'assunzione delle scelte proprie dell'azione amministrativa, e soprattutto mostrando di potersi avvalere di una carica intimidatoria decisamente orientata al condizionamento della libertà di iniziativa dei soggetti imprenditoriali concorrenti nelle gare pubbliche, al fine di controllare gli esiti delle relative procedure, ancor prima di gestire gli stessi meccanismi di funzionamento degli interi settori di attività pubblica. Entro tale prospettiva il sistematico ricorso ad intese corruttive ha rappresentato una forma privilegiata di manifestazione delle capacità operative del sodalizio, perché il disvalore del fatto corruttivo è intimamente legato a un atto di scambio tra il pubblico agente e l'*extraneus*, la cui natura è destinata a generare la progressiva stabilizzazione di un rapporto continuativo tendenzialmente volto alla sistematica pretermissione delle legittime aspettative del terzo escluso [...]. Al fine di realizzare tali obiettivi, la forza intimidatrice del vincolo associativo non ha agito direttamente sui pubblici amministratori per condizionarne le scelte, ma se ne è servita aggregandoli al proprio apparato organizzativo per la diretta realizzazione dei suoi illeciti interessi, ovvero inducendoli a favorire il gruppo attraverso accordi di tipo corruttivo-collusivo che hanno deformato l'intero funzionamento dell'amministrazione capitolina: in tal modo si è esaltata la capacità di pressione intimidatoria del sodalizio, la cui direzione è stata orientata nei confronti di tutti coloro che avrebbero potuto avvantaggiarsi dei provvedimenti amministrativi e dei contratti della pubblica amministrazione, scoraggiandone la concorrenza e inducendoli a lasciare il campo quando erano in giuoco interessi delle imprese utilizzate dall'associazione»¹¹⁵.

La Cassazione ha concluso riconoscendo, in sede cautelare, il carattere mafioso della struttura organizzata nella città di Roma che, avvalendosi della capacità intimidatoria acquisita nel tempo e già collaudata in altri settori "tradizionali", esercitava attraverso l'uso di prevaricazioni, di una sistematica attività corruttiva e di contiguità politiche ed elettorali, condizionamenti diffusi nell'assegnazione degli appalti, nel rilascio di concessioni e nel controllo di settori di attività di enti pubblici, determinando in tal modo un sostanziale annullamento della concorrenza ovvero di nuove iniziative da parte chi non aderiva o non era contiguo al sodalizio¹¹⁶.

¹¹⁵ Cass., sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24535, in *Cass. pen.*, 2016, p. 87 ss., con nota critica di A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di "Mafia Capitale"*, cit. Per un commento positivo, cfr. G. Pignatone, *La fine di un'epoca*, Introduzione a S. Palazzolo-S. Prestipino, *Il codice Provenzano*, Laterza, 2017, in www.penalecontemporaneo.it, 20 luglio 2017, p. 12 ss.

¹¹⁶ Cass., sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24535, cit. In senso conforme, Cass., sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24536, in *Cass. pen.*, 2016, p. 112 ss.

Il sistematico ricorso alle intese corruttive, dunque, andrebbe inteso come forma privilegiata attraverso la quale il sodalizio ha operato e che ha avuto, come conseguenza, l'effetto di tradire l'aspettativa dei cittadini in merito al principio di trasparenza della pubblica amministrazione¹¹⁷.

Ora, la forza intimidatrice del vincolo associativo non è servita per far sì che gli amministratori pubblici realizzassero gli obiettivi dell'associazione criminale, ma tali amministratori sono stati aggregati nell'apparato amministrativo e sono stati impiegati per la diretta realizzazione degli obiettivi del sodalizio, che poi hanno portato a escludere tutte le persone che volevano partecipare alle gare e a far vincere le gare agli imprenditori vicini all'organizzazione mafiosa. Né l'art. 416-*bis* c.p. né il concorso esterno nell'art. 416-*bis* c.p. vengono contestati a tutti gli amministratori, peraltro; il metodo intimidatorio ha avuto ripercussioni sostanzialmente su quegli imprenditori che non hanno potuto partecipare alle gare (realizzando una *conventio ad excludendum*). Si tende perciò a distinguere situazioni che sono gestite dall'associazione da altre situazioni dove l'associazione entra in contatto con ulteriori persone e viene commesso il reato-fine di corruzione.

