

SP

**SISTEMA
PENALE**

FASCICOLO

1/2021

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dove, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida. Il testo completo del codice etico è consultabile su <https://sistemapenale.it/it/codice-etico>

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2021, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

M. DELLAGIACOMA, <i>Il delitto di scambio elettorale politico-mafioso post 2019: quale pena per il politico e per l'esponente mafioso?</i>	5
F. DALAITI, <i>Cripto-valute e abusivismo finanziario: cripto-analogia o interpretazione estensiva?</i>	37
I. GUERINI, <i>Mandato d'arresto europeo, divieto di consegna e tutela del diritto alla salute: una 'nuova' questione di legittimità costituzionale</i>	71
M.L. MATTHEUDAKIS, <i>Regole cautelari elastiche in ambito stradale e prevedibilità in concreto dell'evento</i>	87
F. ORIANA, <i>Diffamazione e pena detentiva: in attesa del legislatore, dalla Cassazione nuovi spunti sul difficile equilibrio fra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione</i>	99

IL DELITTO DI SCAMBIO ELETTORALE POLITICO-MAFIOSO POST 2019: QUALE PENA PER IL POLITICO E PER L'ESPONENTE MAFIOSO?

di Maria Dellagiacoma

SOMMARIO: 1. Storia della criminalizzazione della contiguità politico-mafiosa. – 1.1. L'originaria formulazione dell'art. 416 *ter* c.p. – 1.2. La riformulazione del 2014. – 1.3. L'intervento del 2017. – 1.4. La L. 43/2019. – 2. Lo scambio elettorale politico mafioso *post* 2019. – 2.1. Il bene giuridico tutelato. – 2.2. I soggetti attivi. – 2.3. La cornice edittale. – 2.4. L'aggravante dell'elezione. – 3. L'associazione di tipo mafioso e il "fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali". – 4. Rapporti fra art. 416 *bis* e 416 *ter*: la punibilità del politico e la punibilità del mafioso. – 4.1. La responsabilità del politico candidato e del politico eletto. – 4.2. La responsabilità del mafioso che promette i voti. – 5. Conclusioni.

Premessa.

La criminalizzazione della contiguità politico-mafiosa è stata oggetto, a partire dal 1992, di numerosi interventi legislativi, caratterizzati nel complesso da vistosi profili di criticità.

Una delle questioni maggiormente problematiche è quella del raccordo fra artt. 416 *bis*, terzo comma, c.p. – nella parte in cui incrimina le associazioni mafiose che si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali – e l'art. 416 *ter* c.p. – che punisce la promessa di procurare voti da parte di soggetti appartenenti alle associazioni mafiose o tramite metodo mafioso in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di qualunque altra utilità o in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa.

Nella presente trattazione si analizzerà nello specifico a che titolo debbano rispondere il politico e il mafioso che, promettendosi reciprocamente voti in cambio di denaro o favori di altra natura, pongono in essere condotte che integrano sia i presupposti dello scambio elettorale politico mafioso, sia quelli del concorso esterno o della partecipazione in associazione mafiosa. In particolare, si individuerà il trattamento sanzionatorio riservato ai due contraenti, alla luce delle recenti riforme che hanno interessato l'art. 416 *ter*.

La disciplina originaria distingueva infatti fra la figura del candidato e quella dell'esponente mafioso, affidando all'art. 416 *ter* la comminatoria penale a carico di chi si presentasse alle elezioni offrendo denaro in cambio di voti e lasciando invece all'art.

416 *bis*, terzo comma, c.p. la punizione dell'esponente del sodalizio criminoso che avvalendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo impedisca od ostacoli "il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali".

In seguito, la riforma del 2014 – pur lasciando inalterato il dettato dell'art. 416 *bis*, terzo comma, c.p. – ha previsto espressamente la punibilità anche dell'esponente mafioso ai sensi dell'art. 416 *ter* c.p., oltre ad aver esteso l'oggetto della controprestazione ad "altre utilità", anticipato il momento consumativo del reato, inserito il "metodo mafioso" come requisito modale dell'accordo e ridotto la cornice edittale.

Infine, la più recente riforma del 2019, senza modificare il novero dei soggetti attivi dei due delitti, ha riprodotto l'originaria equiparazione della cornice sanzionatoria tra reato di associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso, determinando significativi problemi di individuazione della fattispecie entro cui sussumere la condotta di ciascuna delle parti del sinallagma illecito.

1. Storia della criminalizzazione della contiguità politico-mafiosa.

L'inasprimento della criminalizzazione della contiguità politico-mafiosa è storicamente da ricondurre alle iniziative 'emergenziali' del legislatore all'indomani delle stragi di Capaci e via d'Amelio. È infatti all'indomani delle tragiche vicende del 1992 che furono introdotte – rispettivamente con gli artt. 11 *bis* e 11 *ter* del d.l. 8 giugno 1992 n. 306¹ – la fattispecie di "scambio elettorale politico – mafioso", da un lato e la finalità di "impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali", fra quelle tipicamente perseguite dall'associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416 *bis* c.p., dall'altro.

Obiettivo precipuo di tali interventi legislativi era quello di scongiurare l'instaurazione di rapporti 'sinallagmatici' fra crimine organizzato e politica. La capacità di delle cosche mafiose stringere rapporti "con la politica a disparati livelli – locali, regionali e nazionali – e in diversi momenti – istituzionali ed elettorali"² era ben nota a sociologi, criminologi e studiosi del diritto ben prima delle grandi stragi di mafia³. Lungi dall'essere un aspetto meramente eventuale della vita delle organizzazioni mafiose, il legame con la politica è da sempre elemento essenziale delle attività e dell'esistenza

¹ "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa", conv. con mod. in l. 7 agosto 1992, n. 356

² G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*. 2017, op. cit.

³ Sull'inadeguatezza della riforma si vedano, *ex multis*, G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017; G. FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in G. Fiandaca – C. Visconti (a cura di) *Scenari di mafia*, Torino, 2010; A. CAVALIÈRE, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, in *I delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, in *Trattato di diritto penale*, Napoli, 2006; M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso: deficit di coraggio o questione irrisolvibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 878 ss.; G. FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, pt. V, 127 ss.; C.F. GROSSO, *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1993.

stessa delle cosche⁴. Ciò nonostante, prima del 1992, le sanzioni previste in materia non risultavano efficaci nel contrasto del fenomeno in questione⁵.

Per questa ragione – anche sull’onda emergenziale delle stragi di quel periodo – il legislatore ha riformato la materia, incriminando lo scambio elettorale tra appartenente al clan mafioso e candidato alle elezioni avente ad oggetto voti in cambio di erogazione di denaro.

Già all’indomani dell’approvazione della riforma, tuttavia, una parte della dottrina⁶ ha avanzato significative riserve sull’efficacia dell’art. 416 *ter* come strumento di lotta alla contiguità politico-mafiosa e, insieme alla giurisprudenza, si è adoperata in una chirurgica opera di interpretazione.

1.1. L’originaria formulazione dell’art. 416 *ter* c.p.

Sin dall’entrata in vigore, le principali critiche si sono concentrate sulla formulazione letterale dell’art. 416 *ter* c.p.: “La pena stabilita dal primo comma dell’art. 416 *bis* si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416 *bis* in cambio della erogazione del denaro”.

La dottrina sottolineò, in particolare, numerose inadeguatezze rispetto all’obiettivo che la riforma mirava a perseguire⁷.

Fra queste, in primo luogo, ha suscitato ampie perplessità la scelta di limitare l’ambito di operatività della norma alla sola controprestazione in denaro. L’illecito prevedeva infatti un accordo sinallagmatico in cui un soggetto appartenente al clan prometteva voti al candidato in cambio dell’erogazione di denaro. Rimanevano estranei

⁴ Queste ultime, tuttavia, come fa notare AMARELLI, *op. cit.*, non esauriscono la complessità del fenomeno mafioso. In argomento, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 389, osserva che “la proiezione verso l’esterno delle associazioni mafiose costituisce una pratica iscritta nel loro codice genetico, al pari dell’agire intimidatorio, dell’uso della violenza o della segretezza”.

⁵ Il perseguimento di un guadagno in conseguenza del mercimonio di voti trovava una sanzione nell’art. 416 *bis* (nella formulazione precedente al 1992). Tale attività era punibile quale forma di perseguimento di “profitti o vantaggi ingiusti”, “costituenti la preesistente formula di chiusura al terzo comma dell’art. 416 *bis* c.p”. Inoltre, lo scambio denaro-voti trovava già della riforma espressa sanzione (sebbene solo con riferimento alle elezioni amministrative) nel reato di corruzione elettorale di cui all’art. 96 d.P.R. n. 361/1971, che con riferimento alle elezioni amministrative sanziona la promessa di voto ottenuta mediante erogazione di denaro. Sul punto, si veda M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*

⁶ M. RONCO, *L’art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in B. Romano – G. Tinebra (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, 61 ss; A. CAVALIERE, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, 2006, *op. cit.*; V. MAIELLO, *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico-mafioso*, in *Studium iuris*, 2015; M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*

⁷ G. DE FRANCESCO, *Commento agli artt. 11 bis e 11 ter del d.l. 08-06.1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, 122 ss.; G. FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso*, 1996, *op. cit.*; M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*; A. CAVALIERE, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, 2006, *op. cit.*; M. PELISSERO, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, vol. IV del *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino 2010, 301 ss.; A. BARAZZETTA, *Sub art. 416-ter*, in E. Dolcini-G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, 1754 ss.

all'area del penalmente rilevante tutti i patti in cui oggetto dello scambio fossero favori diversi. Tale opzione impediva evidentemente un'efficace punizione del fenomeno, dal momento che nella quasi totalità dei casi il prezzo dello scambio non era costituito tanto dall'erogazione di denaro, ma da vantaggi di tipo diverso, quali corsie preferenziali nella concessione di appalti, assunzione di lavoratori, emanazione di provvedimenti favorevoli, ecc.⁸

In secondo luogo, il momento consumativo del reato è stato individuato nell'erogazione del denaro e non nell'antecedente momento della promessa; con ciò trascurando di considerare che la condotta repressa dalla norma determina un'offesa penalmente rilevante ben prima dell'erogazione del denaro, soprattutto tenendo conto del dato di realtà – già allora assodato – secondo cui il politico è solito sdebitarsi pagando il “prezzo” pattuito solo dopo l'esito dell'elezione.

Infine, la fattispecie è stata concepita come un reato necessariamente plurisoggettivo improprio, in cui solo il politico (e non anche il promittente dei voti) veniva punito, pur essendo il delitto in questione un reato-contratto a prestazioni sinallagmatiche corrispettive avente causa illecita⁹. Quest'ultimo aspetto era solo apparentemente meno problematico rispetto a quelli appena elencati.