La sentenza di primo grado del caso "Mafia Capitale" ha stabilito, invece, che nei fatti accertati non sia configurabile il reato di associazione mafiosa; in mancanza della caratteristica specifica di tale modello associativo costituita dal "metodo mafioso", attraverso cui l'associazione si manifesta concretamente. Il metodo mafioso si connota dal lato attivo per l'utilizzazione, da parte degli associati, della carica intimidatrice nascente dal vincolo associativo (che può esplicarsi sia sfruttando l'aura di intimidazione già conseguita dal sodalizio, sia anche attraverso nuovi atti di minaccia o violenza); e, dal lato passivo, per la situazione di assoggettamento e omertà che da tale forza intimidatrice si sprigiona verso l'esterno dell'associazione, nei confronti cioè dei soggetti nei riguardi dei quali si dirige l'attività delittuosa¹¹⁸.

Anzitutto, si è ritenuta accertata l'esistenza di due diverse associazioni criminali (art. 416 c.p.), ciascuna priva dei caratteri di mafiosità (autonoma o derivata): i) l'aggregazione criminale di più soggetti per la commissione di un numero indeterminato di reati nel settore dell'usura e del recupero crediti mediante attività estorsive; ii) l'associazione criminosa volta al conseguimento di appalti pubblici mediante corruzione e turbative d'asta. Il tribunale di Roma

¹¹⁷ T. Guerini, *La prova del metodo mafioso. Il paradigma di Mafia Capitale*, Scheda in occasione del ciclo di seminari "Lavori in corso", Bologna, 21 febbraio 2018.

¹¹⁸ Trib. Pen. Roma, 20 luglio 2017, n. 11730/2017, in *Cass. pen.*, 2018, fasc. 4, con nota di G. Candore. In proposito, cfr. G. Amarelli, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, in *Giur. it.*, 2018, fasc. 4, p. 956 ss. E più in generale l'ampia analisi di P. Pomanti, *Le metamorfosi delle associazioni di tipo mafioso e la legalità penale*, IUS Pisa University Press, 2018.

ha reputato in pratica che i due mondi – quello del recupero crediti e quello degli appalti pubblici – siano nati separatamente e separati siano rimasti, quanto a condotte poste in essere e consapevolezza soggettiva dell'agire comune.

In particolare, il giudice di merito non ha individuato, per i due gruppi criminali, alcuna mafiosità “derivata” da altre, precedenti o concomitanti formazioni criminose (quali ad esempio la “banda della Magliana” oppure i “Nuclei armati rivoluzionari”). E pertanto si è asserita l'impossibilità di tener conto – ai fini della configurazione del reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. – di eventuali condotte qualificabili come “riserva di violenza” (l'associazione sfrutta la “fama criminale” già conseguita senza compiere ulteriori atti di violenza e di minaccia, e riservandone l'uso ai casi in cui ciò si riveli indispensabile); condotte che possono quindi riguardare soltanto le mafie “derivate”, le uniche in grado di beneficiare della intimidazione già praticata dalla struttura di derivazione.

Né – per il tribunale di Roma – le due associazioni criminose sono caratterizzate da una “autonoma” mafiosità. Quanto infatti alla associazione dedita all'usura e al recupero crediti, non v'è dubbio che le azioni di riscossione dei crediti insoluti furono praticate con metodi intimidatori e violenti, provocando nelle vittime uno stato di grave preoccupazione e timore. Gli atti tuttavia non furono tali da determinare “nella collettività” un perdurante stato di timore grave, così noto e diffuso da produrre, con l'esplicarsi della forza intimidatrice dell'associazione e a prescindere dalle singole vicende, una generalizzata situazione di assoggettamento ed omertà nel contesto territoriale (né sull'intero territorio urbano e neanche nel quartiere dove il gruppo operava).

Riguardo poi alla associazione criminosa finalizzata alla commissione di una serie indeterminata di delitti in materia di corruzione e turbativa d'asta, si è ritenuto di escludere che tale associazione sia una derivazione dell'altro nucleo associativo dedito alla attività di recupero credito e usura, che sarebbe confluito in sostanza in quello proiettato verso il conseguimento illecito di appalti pubblici e alla corruzione. Non accogliendo così la tesi accusatoria che sosteneva l'esistenza di un *unicum* criminale che, cementando le sue diverse componenti (criminali di strada, imprenditori, pubblici funzionari corrotti) giunge ad avvalersi di una carica intimidatoria condizionante da un lato, la legalità dell'agire amministrativo e, dall'altro, la libertà di iniziativa dei soggetti imprenditoriali concorrenti nella gare pubbliche, e ciò al fine di controllare e orientare in proprio esclusivo favore gli esiti delle relative procedure.

E si è decisamente esclusa la mafiosità del gruppo dedito al conseguimento illecito di appalti pubblici mediante intese corruttive. Infatti, per il tribunale di Roma, ai fini della integrazione del reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. è necessario l'impiego del “metodo mafioso” inteso come esercizio da parte degli associati della forza della intimidazione nascente dal vincolo associativo che genera assoggettamento e omertà. E dunque il reato *de quo* non si configura quando il risultato illecito sia conseguito con il ricorso sistematico alla corruzione, anche

se inserita nel contesto di cordate politico-affaristiche e anche ove queste si rivelino particolarmente pericolose perché capaci di infiltrazioni stabili nella sfera politico-economica.

Il tribunale di Roma, sulla scorta di tali considerazioni, ha esaminato anche il tema molto valorizzato dalle sentenze della Corte di cassazione in fase cautelare, ovvero il rapporto della ritenuta associazione mafiosa con le altre realtà imprenditoriali, che sarebbero state pesantemente intimidite e private della possibilità di libera partecipazione alle gare pubbliche. Nella prospettazione accusatoria gli effetti della forza intimidatrice immanente al vincolo associativo sarebbero stati orientati non tanto a determinare il condizionamento delle attività svolte dai pubblici funzionari corrotti, quanto invece a creare e a mantenere all'esterno una *conventio ad excludendum*, volta a impedire ogni possibile e libera partecipazione alle gare pubbliche da parte di imprese che non intendevano conformarsi al sistema delle regole imposte dalla organizzazione criminale, con la violazione così della libertà di iniziativa economica e di concorrenza sui mercati.

Tuttavia, secondo il tribunale di Roma, le emergenze dibattimentali hanno svelato una realtà diversa. I fatti accertati denotano invero non già una *conventio ad excludendum* imposta grazie alla costituzione di una associazione mafiosa, ma l'esistenza di un diffuso sistema di assegnazione delle gare pubbliche secondo criteri di spartizione politica, realizzati attraverso il sistematico ricorso a gare truccate destinate a garantire la spartizione; e in tale sistema i sodali dell'associazione criminosa si inserivano al pari degli altri imprenditori operanti nel settore. Le vicende accertate dimostrano quindi che si è trattato di accordi spartitori tra imprenditori, con il consenso e la collaborazione della politica, e non di condizionamento mafioso in danno solo di alcuni imprenditori. Tali imprenditori assumono perciò la qualifica di veri e propri partecipi della semplice associazione per delinquere (art. 416 c.p.) volta al conseguimento illecito di appalti pubblici¹¹⁹.

La sentenza di appello, pur condividendo in larga parte la ricostruzione operata dal giudice di primo grado, ne ha ribaltato le conclusioni quanto al punto di diritto più controverso, ossia il carattere mafioso del sodalizio criminoso riconducibile a Buzzi e Carminati¹²⁰.

Per i giudici di appello la conclusione del tribunale secondo cui mancherebbero l'elemento oggettivo e soggettivo di un'unica associazione non ha alcun fondamento, perché è provata la costituzione di un unico sodalizio destinato tra l'altro alla commissione di un numero indeterminato di reati, integrato dalla comune volontà di associarsi per contribuire a realizzare il programma dell'associazione.

¹¹⁹ Trib. Pen. Roma, 20 luglio 2017, n. 11730/2017, cit.

¹²⁰ App. Roma, sez. III, 11 settembre 2018 (dep. 10 dicembre 2018), n. 10010, in *Cass. pen.*, 2019, p. 1950, con osservazioni di G. Candore.

I gruppi di Buzzi e Carminati si fusero (almeno dal 2012) in un'unica associazione finalizzata alla commissione di più delitti con una struttura diversa rispetto ai due gruppi che vi confluirono. Nell'associazione Buzzi conferì l'organizzazione delle cooperative e il collaudato sistema di corrutela; Carminati conferì, oltre ai contatti con ambienti della "destra" che venivano dal suo passato, la sua forza di intimidazione.

Dunque, un'unica organizzazione con una unità di azione, due capi e due rami diversi di attività perché Carminati, oltre a mantenere l'attività di recupero crediti e usura, aggiunse un nuovo campo di attività quello imprenditoriale del settore degli appalti pubblici.