Lungi dall'essere frutto di “ignavia” legislativa¹⁰, la scelta di non far corrispondere alla struttura bilaterale della fattispecie una duplice responsabilità penale espressa si prestava a due interpretazioni.

Secondo una prima tesi, il delitto di voto di scambio introdotto nel 1992 sarebbe stato solo apparentemente un reato plurisoggettivo improprio¹¹. Benché l'art. 416 *ter*

⁸ Unanimemente in dottrina: G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017; G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?*, in *Penale contemporaneo riv. trim.* 2/2014; M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*; P. INSOLERA, [Art. 416 *ter* c.p. scambio elettorale politico mafioso: storia di una fattispecie senza pace](#), in *Dir. pen. cont.*, 2019. In maniera assai incisiva G. FIANDACA, *Scambio elettorale politico-mafioso: un reato dal destino legislativo e giurisprudenziale avverso?*, in *Foro it.*, 2015, II, 522, parla di “forme di scambio, che un'esperienza storicamente risalente ha rivelato essere le più tipiche ed esemplificative della logica reciprocamente favoritistica sottostante al rapporto mafia-politica” e, proseguendo, ritiene “impensabile che il legislatore del 1992 ignorasse del tutto la storia e la sociologia, questa scelta legislativa di indicare nella sola dazione di denaro la controprestazione del candidato non può che spiegarsi — appunto — con quella sopravvenuta mancanza di coraggio indotta dalla diffusa preoccupazione di una possibile criminalizzazione a tappeto: essendo statisticamente molto meno frequente, anzi rara l'evenienza che l'appoggio elettorale mafioso venisse dal politico contraccambiato con somme di denaro”.

⁹ Sul punto, G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio*, 2014, *op. cit.*; nonché G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*

¹⁰ Il termine è di E. Cottu, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale politico-mafioso, tra istanze repressive ed equilibrio sistematico*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 7, nota 15.

¹¹ Illustrata da G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*. Sul punto si veda G. FIANDACA, *Scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*, “È infatti da tener presente che l'art. 416 bis, 3° comma, c.p. tra gli obiettivi programmatici dell'associazione di tipo mafioso inserisce anche quello di «impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali». Ne deriva, allora, che l'eventuale attivarsi in vista del procacciamento di voti con metodo mafioso rientra già nell'alveo delle funzioni tipiche dell'associato di mafia e per il cui espletamento quest'ultimo viene, in quanto tale, già rigorosamente sanzionato in base alla stessa fattispecie associativa”.

prevedesse espressamente una sanzione per il solo politico, anche il contraente mafioso veniva a ben vedere assoggettato a pena, *id est* quella prevista dall'art. 416 *bis* c.p. Quest'ultima norma, invero, dal 1992 prevede fra gli scopi tipici dell'associazione di tipo mafioso anche quello di "impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali". Tramite la previsione incriminatrice in discorso, dunque, anche il mafioso era rimproverabile per aver stipulato un accordo avente ad oggetto lo scambio voti-favore. Secondo i sostenitori di questa interpretazione, in definitiva, tra gli artt. 416 *ter* e 416 *bis*, terzo comma, si sarebbe configurato un rapporto di complementarietà e la funzione dell'art. 416 *ter* era quello di estendere in sostanza la punibilità per il medesimo titolo di reato (la partecipazione ad associazione mafiosa) al soggetto non affiliato e candidato¹². Nell'ambito di questo indirizzo, un'isolata pronuncia della Corte di Cassazione si spinse persino ad affermare il concorso necessario nel delitto di cui all'art. 416 *ter* c.p. del "soggetto che, in cambio della erogazione di denaro [...] prometta ad altri, in occasione di consultazioni elettorali, di procurare voti in suo favore, attraverso la forza di intimidazione del vincolo associativo tipico delle organizzazioni a delinquere di stampo mafioso"¹³.

¹² Mentre, la condotta del promittente dei voti a nome dell'associazione veniva ricondotta all'art. 416 *bis*, nella forma della partecipazione o del concorso esterno (in quest'ultimo caso a condizione che fosse dimostrata l'intraneità del soggetto al sodalizio criminoso o l'apporto causale conferito dal concorrente esterno all'associazione (secondo il criterio allora vigente). Sui criteri di accertamento del concorso esterno in associazione mafiosa, come noto, a partire dalle Sezioni Unite Demitry del 1994 si adottò la teoria della concezione causalmente orientata del concorso esterno, secondo cui era sufficiente a integrare un concorso esterno anche una mera disponibilità *ex ante* manifestata a favore del sodalizio criminoso. Successivamente, le Sezioni Unite Carnevale del 2002 affermarono che "assume la qualità di concorrente esterno la persona che, priva di *affectio societatis*, e non essendo inserita nella struttura organizzativa dell'associazione" fornisce un contributo da apprezzarsi come "idoneo in termini di concretezza, specificità e rilevanza a determinare, sotto il profilo causale, la conservazione o il rafforzamento dell'associazione". Solo nel 2005 – con la sentenza Mannino – si definì in modo espresso e perentorio che l'accertamento del contributo del concorrente esterno dovesse essere operato tramite una "verifica probatoria *ex post* dell'efficacia causale e non già una mera valutazione prognostica di idoneità *ex ante*". Sui criteri di accertamento della responsabilità a titolo di concorso esterno e i limiti del criterio causale: G. DE FRANCESCO, *Il delitto di scambio politico-mafioso fra tradizione e innovazione*, in *Leg. Pen.* 2014, fasc. 3, pagg. 219 ss.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, *Foro it.* anno 2006, II, 86; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino 2014, 53 ss., 75 ss., 133 ss., 162 ss.; M. PELISSERO, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, vol. IV del *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino 2010, 301 ss. Presta particolare attenzione ai successivi orientamenti giurisprudenziali G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*

¹³ Cass. Pen., Sez. V, 22 gennaio 2013, (ud. 22 gennaio 2013, dep. 28 maggio 2013), n. 23005. A tali conclusioni la Corte era arrivata premettendo che, poiché l'obiettivo perseguito dal legislatore con le riforme del 1992 era quello "di sottoporre tutte le condotte idonee a compromettere il libero esercizio del diritto di voto poste in essere da associazioni mafiose", ne doveva conseguire che sarebbe stato "del tutto irrazionale (e, quindi, contrario ad una interpretazione dell'art. 416 *ter*, c.p., conforme al principio di ragionevolezza) ritenere che il Legislatore, nel quadro di una maggiore attenzione per i fenomeni di inquinamento del voto da parte delle organizzazioni mafiose [...], concretizzatasi nella emersione di una nuova fattispecie di reato e nella estensione del tradizionale catalogo degli obiettivi cui è teleologicamente orientata l'associazione a

Una diversa tesi¹⁴, invece, ravvisava una profonda differenza strutturale fra i reati di cui all'art. 416 *bis* c.p. e 416 *ter* c.p.: norma che sanziona la condotta partecipativa con finalità di alterazione delle consultazioni elettorali, la prima; disposizione incriminatrice dell'accettazione dei voti da parte di un non affiliato, la seconda. Secondo questo filone interpretativo il legislatore avrebbe deliberatamente scelto di non sottoporre a pena l'altra parte dell'accordo, poiché già punito per la medesima condotta dall'art. 416 *bis*, in ossequio al *ne bis in idem* sostanziale. Sicché l'incriminazione della condotta del promittente non avrebbe potuto essere perseguita nemmeno quale ipotesi concorsuale *ex* artt. 110, 416 *ter*, "non potendo tale parametro essere invocato per travalicare i limiti imposti dalla tassatività della fattispecie", nonché dal divieto di analogia e dalla regola dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Se si fosse optato per questa soluzione, infatti, si sarebbe svilita la funzione politico criminale dei reati plurisoggettivi di ostare alla punibilità a titolo di concorso eventuale del concorrente necessario non assoggettato a pena per le condotte espressamente prese in considerazione dalla norma incriminatrice¹⁵.

Quest'ultima era evidentemente l'interpretazione preferibile della norma, perché più coerente con la *ratio* dell'intervento legislativo del 1992. Come già rilevato, infatti, l'art. 416 *ter* non può considerarsi fattispecie meramente speculare a quella di cui all'art. 416 *bis*. Nella sua formulazione originaria vi si descriveva un fatto diverso rispetto a quello partecipativo al sodalizio mafioso e proprio questa diversità escludeva la possibilità di estendere la sanzione prevista per il politico anche al partecipe dell'associazione. L'assenza di una previsione che stabilisse l'estensibilità delle pene previste dall'art. 416 *ter* c.p. anche al promittente appare quindi frutto di una precisa scelta politico-criminale, che teneva conto del fatto che la condotta del mafioso che scambia voti per favori venisse già sanzionata dall'art. 416 *bis*, terzo comma, c.p.

delinquere di tipo mafioso nella sua definizione normativamente tipizzata, [...] abbia voluto escludere la punibilità, *ex* art. 110 c.p., proprio di chi, agendo nell'interesse del sodalizio mafioso, tale inquinamento rende possibile, con rilevante turbamento dell'ordine pubblico"

¹⁴ M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*; E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, 1 ss.

¹⁵ In questo senso: G. PANEBIANCO, [La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso: un precario equilibrio tra esigenze di tutela e garanzie penali](#), in *Leg. Pen.*, 18 ottobre 2019; E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2014, *op. cit.*; G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio*, 2014, *op. cit.*; nonché G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*;

1.2. La riformulazione del 2014.

Per superare gli elementi di criticità più sopra illustrati e per limitare le forzature interpretative¹⁶ – talvolta significativamente *in malam partem* – della giurisprudenza¹⁷, a ben ventidue anni di distanza dalla prima formulazione, il legislatore è intervenuto sul testo dell'art. 416 *ter* c.p., modificandolo nei seguenti termini: “Chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'art. 416 *bis* in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o altra utilità è punito con la reclusione da 4 a 10 anni. La stessa pena si applica a chi promette di procurare voti con le modalità di cui al primo comma”.

Assai significativi sono gli interventi operati in sede di riforma, sia sul piano della condotta incriminata, sia sul piano della pena comminata.