Inoltre, secondo la Corte di appello capitolina, ha errato il tribunale nel ritenere che il gruppo delle cooperative di Buzzi abbia continuato a dedicarsi agli appalti pubblici e a commettere delitti di turbativa d'asta utilizzando soltanto i suoi precedenti metodi corruttivi senza fare ricorso a metodi intimidatori. L'associazione di fondò infatti sulla forza intimidatrice non solo di Carminati, che era persona violenta, ma anche di Buzzi il quale alla corruzione sistematica aggiungeva capacità di intimidazione. Invero la corruzione si concilia con l'intimidazione.

L'associazione in definitiva si avvaleva di metodi intimidatori e la sua strategia era percepibile da parte degli imprenditori concorrenti, i quali avevano consapevolezza che essa promanava da un'organizzazione criminale. Gli imprenditori concorrenti furono costretti a recedere dalle gare pur di non essere ostacolati o addirittura eliminati dalla possibilità di avere affari futuri, accettando così di non partecipare a gare a cui avrebbero voluto partecipare. I rappresentanti delle società concorrenti furono quindi costretti a rassegnarsi alle prevaricazioni dell'associazione e a trascurare i loro legittimi interessi. Sono queste prevaricazioni – per la Corte di appello –, che vanno al di là degli accordi spartitori pure esistenti, a porre Buzzi e Carminati su un piano che non è più di parità rispetto agli altri imprenditori, e a connotare di mafiosità l'associazione.

Ad avviso della Corte di appello, per la qualificazione giuridica *ex art. 416-bis c.p.* non è necessaria una generalizzata situazione di assoggettamento e di omertà. Erroneamente ritenendo questa necessità, il tribunale, pur ammettendo che gli atti di intimidazione degli associati provocarono nelle persone coartate gravi preoccupazioni e timori, non li configurò come manifestazioni di metodo mafioso. Invece la connotazione tipica dell'associazione mafiosa è manifestata dall'intenzione di usare la forza intimidatrice, mentre l'assoggettamento e l'omertà sono le conseguenze prevedibili dell'uso della forza intimidatrice.

Ciò che conta è che il timore suscitato dall'associazione risulti di per sé idoneo a creare un clima di assoggettamento e di omertà, condizioni che possono essere determinate per un imprenditore dal timore di mettere a rischio la possibilità di continuare a lavorare e di dover far cessare la propria impresa. Tale

forza intimidatrice è stata acquisita dell'associazione di Buzzi e Carminati che con la creazione di una struttura organizzativa, con una sistematica attività corruttiva e con una capacità prevaricatrice si è infiltrata all'interno dell'amministrazione comunale per asservire funzioni pubbliche alle esigenze del sodalizio, per indurre i funzionari a favorire l'associazione con accordi di tipo corruttivo-collusivo e per fare pressioni intimidatorie nei confronti di imprenditori di cui scoraggiava la concorrenza.

In conclusione – per i giudici di appello – una associazione di tipo mafioso con a capo Buzzi e Carminati ha operato a Roma fino al dicembre del 2014. Questa struttura organizzativa è stata creata a seguito della fusione dei gruppi di Carminati e di Buzzi, che ha provocato l'espansione dell'attività della nuova associazione dai settori dell'usura e dell'estorsione al versante economico-imprenditoriale e a quello della pubblica amministrazione. Invero, con l'associazione costituita da Carminati e Buzzi la capacità di intimidazione fu impiegata nei settori dell'estorsione, dell'usura e del recupero crediti e trasfusa nel mondo imprenditoriale e della pubblica amministrazione per gestire e controllare, con attività corruttive e con l'uso di prevaricazioni, attività economiche nei settori che interessavano le cooperative e per condizionare le assegnazioni di appalti, annullando sostanzialmente la concorrenza degli imprenditori che temevano di mettere a rischio le proprie imprese se si fossero contrapposti alla volontà e agli interessi del sodalizio criminoso¹²¹.

Infine, la VI sezione della Corte di cassazione nella pronuncia del 22 ottobre 2019, smentendo la Corte di appello, ha riqualificato i fatti ai sensi dell'art. 416 c.p. (associazione per delinquere), per la ritenuta sussistenza di due associazioni distinte. La suprema Corte ha così annullato la condanna limitatamente al trattamento sanzionatorio per i reati associativi come riqualificati.

¹²¹ App. Roma, sez. III, 11 settembre 2018, cit.