Muta, in primo luogo, l'oggetto della controprestazione rilevante ai fini della configurazione della fattispecie che si estende alle “altre utilità”, prevedendo così una sanzione penale anche per i casi in cui il politico corrisponda – o, come si vedrà, prometta di corrispondere – all'associazione un vantaggio differente dal denaro. In questo modo si ovvia a uno dei principali difetti dell'originaria formulazione del delitto, che ne frustrava l'efficacia punitiva. Con la riforma del 2014, infatti, il legislatore prende atto

¹⁶ Come ben illustrato da C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 giugno 2013; E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici*, 2013, *op. cit.* e G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio*, 2014, *op. cit.*, l'approvazione del testo ha richiesto “quattrocento giorni di discussione, quattro letture delle Camere, molteplici emendamenti contrastanti e una seduta di lavori parlamentari particolarmente accesa”

¹⁷ Rispetto al primo problema, ossia quello della limitazione al solo denaro come contropartita dei voti, alcune sentenze hanno ritenuto che il delitto in questione si configurasse non solo nel caso in cui l'oggetto del patto fosse costituito dall'erogazione di denaro, ma anche in quelli, molto più frequenti, in cui fosse rappresentato dalla erogazione di altre utilità, purché si trattasse di utilità suscettibili di convertirsi in un valore di scambio immediatamente traducibile in termini economici (ad esempio, mezzi di pagamento diversi dalla moneta, titoli, valori mobiliari, ecc.), restando invece escluse dal contenuto precettivo della norma altre “utilità” che solo in via mediata possono essere oggetto di monetizzazione. Muovendo da questa dilatata lettura del termine “denaro” contenuto nell'art. 416 *ter* c.p., il reato è stato persino ritenuto integrato laddove l'oggetto materiale dell'erogazione era costituito da posti di lavoro (cfr. Cass. Pen., 11 aprile 2012, n. 20924; Cass. Pen., 30 novembre 2011, n. 46922).

Rispetto al secondo problema, ossia quello dei rischi di impunità connessi alla posticipazione del momento consumativo rispetto al momento in cui si verifica un'offesa meritevole di sanzione penale, Altre decisioni avevano ampliato i confini della condotta penalmente rilevante, ritenendo che ai fini dell'integrazione della fattispecie non fosse necessaria la materiale erogazione del denaro, bastando, invece, il semplice accordo (così, ad esempio, Cass. Pen., 2 marzo 2012, n. 32820; Cass. Pen., 13 novembre 2002, n. 4293).

Una parte della giurisprudenza ha risposto cercando di reprimere i fenomeni di contiguità mafia-politica che quella norma non consentiva di perseguire tramite la figura del concorso esterno nel delitto di associazione di tipo mafioso di cui agli artt. 110, 416 *bis* c.p. Ad esempio, in alcune decisioni tra la fine degli anni '90 e i primi anni 2000, la Cassazione era giunta alla conclusione che la mera stipula del patto di scambio (avente ad oggetto anche l'elargizione di favori e non solo dell'erogazione di denaro) potesse configurare una condotta punibile a titolo di concorso esterno ai sensi degli artt. 110, 416 *bis* c.p., arrivando a ritenere punibile a titolo di concorso esterno anche la mera disponibilità *ex ante* offerta dal politico a favore del sodalizio criminoso in caso di eventuale futuro esito positivo della consultazione elettorale. A questa dilatazione dei confini del concorso esterno hanno posto un freno le Sezioni Unite con la nota sentenza Mannino del 2005.

che il più delle volte l'oggetto dello scambio fra politico e mafioso consiste non tanto (o non solo) nell'erogazione di denaro, ma piuttosto nella concessione da parte del politico di utilità quali l'assegnazione di appalti, l'assunzione di lavoratori, l'erogazione di contributi pubblici, il rilascio di concessioni o autorizzazioni 'facilitate'. Si risponde così all'esigenza di effettività della risposta penale al fenomeno del traffico di favori politico-mafioso, conformando la fattispecie astratta alla realtà criminale nelle sue più frequenti manifestazioni concrete¹⁸.

Viene, in secondo luogo, anticipata la soglia della rilevanza penale della condotta al momento dello scambio di promessa e accettazione¹⁹. Con l'anticipazione del momento consumativo, il delitto in questione assume le fattezze del reato di pericolo astratto, introducendo un'espressa deroga al principio dell'irrilevanza dell'accordo criminale inattuato di cui all'art. 115 c.p.²⁰ e ponendo significativi problemi di configurabilità del tentativo²¹. Si tratta, d'altra parte, di un chiaro recepimento dell'interpretazione giurisprudenziale dominante, secondo la quale il termine "erogazione di denaro" contenuto nella precedente formulazione doveva essere interpretato in senso estensivo fino a ricomprendere anche la mera pattuizione di un futuro versamento²².

In terzo luogo, si introduce il metodo mafioso come requisito modale dell'intesa. Il legislatore, infatti, sanziona "la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'art. 416 bis" ossia avvalendosi "della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva". In altri termini, il politico e il "mafioso" devono accordarsi perché il procacciamento dei voti avvenga sfruttando le tipiche modalità di assoggettamento e intimidazione con cui si esprime l'associazione mafiosa nel perseguire la propria attività "istituzionale". Il metodo mafioso, si badi, costituisce solo un requisito modale dell'accordo: ai fini della consumazione del reato è indispensabile che politico ed esponente della cosca stipulino un accordo che abbia ad oggetto il procacciamento dei voti attraverso il metodo mafioso, non è invece necessario che le preferenze elettorali siano state effettivamente ottenute avvalendosi di intimidazione e assoggettamento²³.

Oggetto dell'accertamento giudiziale è, dunque, la circostanza che il politico abbia accettato la promessa del suo interlocutore di procurargli, in cambio di denaro o

¹⁸ C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, 2013, *op. cit.* illustra il travagliato iter parlamentare che ha preceduto la formulazione della norma nei termini qui compendati e propone una riformulazione che faccia specifico riferimento a "denaro, appalti, autorizzazioni, concessioni, finanziamenti pubblici o privati o comunque altro indebito profitto".

¹⁹ Cass. Pen., sez. VI, 20 febbraio 2019, n. 9442; Cass. Pen., sez. VI, 3 giugno 2014, n. 36382; Cass. Pen., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 37374.

²⁰ Per un approfondimento sul punto si rinvia a: E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*; G. DE FRANCESCO, *Il delitto di scambio politico-mafioso fra tradizione e innovazione*, in *Leg. Pen.* 2014, fasc. 3; P. INSOLERA, *Art. 416 ter c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*; E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma*, 2013, *op. cit.*, 3, par. 2.

²¹ P. INSOLERA, *Art. 416 ter c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*

²² *Ex multis*, Cass. Pen., sez. I, 2 marzo 2012, n. 32820.

²³ Ciò emerge chiaramente sin alle prime pronunce della Corte di Cassazione, una fra tutte: Cass. Pen., Sez. VI, 9 settembre 2014, n. 37374.

altre utilità, un certo numero di voti grazie al possibile ricorso, con modi espliciti o anche solo impliciti, alla forza di intimidazione di cui egli gode grazie all'appartenenza ad un sodalizio mafioso radicato nel territorio.

Sul punto la giurisprudenza successiva è intervenuta proponendo un'importante distinzione, basata sulla qualifica del soggetto promittente: se chi promette i voti è un esponente dell'associazione, ai fini della condanna non è necessario che la promessa preveda *expressis verbis* l'uso del metodo mafioso (in questo caso sono proprio la fama criminale dell'interlocutore del politico e la sua possibilità di incidere sul territorio di riferimento coi metodi tipici della mafiosità a renderlo appetibile sul piano elettorale e spingono il candidato a raggiungere l'accordo), mentre se il promittente è un estraneo all'associazione o un membro che agisca come singolo, allora è necessaria l'esplicitazione²⁴. Questa differenza trova una ragione nel fatto che, se il soggetto che promette di procurare dei voti è un membro dell'associazione, è da ritenere quasi *in re ipsa* l'utilizzo dei metodi propri dell'associazione mafiosa, perché ne è esponente e in quanto agisce 'a nome' del sodalizio (quindi con i metodi tipici dello stesso).

All'esito di una attenta e ponderata valutazione del diverso disvalore dei fatti sanzionati dall'art. 416 *ter* rispetto a quelli puniti dall'art. 416 *bis*, è stata, inoltre, ridotta la cornice edittale, eliminando il rinvio *quoad poenam* al reato di associazione mafiosa, contenuto nell'originaria formulazione; sicché si passa da una pena di 7-12 anni di reclusione a una, ben più proporzionata e ragionevole, di 4-10 anni di reclusione²⁵.

Da ultimo – e si tratta di una modifica assai importante ai fini che rilevano in questa sede – si stabilisce l'espressa punibilità di chi promette di procurare i voti con modalità mafiosa, sia esso un esponente della cosca, un estraneo o un appartenente che agisca *uti singulus*.

Prevedendo che entrambe le parti del reato-contratto a prestazioni sinallagmatiche siano sanzionate, il legislatore sembra prendere una posizione netta nel dibattito sulla natura del reato di voto di scambio, quale reato necessariamente plurisoggettivo in senso proprio. La scelta di punire espressamente anche il promittente dei voti, lungi dal risolvere la diatriba sul punto, ha però comportato seri problemi di raccordo fra la fattispecie di cui all'art. 416 *bis* e quella di cui all'art. 416 *ter*. Infatti, l'espressa previsione di una responsabilità dell'appartenente all'associazione mafiosa di cui all'art. 416 *bis* (o del concorrente esterno) anche per il reato previsto ai sensi dell'art. 416 *ter*, e la differenziazione del trattamento sanzionatorio previsto per le due fattispecie, ha reso (e, come si vedrà, rende tuttora) necessario comprendere se fra esse sussista un

²⁴ Si vedano Cass. Pen., Sez. VI, 10 maggio 2015, n. 25302; Cass. Pen., Sez. VI, 10 giugno 2015, n. 31348. Per un approfondimento sul punto, si rinvia a P. INSOLERA, *Art. 416 ter c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*, pagg. 8 ss.

²⁵ Scelta che G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio*, 2014, *op. cit.* definisce coerente con i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della risposta penale, dal momento il concorso esterno di un politico in una consorte mafiosa presenterebbe "una carica lesiva maggiore rispetto al mero patto elettorale, essendo necessario per la configurabilità del primo l'accertamento in termini eziologici di un effettivo rafforzamento dell'organizzazione criminale e per quella del secondo la semplice prova del fatto prodromico, costituito dalla stipula del contratto illecito". Negli stessi termini, E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici*, 2013, *op. cit.*; C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, 2013, *op. cit.*

rapporto di concorso apparente ovvero di cumulo, specialmente nel caso in cui il promittente dei voti sia membro o concorrente esterno dell'associazione mafiosa a nome della quale si impegna.

1.3. *L'intervento del 2017.*

Nel 2017 il legislatore è intervenuto nuovamente sul testo dell'art. 416 *ter*, così riformulandolo: "chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'art. 416 *bis* in cambio dell'erogazione o della promessa di denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei a dodici anni. La stessa pena si applica a chi promette di procurare voti con le modalità di cui al primo comma".

La modifica ha interessato esclusivamente il trattamento sanzionatorio, innalzando il minimo edittale da quattro a sei anni e il massimo da dieci a dodici anni.

L'incremento di pena, più che a reali esigenze di politica criminale, sembra essere una mera risposta alle critiche avanzate da alcune parti politiche all'indomani della riforma del 2014, tacciata di costituire un "favore alla mafia"²⁶. Diversa era stata, invece, la reazione della dottrina, che – come visto poco sopra – aveva salutato con favore la correzione al ribasso della cornice edittale e la differenziazione della pena rispetto a quella prevista per il reato di cui all'art. 416 *bis*²⁷.

1.4. *La L. 43/2019.*

Un significativo mutamento del precetto penale e del trattamento sanzionatorio è, infine, intervenuto per effetto della legge 21 maggio 2019, n. 43 rubricata "modifica all'art. 416 *ter* del codice penale in materia di voto di scambio politico-mafioso"²⁸.

A partire dall'11 giugno 2019, è entrato in vigore il seguente testo: "Chiunque accetta, direttamente o a mezzo di intermediari, la promessa di procurare voti da parte di soggetti appartenenti alle associazioni di cui all'articolo 416 *bis* o mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416 *bis* in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di qualunque altra utilità o in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa è punito con la pena stabilita nel primo comma dell'articolo 416 *bis*. La stessa pena si applica a chi promette, direttamente o a mezzo di intermediari, di procurare voti nei casi di cui al primo comma. Se colui che ha accettato la promessa di voti, a seguito dell'accordo di cui al primo comma, è risultato eletto nella relativa consultazione elettorale, si applica la pena prevista dal primo comma dell'articolo 416 *bis* aumentata della metà. In caso di

²⁶ Cfr. Relazione di presentazione del [d.d.l. S. 510](#) dell'Onorevole Giarrusso.

²⁷ *Ex multis*, G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*

²⁸ Resoconto stenografico seduta del Senato del 23 ottobre 2018, in *parlamento.it*, e Resoconto stenografico seduta della Camera del 25 febbraio 2019, in *parlamento.it*.

condanna per i reati di cui al presente articolo, consegue sempre l'interdizione perpetua dai pubblici uffici"²⁹.

La riforma è stata accolta in modo critico dalla dottrina, che ha da subito definito il nuovo art. 416 *ter* una "norma-manifesto"³⁰ di matrice populista³¹, la cui approvazione sembra essere figlia più della volontà di acquisire un facile consenso elettorale che dell'intenzione di soddisfare reali esigenze di effettività sanzionatoria. Come già si era notato con riferimento alle precedenti formulazioni, anche in questo caso la norma si rivela del tutto inefficace nel contrasto al fenomeno della contiguità politico-mafiosa. Infatti, a fronte di una versione originaria emanata in un contesto emergenziale (e quindi non sufficientemente ponderata in tutti i suoi aspetti) e di successivi interventi di modifica che non hanno affatto risolto i problemi applicativi della norma, il legislatore del 2019 ha perso – ancora una volta – una preziosa occasione per colpire in modo ragionevole e proporzionato l'ormai stretto – e non più solo nascente – legame fra mafia e politica³².

Le modifiche apportate sono molteplici: l'estensione dei soggetti attivi (rispondono penalmente anche gli intermediari del politico o del promittente dei voti); l'ampliamento dell'oggetto della controprestazione a "qualunque altra utilità" e alla "disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa"; il ritorno all'equiparazione *quoad poenam* degli artt. 416 *ter* e 416 *bis* (e relativo aumento della cornice edittale per il voto di scambio dai 6-12 anni di reclusione del 2017 a 10-15 anni attuali); la previsione di una circostanza aggravante speciale a effetto speciale che comporta un aumento di pena della metà nel caso in cui il candidato risulti eletto e, infine, la previsione della pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici in caso di condanna.

2. Lo scambio elettorale politico mafioso *post* 2019.

Ricostruita sin qui l'evoluzione storica del delitto di scambio elettorale politico mafioso, fra i tanti profili autorevolmente esaminati all'indomani della riforma, ci si

²⁹ Per i primi commenti alla riforma si rinvia a: G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale politico-mafioso tra molte ombre e nessuna luce*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9; G. AMARELLI, [La riforma dello scambio elettorale](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2019; A. CISTERNA, *Modifica all'art. 416 ter del codice penale in materia di voto di scambio politico-mafioso (commento alla l. 21 maggio 2019 n. 43)*, in *Guida al dir.*, 2019, fasc. 26, 21; N. COTTONE, [Voto di scambio: con le nuove regole fino a 22 anni e mezzo di carcere per i politici eletti](#), in *ilsole24ore.com*, 22 maggio 2019; P. INSOLERA, *Art. 416 ter c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*; P. MOROSINI, [Inquinamento mafioso della politica e legge penale](#), in *questionegiustizia.it*, 5 giugno 2019; V. MUSACCHIO, A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Il delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, Milano, 2019; G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, 2019, *op. cit.*

³⁰ L'espressione è di A. CISTERNA, *Modifica all'art. 416 ter del codice penale*, 2019, *op. cit.*

³¹ G. AMARELLI, [Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per lo scambio elettorale politico-mafioso](#), in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2017.

³² Criticano l'opportunità dell'intervento di riforma *de quo* G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*; G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, 2019, *op. cit.*

concentrerà in questa sede su ciò che attiene alla responsabilità del promittente dei voti (sia esso partecipe o concorrente esterno in associazione mafiosa) e sui problemi di raccordo tra l'art. 416 *bis* e l'art. 416 *ter*, come riformulato. Occorre, a tal fine, analizzare compiutamente il bene giuridico tutelato dalla norma, i soggetti attivi e i profili sanzionatori.

2.1. Il bene giuridico tutelato.

L'individuazione del bene giuridico tutelato dal reato di scambio elettorale politico mafioso è un'operazione esegetica necessaria per segnare i confini tra il delitto *de quo* e quello di associazione di tipo mafioso.

Nella vigenza della formulazione originaria dell'art. 416 *ter* c.p., gli interpreti divergevano su quale fosse l'oggettività giuridica del reato³³. La tesi più risalente la individuava nell'ordine pubblico inteso in senso materiale (sicurezza e incolumità pubblica delle persone); altri autori invece facevano riferimento al buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, all'eguaglianza nell'accesso alle cariche elettive di cui all'art. 51 Cost.³⁴, al principio di legalità democratica e rappresentativa delle istituzioni politiche, alla libertà morale, politica ed elettorale dei consociati³⁵. Queste ultime interpretazioni avevano l'indubbio merito di valorizzare la specificità della *figura criminis* in questione, superando il mero dato sistematico della collocazione topografica del reato di voto di scambio fra i delitti contro l'ordine pubblico del Titolo V del Libro II della parte speciale del codice.

Le modifiche apportate con la riforma del 2014, prime fra tutte l'anticipazione della tutela al momento dello scambio di promesse fra politico e mafioso e l'estensione dei soggetti attivi del reato, hanno inciso anche sulla portata offensiva del reato. Sicché, i beni di rilevanza costituzionale per la cui tutela è legittimo ricorrere all'incriminazione del mero patto elettorale politico mafioso non si limitano più al solo ordine pubblico. Nella nuova formulazione, il voto di scambio è, dunque, un reato plurioffensivo, che tutela vari interessi, oltre all'ordine pubblico (il quale rimane, secondo l'insegnamento della giurisprudenza costante e della dottrina più autorevole³⁶, il bene tutelato in via

³³ Per approfondimento si rinvia a G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*, cap. III, parr. 3-10

³⁴ G. FORTI, *Art. 416-ter c.p.*, in A. Crespi-F. Stella-G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Cedam, 2008, p. 1107

³⁵ Secondo A. BARAZZETTA, *Sub art. 416-ter*, 2015, *op. cit.* e N. MADIA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, in *Diritto on line*, 2012 il bene giuridico tutelato dovrebbe individuarsi nel principio di libertà democratica e rappresentativa delle istituzioni politiche; altri, fra cui A. CAVALIERE, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, 2006 *op. cit.* ritengono sia la libertà morale delle persone dalle intimidazioni mafiose; Sulla nozione di "ordine pubblico" si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, Vol. I., Bologna, 2012

³⁶ Così, *ex multis*, E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso*, 2006, *op. cit.*; E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici*, 2013, *op. cit.*; C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, 2013, *op. cit.*

immediata). Oggetto di tutela indiretta e strumentale³⁷ sono il principio democratico³⁸, il metodo democratico di partecipazione alla politica nazionale e la libertà di mandato³⁹.

Nulla muta a seguito della riforma intervenuta nel 2019, dal momento le già illustrate modifiche della fattispecie non hanno riguardato in alcun modo la fisionomia dell'oggetto giuridico del reato. Tanto è vero che anche in sede di discussione parlamentare si è ribadito che l'incriminazione del voto di scambio mira a proteggere "l'ordine pubblico, messo in pericolo dal connubio tra mafia e politica, enunciata a livello costituzionale anche degli articoli 48 e 51 della Costituzione, secondo i quali il voto deve essere libero e l'accesso alle cariche elettive deve avvenire in condizioni di effettiva uguaglianza e di correttezza delle consultazioni elettorali"⁴⁰ e il "corretto funzionamento della consultazione elettorale nonché corretto e libero confronto fra i candidati"⁴¹.

2.2. I soggetti attivi.

In continuità con il precedente intervento del 2014, il legislatore del 2019 amplia ulteriormente il novero dei soggetti attivi.

Oltre al politico candidato alle elezioni e all'esponente – in senso lato – dell'associazione mafiosa, si prevede espressamente la responsabilità dei loro intermediari. In più, si specifica che il procacciatore dei voti può essere sia un appartenente alle associazioni di cui all'art. 416 *bis*, sia un soggetto che, pur non appartenendo alla consorte, si impegna a procurare il consenso elettorale mediante le modalità di cui al terzo comma dell'art. 416 *bis*. Sicché, in definitiva, i soggetti attivi del reato possono essere: il candidato, un intermediario del candidato, l'esponente (partecipe o concorrente esterno) dell'associazione mafiosa, un intermediario dell'associazione ovvero un soggetto che agisca *uti singulus* ma impegnandosi a utilizzare il metodo mafioso.

³⁷ Sull'individuazione dell'interesse protetto in via principale dall'art. 416 *ter* c.p. nell'ordine pubblico (e non nell'interesse elettorale tutelato solo indirettamente e strumentalmente al primo) si rinvia a E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*, che cita: Cass., sez. V, 16 marzo 2000, Frasca, in *Foro it.* 2001, II, 80, con nota di P. MOROSINI, *Riflessi penali e processuali del patto di scambio politico-mafioso*; Cass., Sez. I, 25 marzo 2003, Cassata nonché Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2004, P.M. in proc. Falco, in *Cass. pen.* 2005, 1905, con nota di I. FONZO – F. PULEIO, *Lo scambio elettorale politico-mafioso: un delitto fantasma?*

³⁸ Come sostenuto da G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*, un patto che abbia ad oggetto una deviazione del procedimento elettorale dal suo ordinario corso legale attenta alle fondamenta democratiche della Repubblica, dal momento che esso "non solo rappresenta uno strumento capace di falsare l'intera consultazione elettorale [...], ma anche il mezzo in grado, in un secondo momento, di condizionare l'attività del politico eventualmente eletto".

³⁹ L. PRINCIPATO, [Il divieto di mandato imperativo da prerogativa regia a garanzia della sovranità assembleare](#), in [rivistaaic.it](#), e G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*

⁴⁰ In questi termini il senatore Grasso durante la seduta del Senato del 23 ottobre 2018.

⁴¹ Così si è espresso il senatore Vitali durante la seduta del Senato del 23 ottobre 2018.

Sull'utilità di tale specificazione, i primi commentatori si sono divisi fra chi l'ha considerata del tutto pleonastica⁴² e chi, invece, ne ha evidenziato l'opportunità⁴³.

Il riferimento agli intermediari dal lato mafioso è considerato sostanzialmente superfluo da chi ritiene che la responsabilità penale del procacciatore poteva già essere dedotta dalla natura comune del reato di scambio elettorale politico mafioso o, in alternativa, perché allo stesso risultato poteva giungersi per il tramite dell'art. 110 c.p.⁴⁴. Infatti, da un lato, il termine "chiunque" consentiva di affermare che anche gli intermediari potessero essere soggetti attivi del reato, non essendo prevista dalla norma alcuna qualifica o particolare relazione con altre persone. Dall'altro lato, si poteva giungere al medesimo risultato – *id est* incriminare l'intermediario – mediante l'art. 110 c.p.

Al contrario, volendo ipotizzare un'utilità nella modifica del 2019, la nuova formulazione potrebbe consentire di allargare l'ambito applicativo del reato a quei soggetti che operano in contesti – ad esempio nel Nord Italia – in cui la criminalità organizzata opera con modalità meno apertamente intimidatorie, storicamente non ricondotte al metodo mafioso "classico"⁴⁵. E ancora, una parte della dottrina ha affermato⁴⁶ che l'esplicito riferimento alla contrattazione anche indiretta potrebbe consentire di estendere la qualifica di soggetto attivo "anche i committenti dello scambio rimasti come tali estranei alla conclusione dell'accordo, senza l'interposizione della disposizione sul concorso di persone nel reato", oltre che al soggetto che, pur non avendo mai fatto parte di un sodalizio mafioso, assicura al politico il procacciamento di voti con modalità mafiose⁴⁷.

⁴² G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, op. cit.

⁴³ A. CISTERNA, *Modifica all'art. 416 ter del codice penale*, 2019, op. cit., "Un punto di forza della novella è dato dall'aver affiancato all'originario *procurement* dei voti con il metodo mafioso («mediante le modalità di cui al terzo comma»), anche l'ipotesi in cui la promessa sia solo proveniente da «parte di soggetti appartenenti alle associazioni di cui all'articolo 416-bis». La scelta è strategica e punta a evitare che la punizione della condotta di scambio evapori in presenza delle cosiddette mafie silenziose dell'articolo 416-bis per le quali il ricorso al metodo dell'intimidazione e dell'assoggettamento si rende meno evidente e meno sistematico".

⁴⁴ G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, op. cit. sostiene che "l'idea di avvicinare il "chiunque" con cui si designavano entrambi i protagonisti del patto nella vecchia formulazione con la più dettagliata locuzione chiunque "direttamente o a mezzo di intermediari" risulta del tutto superflua, limitandosi ad esplicitare un profilo già pacifico sotto la vigenza dell'altro testo legislativo e non producendo quel dichiarato effetto espansivo dell'area di operatività della fattispecie sbandierato dal legislatore. L'ampiezza della pregressa formula descrittiva del soggetto attivo già consentiva di considerare configurato il delitto in questione nel caso di stipula del patto elettorale politico-mafioso tramite un intermediario, sia come autore ex se del delitto, sia, ancor più facilmente, quale concorrente eventuale ai sensi dell'art. 110 c.p., tanto nelle vesti di ausiliatore unilaterale della condotta sia del promittente che del promissario, quanto in quelle di agevolatore bilaterale". Contra G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale*, 2019, op. cit.

⁴⁵ A. CISTERNA, *Modifica all'art. 416 ter del codice penale*, 2019, op. cit.

⁴⁶ Così G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale*, 2019, op. cit.

⁴⁷ Come auspicato da E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici*, 2013, op. cit.; C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, 2013, op. cit.

Al netto della valutazione sull'opportunità della precisazione circa gli intermediari, il dato certo è l'ambiguità del riferimento all'appartenenza del soggetto alle associazioni di cui all'art. 416 *bis*.

È ragionevole immaginare che con tale espressione non si sia voluta esprimere la necessità di un previo accertamento giudiziale dell'effettiva appartenenza del promittente ad un'associazione mafiosa o persino una condanna definitiva⁴⁸, ma che ci si possa piuttosto "accontentare della più generica nozione di appartenenza elaborata in materia di misure di prevenzione"⁴⁹. La questione avrebbe invero meritato una più accurata riflessione da parte del legislatore, se non altro in sede di discussione parlamentare⁵⁰.

2.3. La cornice edittale.

Come anticipato, uno degli aspetti della riforma che desta maggiori perplessità – soprattutto con riferimento al c.d. lato mafioso – riguarda l'incremento sanzionatorio.

A partire dal 2014, in un crescendo che non risulta coerente con l'immutata portata offensiva della condotta, né con le rimanenti norme incriminatrici in materia di criminalità organizzata, la cornice edittale è stata aumentata in modo significativo. In soli cinque anni il minimo della pena è passato da quattro a sei anni di reclusione e, infine, a dieci anni; mentre il massimo, che nel 2014 era pari a dieci anni di reclusione, è stato innalzato prima a dodici e poi a quindici anni.

La modifica è doppiamente censurabile: per l'inasprimento della risposta sanzionatoria rispetto a un fatto di identica offensività e per la riesumazione dell'antica equiparazione *quoad poenam* fra l'art. 416 *ter* e l'art. 416 *bis* c.p.⁵¹

⁴⁸ Evidenziano il rischio G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.* e A. CISTERNA, *Modifica all'art. 416 *ter* del codice penale*, 2019, *op. cit.*; *Contra* V. MUSACCHIO, A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Il delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*, i quali sostengono che l'appartenenza all'associazione mafiosa debba essere accertata con sentenza definitiva passata in giudicato poiché solo quest'ultima può esser acquisita ai fini della prova del fatto in essa accertato stante la previsione dell'art. 238 *bis* c.p.p.

⁴⁹ G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.* e V. MUSACCHIO, A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Il delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*; *Contra* G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.* sostiene che tale formulazione sopisca il dibattito sulla necessità di uno specifico accordo sulle modalità di procacciamento dei voti qualora il promittente appartenga all'associazione mafiosa: "nella disposizione del 2019, la rilevanza penale della promessa di procurare voti non dipende necessariamente dal metodo di reclutamento dei suffragi, quando l'impegno è assunto da un membro del sodalizio criminale. [...] L'appartenenza all'associazione mafiosa è oggi talmente preponderante da assorbire il metodo di accaparramento delle preferenze elettorali, che si prospetta di contro necessario quando il latore della promessa risulti estraneo alla compagine sociale".

⁵⁰ Come evidenziato da V. MUSACCHIO, A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Il delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*, in sede di lavori preparatori era stato proposto un emendamento – poi non approvato – con cui si mirava a imporre la prova della condanna definitiva (emendamento n.1.102 sen. Buccarella e intervento dei deputati Bordo e Siracusano)

⁵¹ Come illustrato nel par. 1.1, l'originaria formulazione prevedeva un rinvio alla pena prevista dall'art. 416 *bis*, poi superato nel 2014 con la previsione di una cornice edittale autonoma.

La sanzione comminata non pare proporzionata alla gravità del fatto incriminato, soprattutto se si considera che la sua portata offensiva non è mutata dal 2014 al 2019. Le modifiche apportate dall'ultima riforma al delitto di voto di scambio non rendono infatti il reato più grave rispetto a quello concepito nel 2014. Come si è detto, la condotta incriminata è la medesima: lo scambio voti – favori fra politico e mafioso o loro intermediari, così come non è variato il bene giuridico tutelato. Non si comprende, perciò, quale sia la ragione che ha spinto il legislatore a punire una fattispecie la cui gravità non è aumentata in modo più severo rispetto al passato. Ciò potrebbe fondare una censura di costituzionalità della norma, risultando essa contraria agli artt. 3 e 27 Cost. sulla base di un giudizio diadico di proporzionalità c.d. interna fra la gravità del fatto e la severità della connessa sanzione.

Ma ancor più discutibile è la scelta di prevedere un trattamento sanzionatorio omogeneo per fatti – il voto di scambio e l'associazione mafiosa – del tutto eterogenei fra loro⁵². L'equiparazione sanzionatoria ha infatti come diretta conseguenza quella di conferire il medesimo disvalore penale a condotte notevolmente diverse: quella di partecipazione all'associazione (in cui oggetto dell'incriminazione è l'aver fatto parte del sodalizio mafioso, apportando all'attività criminale un contributo significativo) e quello dello scambio elettorale (che può risolversi nel mero scambio voti-favori senza che venga conferito al sodalizio criminale alcun sostegno), di nuovo in aperto contrasto con i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost.

Di fronte a una simile previsione, delle due l'una: o la norma *de qua* contrasta (anche sotto questo profilo) con le richiamate disposizioni della Carta fondamentale, oppure il legislatore del 2019 ha escluso che le condotte di cui agli artt. 416 *bis* e 416 *ter* siano eterogenee⁵³.

Quest'ultima opzione, come si vedrà, comporta notevoli problemi di coordinamento fra le due norme, rischiando di determinare conseguenze punitive incompatibili con la finalità rieducativa della pena.

2.4. L'aggravante dell'elezione.

Con la riforma del 2019, infine, è stato inserito nel testo dell'art. 416 *ter* c.p. un ulteriore elemento potenzialmente foriero di indeterminatezza: l'aggravante dell'elezione.

Il terzo comma dell'art. 416 *ter* prevede infatti un aumento fisso della metà della pena-base, se "colui che ha accettato la promessa di voti, a seguito dell'accordo di cui al

⁵² La mancanza di proporzione fra offesa e sanzione è stata prontamente rilevata da tutti i primi commentatori della riforma. G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*; A. CISTERNA, *Modifica all'art. 416 ter del codice penale*, 2019, *op. cit.*; P. INSOLERA, *Art. 416 ter c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*; G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*

⁵³ V. MUSACCHIO, A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Il delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.* affermano che "ad avviso del legislatore, il collegamento fra mafia e politica è tale da richiedere la medesima pena sia per chi fa parte di un'associazione mafiosa, sia per chi ne chiede i voti".

primo comma, è risultato eletto nella relativa consultazione elettorale”, sicché l’incremento punitivo è collegato al mero verificarsi dell’elezione.

Nulla si specifica sulla necessità di un collegamento causale fra l’accordo stipulato in ordine al procacciamento dei voti e l’elezione: non è imposta alcuna verifica dell’esistenza di un nesso fra l’attività di procacciamento e la vittoria elettorale. Ne segue che, in aperto contrasto con il canone giuspenalistico di determinatezza, si lega un aumento fisso della metà della pena ad un dato che – anche volendo – non è empiricamente dimostrabile⁵⁴. Considerato che il voto è segreto, ai sensi dell’art. 48 Cost., non è invero possibile accertare che i consensi grazie ai quali il politico è stato eletto coincidano con quelli espressi dai soggetti interessati dall’attività di procacciamento mafiosa⁵⁵.

Per giunta, al verificarsi di quest’indeterminato evento consegue l’applicazione di una pena che va da un minimo di quindici anni a un massimo di ventidue anni e sei mesi. Se eletto, il politico che ha promesso favori all’associazione mafiosa in cambio di voti potrebbe vedersi applicata una pena di quattro anni più alta rispetto al massimo edittale previsto dall’art. 416 *bis* c.p. È evidente che una simile previsione sia del tutto sproporzionata rispetto alla gravità del fatto – soprattutto considerando il reato di associazione mafiosa come *tertium comparationis* – e rischi di vanificare, perciò, la finalità rieducativa della pena.

3. L’associazione di tipo mafioso e il “fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali”.

Nell’ambito di un’indagine sulla possibile responsabilità penale per i fatti di voto di scambio, risulta non meno cruciale analizzare le clausole normative contenute nell’art. 416 *bis* c.p.

Come noto, la norma incrimina i partecipi delle associazioni che – ricorrendo al c.d. metodo mafioso – realizzano i fatti tipizzati dal terzo comma e acquisiscono per tale via un ampio potere di controllo sulla società, sul territorio e sulle istituzioni pubbliche.

Si tratta di un reato di danno⁵⁶, la cui portata offensiva è individuabile nella lesione all’ordine pubblico, inteso in senso materiale⁵⁷, ossia il buon andamento della

⁵⁴ Il deficit di determinatezza in questione non è nuovo in materia di criminalità organizzata. Dottrina e giurisprudenza lo rilevano da tempo con riferimento alla c.d. “aggravante del metodo mafioso”, cfr. Cass. Pen., 29 novembre 2017 (dep. 12 marzo 2018) n. 10976; Cass. Pen., 21 aprile 2017, n. 19245; Cass. Pen., 21 luglio 2017, n. 36115 e rispetto allo stesso reato di associazione di tipo mafioso. Sul punto, *ex multis*, I. MERENDA – C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in, E. Mezzetti e L. Luparia Donati (diretto da), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020

⁵⁵ G. AMARELLI, *L’ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*; A. CISTERNA, *Modifica all’art. 416 ter del codice penale*, 2019, *op. cit.*; P. INSOLERA, *Art. 416 ter c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*

⁵⁶ Per un’illustrazione completa del dibattito sulla natura del reato, cfr. I. MERENDA – C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in, E. Mezzetti e L. Luparia Donati (diretto da), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020.

⁵⁷ Per un’illustrazione approfondita del dibattito in tema di bene giuridico tutelato dall’art. 416 *bis* c.p. si

vita sociale, nei diversi ambiti in cui essa si esplica. Uno di questi è senza dubbio il regolare svolgimento dell'attività politica in senso lato, il cui turbamento venne reso per la prima volta oggetto di una specifica sanzione nel 1992. Infatti, come anticipato, in quell'anno il legislatore (con l'art. 11 *bis* d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992 n. 356) ha inserito fra le finalità tipiche dell'associazione mafiosa anche quella di "impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali".⁵⁸

L'ambito applicativo di quest'ultima disposizione è senza dubbio parzialmente coincidente con quello dell'art. 416 *ter*, ossia l'altra fattispecie che incrimina l'influenza mafiosa nelle consultazioni elettorali.

I primi reali problemi di raccordo fra l'art. 416 *bis*, terzo comma, e l'art. 416 *ter* c.p. non emersero tuttavia nel 1992, ma solo nel 2014.

In quell'anno venne innanzitutto introdotta, al secondo comma dell'art. 416 *ter*, l'espressa punibilità del promittente dei voti (ossia l'esponente mafioso). Dunque, se nella formulazione originaria il legislatore aveva sottratto il promittente dall'ambito applicativo dell'art. 416 *ter* sanzionandolo esclusivamente ai sensi dell'art. 416 *bis*, terzo comma, c.p., nel 2014 anche il mafioso impegnato nell'accordo venne inserito nel novero dei soggetti attivi del reato di cui all'art. 416 *ter* (senza che si modificasse in alcun modo il testo dell'art. 416 *bis*, terzo comma, c.p.), aprendo così alla possibilità che il mafioso fosse punito sia per il voto di scambio, sia per la partecipazione all'associazione.

La difficoltà nella definizione dei rapporti fra le due norme aumentò, inoltre, a causa dalla ridefinizione della condotta tipica del delitto di voto di scambio. Nella

vedano, *ex multis* I. MERENDA – C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, 2020, *op. cit.*; M. RONCO, *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, 2013, *op. cit.* e G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*

⁵⁸ Le condotte di interferenza mafiosa nelle consultazioni elettorali erano sanzionate dall'ordinamento già prima del 1992, in particolare dagli artt. l'art. 96 (corruzione elettorale) e 97 (coercizione elettorale) del d.P.R. n. 361/1957. Quest'ultima norma si riferisce alle elezioni politiche per la Camera dei deputati ed è applicabile ex art. 2 l. 27.2.1958, n. 64, anche alle elezioni per il Senato. Inoltre, secondo i primi commentatori la riforma mostrava un ulteriore profilo di inutilità pratica, poiché, già prima del 1992, l'art. 416 *bis* c.p. sanzionava le attività dei membri dell'associazione volte a trarre un "ingiusto profitto o vantaggio". Fra queste attività, si affermava, era già ricompreso il voto di scambio, dal momento che i membri dell'associazione, in cambio del procacciamento dei voti, ottenevano denaro, ossia un "ingiusto profitto". (In questo senso cfr. Cass. Pen., Sez. I, 20 maggio 2002, n. 21356 secondo cui "l'ipotesi prevista dall'art. 416 *ter*, terzo comma, c.p. che punisce la condotta posta in essere al fine di impedire o di ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare a sé o altri in occasione di consultazioni elettorali, aggiunta dall'art. 11 *bis* d.l. 8 giugno 1992, n.306 conv. con mod. dalla l. 7 agosto 1992 n. 356, non rappresenta una fattispecie criminosa nuova [...]. Già prima che l'art. 416 *bis*, terzo comma, c.p. venisse modificato, il condizionamento del voto poteva entrare nel delitto di associazione di tipo mafioso quale strumento per ottenere dal futuro amministratore appalti, vantaggi ingiusti, ovvero la gestione o il controllo di attività economiche"). Una parte della dottrina cercò invece di dare una diversa interpretazione dell'intervento riformatore: così G. INSOLERA – T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2018, nonché R. FEBBRAI, *Patto elettorale fra associazione mafiosa: quale rilevanza prima del d.l. 306 del 1992*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, 1227 ss. Il quale afferma che a questa novella vada attribuito il solo intento esemplificativo-chiarificatore, quale segnale per richiamare l'attenzione degli organi inquirenti a eliminare ogni dubbio interpretativo circa la diretta riconducibilità della finalità elettorale nel programma associativo mafioso.

versione del 1992 gli ambiti oggettivi delle norme in questione erano divergenti: nell'art. 416 *ter* si faceva riferimento alla sola erogazione di denaro in cambio di voti, mentre nel terzo comma dell'art. 416 *bis* si parlava ben più genericamente di "procurare voti". A ventidue anni di distanza, invece, il comportamento sanzionato venne esteso anche alla "promessa di erogazione" di denaro o "di altra utilità", determinando una parziale sovrapposizione con la fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p. Con l'estensione della condotta tipica dell'art. 416 *ter* attuata nel 2014 anche agli accordi aventi ad oggetto utilità diverse dal denaro, venne meno l'argomento secondo cui l'art. 416 *ter* sarebbe stato destinato a punire il solo scambio voti-denaro (e i relativi protagonisti), mentre l'art. 416 *bis* c.p. avrebbe punito tutti gli accordi aventi ad oggetto vantaggi diversi dal denaro.

La l. 21 maggio 2019, n. 43 ha, infine, ulteriormente modificato i termini del rapporto fra art. 416 *bis* e 416 *ter*, riproponendo l'originaria equiparazione *quoad poenam* dei due reati. Tale modifica ha fatto venire meno la possibilità di affermare pacificamente l'esistenza di un rapporto di sussidiarietà o di consunzione fra i due reati, desumibile dalla diversa offensività dei delitti in questione (e quindi la possibilità di affermare che il disvalore di una delle condotte fosse assorbito nell'altra).

4. Rapporti fra art. 416 *bis* e 416 *ter*: la punibilità del politico e la punibilità del mafioso.

Analizzato il sistema sanzionatorio dei rapporti fra mafia e politica, è opportuno soffermarsi sui rapporti fra art. 416 *ter* – come riformulato nel 2014 e nel 2019 – e art. 416 *bis* c.p.

All'esito di tali riforme, infatti, emergono numerose coincidenze fra le due previsioni in esame, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, al punto da ritenere verosimile ipotizzare che a un medesimo soggetto possa essere contestato sia il reato di scambio elettorale, sia il reato di associazione mafiosa, tanto si tratti del promittente dei voti, quanto che si tratti del politico candidato (o un suo intermediario)⁵⁹.

4.1. La responsabilità del politico candidato e del politico eletto.

La problematica di definire a che titolo possa essere rimproverato penalmente il politico che "compra" voti o mercifica la propria futura attività politica in cambio di consensi elettorali è stato ampiamente indagato dalla dottrina già a seguito della riforma del 2014⁶⁰. La questione assume ancor più rilevanza e va affrontata in termini

⁵⁹ Corre l'obbligo di premettere che, nell'ambito dell'analisi che seguirà, verrà tenuto in disparte il dibattito in merito alla configurabilità del cd. concorso esterno in associazione mafiosa. Per una ricostruzione del contrasto interpretativo, si rinvia *ex multis* a A. CENTONZE, [Il concorso eventuale nei reati associativi tra vecchi dubbi e nuove conferme giurisprudenziali](#), in *Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2016.

⁶⁰ E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici*, 2013, *op. cit.* parla di "difficoltà pratica di isolarne l'ambito

parzialmente differenti all'indomani della riforma del 2019, che – come detto – fra le altre modifiche ha determinato un significativo aumento della cornice edittale, equiparandola a quella prevista per l'associazione di tipo mafioso.

I termini del problema sono i seguenti: quale reato contestare al candidato che promette (o corrisponde) denaro, altra utilità o garantisce la propria disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa? Può essere chiamato a rispondere sia per il concorso esterno in associazione mafiosa (sussistendone i presupposti), sia per lo scambio elettorale? In altre parole, con riferimento alla responsabilità del politico candidato, qualora il fatto storico sia riconducibile al tipo legale di entrambe le norme, fra gli artt. 416 *bis* e 416 *ter* sussiste un concorso di reati o un concorso apparente di norme?⁶¹

Nella vigenza della formulazione del 2014 molti elementi deponevano a favore del concorso apparente di norme.

In primo luogo, l'offesa al bene giuridico – parametro fondamentale per la verifica della sussistenza del concorso apparente – nelle due norme è concepita in un crescendo di gravità: meno grave l'offesa del voto di scambio e più grave quella del concorso esterno in associazione mafiosa⁶². D'altra parte in questo senso depone il fatto che, con riferimento al voto di scambio, il politico è sanzionato per il solo fatto di aver promesso favori o denaro; mentre lo stesso politico può essere ritenuto responsabile di concorso 'esterno' in associazione mafiosa solo qualora sia dimostrato – in base ad un giudizio *ex post* – che abbia fornito un contributo concreto, specifico, consapevole e volontario avente un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del

applicativo [della norma in esame] rispetto alle altre fattispecie destinate a convergere nella variegata casistica della contiguità politico-mafiosa"; C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, 2013, *op. cit.*, sottolinea l'inevitabilità della convergenza delle "strade del concorso esterno" con quelle del reato previsto dall'art. 416 *ter* c.p. e parla di "qualificazioni penali ballerine con slittamenti ripetuti fra una fattispecie e l'altra", per la casistica specifica si rinvia alla trattazione citata.

⁶¹ Approfondiscono il tema G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, 2014, *op. cit.*; E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*; G. DE FRANCESCO, *Il delitto di scambio politico-mafioso*, 2014, *op. cit.*; C.F. GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, pt. V, 121 ss.; P. INSOLERA, *Art. 416 *ter* c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*; G. PANEbianco, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, 2003, *op. cit.*

⁶² Il reato di cui all'art 416 *bis* integra infatti un reato di evento a forma libera (dove l'evento è il rafforzamento o il mantenimento in vita dell'associazione); mentre il delitto di cui all'art. 416 *ter* un reato di mera condotta a forma vincolata.

rafforzamento delle capacità operative dell'associazione⁶³. Sicché le due norme si porrebbero in rapporto di progressione criminosa⁶⁴.

In secondo luogo, e in modo ben più decisivo, a favore del concorso apparente di norme deponeva il diverso *quantum* sanzionatorio previsto dalle fattispecie incriminatrici. Nel 2014, infatti, la pena prevista dall'art. 416 *ter* era minore – sia nel minimo che nel massimo – rispetto a quella prevista per il reato di cui agli artt. 110, 416 *bis*.

Di qui, la tesi dominante in dottrina e giurisprudenza⁶⁵ secondo cui fra le due norme sarebbe stato configurabile sia un rapporto di specialità – per l'esistenza dell'elemento specializzante consistente nell'elemento del contributo dato all'associazione –, sia un rapporto di sussidiarietà – per la diversa entità della sanzione comminata – tale da far propendere per il concorso apparente di norme⁶⁶ da risolversi nel senso della prevalenza dell'art. 416 *bis* c.p.⁶⁷

⁶³ Secondo l'insegnamento della sentenza Mannino, Cass. Pen., SU, 12 luglio 2005, n. 33748. Prima della sentenza Mannino e nella vigenza della prima formulazione dell'art. 416 *ter*: M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*, sostenendo che se l'accordo politico mafioso non avesse efficacia causale "non potrebbe operare il combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis*. In assenza di una norma *ad hoc*, tale condotta non causalmente orientata al rafforzamento dell'associazione mafiosa, quindi, non potrebbe essere punita"; C.F. GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, pt. V, 121 ss, più prudentemente, affermava che "anche la semplice promessa conseguente all'accordo stipulato potrebbe produrre l'effetto di contribuire alla vita od al consolidamento dell'associazione criminale: tutto dipenderà dalla qualità della promessa, dall'affidabilità e dalla caratura del politico promittente, dal contesto in cui i fatti si verificano, dalla situazione in cui versa l'associazione mafiosa" (aggiungeva – n.b. con riferimento al testo originario – che "è certamente molto difficile, stante le grandi disponibilità di denaro di cui godono normalmente le cosche a cagione dei loro molteplici traffici illeciti, che il denaro da loro versato dai politici quale contropartita dell'appoggio elettorale possieda una qualsiasi valenza sul terreno del mantenimento o del rafforzamento dell'associazione criminosa"); G. FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso*, 1996, *op. cit.* precisava che "se fosse possibile ravvisare gli estremi del concorso nella semplice stipula di un accordo elettorale, non si spiegherebbe perché il legislatore del 1992 abbia avvertito la necessità di introdurre, proprio per sanzionare lo scambio elettorale politico-mafioso, una nuova fattispecie incriminatrice *ad hoc*".

⁶⁴ E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*; P. INSOLERA, *Art. 416 *ter* c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.* sostiene "l'art. 416 *ter* c.p. si pone in rapporto di sussidiarietà implicita rispetto al concorso esterno, rappresentando una forma d'aggressione allo stesso interesse, derivante dalla collusione politico-mafiosa, connotata da più tenue disvalore. Se il concorso esterno, infatti, integra un reato di evento che si risolve in un apprezzabile apporto eziologico al rafforzamento o alla conservazione della compagine criminosa, il voto di scambio politico-mafioso, all'opposto, è un reato di mera condotta, tale da perfezionarsi al momento della conclusione del negozio illecito. Le due ipotesi delittuose costituiscono dunque manifestazione di una *progressione offensiva* nei confronti del medesimo bene giuridico".

⁶⁵ E. Cottu, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*; N. MADIA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, in *Diritto on line*, 2012.

⁶⁶ G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, secondo cui "un caso-limite in cui si potrebbe ravvisare concorso di reati sarebbe quello in cui il politico prima stipuli un patto elettorale e poi definisca, successivamente, altre intese con gli esponenti della medesima consorteria".

⁶⁷ Diversamente, una parte autorevole ma minoritaria della dottrina negava la sussistenza di un rapporto di specialità e sussidiarietà fra le due fattispecie (e, dunque, il concorso apparente), affermando che ritenere assorbito il disvalore del secondo comma dell'art. 416 *ter* c.p. in quello del terzo comma dell'art. 416 *bis* avrebbe significato postulare la tacita abrogazione del reato di voto di scambio proprio all'indomani della riformulazione in senso estensivo della norma. Si riteneva, infatti, che proprio la previsione di un'autonoma

Con la legge 21 maggio 2019, n. 43, il secondo argomento illustrato – in tema di trattamento sanzionatorio – viene meno. Infatti, come anticipato, la cornice edittale degli artt. (110,) 416 *bis* e 416 *ter*, torna a coincidere. Per le condotte di scambio elettorale politico mafioso si commina la stessa pena prevista per il concorso esterno in associazione mafiosa⁶⁸.

Questa scelta legislativa, indipendentemente dalla sua opportunità politico-criminale⁶⁹, ha una diretta conseguenza sull'individuazione del reato contestabile al politico che scambi voti per favori (in senso lato), consolidando o mantenendo così in vita il clan.

Sembra esclusa la possibilità di risolvere il conflitto fra norme in termini di sussidiarietà, il “sicuro criterio cui ricorrere per la individuazione della norma prevalente”⁷⁰. Tale criterio presuppone infatti un rapporto di rango fra norme astrattamente applicabili, rapporto a propria volta desumibile dalla diversa gravità delle sanzioni comminate e dal grado di offesa al (medesimo) bene giuridico tutelato. Ebbene, sulla base di questi criteri non è possibile affermare quale delle due fattispecie incriminatrici prevalga perché, di fatto, il rafforzamento (o il mantenimento in vita) del clan realizzato dal candidato non è punito più severamente rispetto al mero patto elettorale.

Al contrario, la chiave risolutiva del conflitto apparente di norme che si profila nel caso in esame sta nell'apporto dato alla consorte: l'effettivo rafforzamento causale accertato con giudizio controfattuale *ex post* è l'elemento che, *solo con riferimento alla responsabilità del candidato*, distingue e qualifica come “più grave” – *rectius* “speciale” – la fattispecie di cui agli artt. 110, 416 *bis* rispetto a quella di cui all'art. 416 *ter*.

Queste conclusioni valgono anche nel caso in cui oggetto dello scambio sia la “disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa”. Una simile forma di sostegno, seppur indefinita nel tempo e nel modo, non è riconducibile alla nozione di “contributo causale al rafforzamento o al mantenimento in vita del

norma incriminatrice indichi la volontà dell'ordinamento di inasprire la risposta punitiva nei confronti degli affiliati ai clan che stringono rapporti con il mondo politico e la soluzione coerente con tale intento sarebbe quella di ritenere sussistenti entrambi i reati in concorso fra loro, laddove ricorrano i presupposti. G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, 2014, *op. cit.*; G. DE FRANCESCO, *Il delitto di scambio politico-mafioso*, 2014, *op. cit.*

⁶⁸ D'altronde, come già sottolineato, la diversa graduazione di pena era un forte elemento a sostegno della diversa offensività dei reati. Si veda, fra tutti, E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*: “un ulteriore, decisivo elemento nel senso dell'ammissibilità di un concorso apparente tra i due reati proviene da una delle maggiori innovazioni della novella, ossia la loro ormai netta differenziazione sul piano del trattamento sanzionatorio. Invero, la inferiorità della comminatoria edittale dell'art. 416-ter, sia nel minimo che nel massimo, rispetto a quella della fattispecie associativa non lascia più alcun dubbio sul rispettivo giudizio di disvalore giuridico espresso dal nostro ordinamento”.

⁶⁹ G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.* rileva come “il recente *revirement* del legislatore con riguardo al regime sanzionatorio dello scambio elettorale, oggi determinato per rinvio all'art. 416 *bis* c.p. non trova una ragionevole spiegazione nella diversa articolazione della fattispecie; nessuno dei nuovi elementi che concorrono alla descrizione del reato risulta tributario di un disvalore equiparabile a quello della partecipazione all'associazione di tipo mafioso”. Nello stesso senso G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*

⁷⁰ E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*

sodalizio mafioso” il cui accertamento *ex post* è presupposto indispensabile per un rimprovero *ex artt.* 110, 416 *bis* c.p.⁷¹

Ricostruito in questi termini il rapporto fra le norme, il voto di scambio si porrebbe come un mero antecedente non punibile rispetto al reato di concorso esterno in associazione mafiosa e dunque il candidato che prende parte all’accordo e che in questo modo rafforza causalmente la cosca verrebbe punito quale concorrente esterno nell’associazione ai sensi degli artt. 110, 416 *bis* c.p.

Diversa è, invece, l’ipotesi del politico che sia eletto nelle competizioni oggetto di mercimonio e che, con la propria “controprestazione”, abbia rafforzato – nei termini già descritti – l’associazione mafiosa. In disparte i problemi di proporzionalità e determinatezza, l’aggravante prevista dal terzo comma dell’art. 416 *ter* influisce, infatti, anche sui rapporti fra le due fattispecie analizzate.

Si è detto sin qui che, per quanto riguarda la contiguità fra politica e mafia, le fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa e voto di scambio sono sostanzialmente coincidenti, se non per l’apporto causale fornito dal concorrente esterno-politico tramite lo scambio voti-favori.

Si considerino ora le fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa e di voto di scambio aggravato dall’elezione. Le due ipotesi hanno un “nucleo comune” – il voto di scambio – e un elemento che, reciprocamente, le distingue l’una dall’altra: il rafforzamento, da un lato e l’elezione, dall’altro. In altri termini, il concorso esterno è “speciale” rispetto al voto di scambio perché il vantaggio attribuito tramite l’accordo elettorale fornisce un contributo significativo all’associazione; mentre il voto di scambio aggravato è “speciale” rispetto al concorso esterno perché l’influenza sulle consultazioni elettorali determina l’effettiva elezione del candidato. Entrambi questi elementi (il rafforzamento e l’elezione) aggravano il reato, il primo perché rende il reato maggiormente lesivo del bene giuridico tutelato, il secondo perché comporta un significativo aumento della sanzione (che, a ben vedere, determina anzi un aumento del livello di offensività rispetto al delitto di cui agli artt. 110, 416 *bis* c.p.).

Posto, dunque, che fra le due fattispecie vi è un rapporto di specialità bilaterale reciproca, a rigore, in un’ipotesi simile si dovrebbe quindi escludere il concorso apparente di norme e affermare la sussistenza di un concorso di reati. Il politico eletto verrebbe quindi sanzionato sia per il concorso esterno in associazione mafiosa sia per il voto di scambio aggravato, con conseguenze sanzionatorie in aperto contrasto coi principi di proporzionalità (l’aumento di pena per l’elezione è pari alla metà della pena base), *ne bis in idem* sostanziale e offensività. Dunque, anche sotto questo profilo, la previsione dell’aggravante dell’elezione si dimostra del tutto irragionevole.

⁷¹ Cfr. Cass. Pen., SU, 12 luglio 2005, n. 33748 affermano che per la possibile rilevanza penale a titolo di concorso esterno di un patto elettorale politico-mafioso “non basta certamente la mera ‘disponibilità’ o ‘vicinanza’, né appare sufficiente che gli impegni presi dal politico a favore dell’associazione mafiosa, per l’affidabilità e la caratura dei protagonisti dell’accordo, per i connotati strutturali del sodalizio criminoso, per il contesto storico di riferimento e per la specificità dei contenuti del patto, abbiano il carattere della serietà e della concretezza”.

4.2. La responsabilità del mafioso che promette i voti.

Nell'ambito della presente disamina, è parimenti opportuno soffermarsi su un aspetto a cui, in dottrina e in sede di discussione parlamentare, non è stato dedicato lo stesso approfondimento riservato ai profili concernenti il lato "politico" dello scambio elettorale: ossia l'indagine sulla responsabilità di chi, rappresentante in senso lato dell'organizzazione criminale, promette voti in cambio di favori. Si tratta di capire (nell'alternativa fra concorso apparente di norme e concorso di reati) di quale reato – o di quali reati – possa essere chiamato a rispondere il promittente che, tramite l'accordo, abbia contribuito al rafforzamento all'associazione, nei termini indicati dalla giurisprudenza sul concorso esterno.

A questo proposito occorre tenere a mente, anzitutto, che il voto di scambio nasce come reato di natura plurisoggettiva impropria, in cui il "versante mafioso" non era originariamente assoggettato a pena. La formulazione del 1992 implicava una precisa scelta politico-criminale nel senso di escludere il concorso di reati fra 416 *bis* e 416 *ter*, entrambi riformulati nei termini più sopra illustrati⁷². Infatti, con lo stesso intervento riformatore era stato inserito fra le finalità tipiche dell'associazione anche quella di "impedire o ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare a sé o altri voti in occasione di consultazioni elettorali". Dunque, l'esercizio di un'influenza illecita da parte del clan sul libero svolgimento delle consultazioni elettorali era sì incriminato, ma solo dall'art. 416 *bis*. All'epoca (come ora), peraltro, i due contraenti erano soggetti al medesimo trattamento sanzionatorio. Era, dunque, garantito l'equilibrio punitivo fra stipulanti dell'accordo illecito.

Per converso, nel 2014 il novero dei soggetti attivi punibili è stato esteso fino a prevedere l'incriminazione anche del promittente dei voti. L'introduzione del secondo comma dell'art. 416 *ter* c.p., in totale discontinuità con la scelta di politica criminale assunta dal legislatore del 1992, ha comportato per l'esponente mafioso una duplicazione della sanzione penale⁷³.

⁷² Come nota M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*, nel vigore della formulazione originaria, "se l'azione descritta dall'art. 416 *ter* sia tenuta da chi abbia già assunto un ruolo all'interno dell'organizzazione di cui all'art. 416 *bis* si configurerebbe direttamente il reato di partecipazione ad associazione mafiosa".

⁷³ G. FIANDACA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 2015, *op. cit.* precisa che "Per aggirare una simile obiezione, nell'ambito dei primi commenti dottrinali della riforma si è sostenuto che il predetto nuovo 2° comma, indicando con un genericissimo «chi» il soggetto che promette i voti al candidato alle elezioni, non farebbe necessariamente riferimento ad un associato di mafia: piuttosto, eleverebbe «chiunque ad interlocutore della 'parte politica': dunque, sia soggetti estranei alla consorteria mafiosa, sia membri di essa che agiscano *uti singuli*, sia ancora intermediari portatori della volontà della cosca di impegnarsi in un'azione di sponsorizzazione elettorale". Tale scelta – che, secondo alcuni, trova una spiegazione nella necessità di equilibrare la risposta punitiva nei confronti di entrambi i contraenti del un reato-contratto in esame – è stata ampiamente criticata. G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.* propone una soluzione alternativa, che perviene comunque al risultato di escludere il concorso di reati, ossia quella di ipotizzare che, con la riforma del 2014, il legislatore intendesse "individuare per una peculiare classe di contiguità mafiosa, quella politico-elettorale, una disciplina speciale non derogabile, tale che gli accordi collusivi

Nel previgente assetto normativo, le soluzioni ipotizzate per risolvere il problema dell'alternativa concorso apparente di norme e concorso di reati erano varie. Da un lato, chi attribuiva alla novella del secondo comma una limitata portata innovativa, sostenendo non si trattasse di una vera e propria norma incriminatrice e che la condotta di chi procura i voti dovesse essere comunque ricondotta all'art. 416 *bis* c.p. Dall'altro lato chi, invece, affermava la necessità che il mafioso latore dei voti rispondesse di entrambi i reati, coerentemente con l'intento del legislatore del 2014 di aumentare le sanzioni per il fenomeno della contiguità politico-mafiosa⁷⁴. Prevalsa, tuttavia, la tesi del concorso apparente di norme, basato sul rapporto di sussidiarietà, facilmente desumibile dalla diversa cornice editale prevista per le due fattispecie. Sicché si affermava che, qualora l'esponente (*lato sensu*) del clan si fosse accordato con il candidato per garantirgli un certo numero di voti in cambio di denaro o altra utilità e così facendo avesse procurato un contributo significativo alla vita dell'associazione, si sarebbe potuto risolvere il conflitto apparente in favore dell'applicazione esclusiva del più grave reato di associazione mafiosa *ex art. 416 bis* c.p.

Come per la responsabilità del politico, anche in questo caso il quadro muta dopo che la riforma del 2019 ha nuovamente equiparato le pene previste da art. 416 *bis* e art. 416 *ter* c.p. senza intervenire sul secondo comma dell'art. 416 *ter* c.p.

Con l'ultima novella si è creata una fattispecie "ibrida", che riprende l'equiparazione sanzionatoria del 1992 e mantiene la punibilità del promittente dei voti del 2014⁷⁵. Dunque, per stabilire quale sia il trattamento sanzionatorio riservato al contraente mafioso, la cui condotta integri sia i presupposti dello scambio elettorale politico mafioso sia i presupposti del concorso esterno o della partecipazione in associazione mafiosa, l'unica strada praticabile consiste nell'avanzare nuove e ulteriori soluzioni interpretative⁷⁶.

4.2.1. Il concorso apparente di norme.

Si potrebbe ipotizzare che il caso dell'esponente mafioso che, stipulando l'accordo voti contro favori, determini anche un rafforzamento o consolidamento del

politico-mafiosi dovrebbero essere considerati penalmente rilevanti unicamente ai sensi dell'art. 416 *ter* c.p., senza tener conto dei loro esiti rispetto alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione". Si badi, tuttavia, che – a dispetto delle petizioni di principio – non vi era perfetto equilibrio nella sanzione dei due soggetti attivi perchè l'art. 416 *ter* nella formulazione del 2014 prevedeva una pena diversa e minore rispetto a quella comminata per il reato di associazione mafiosa (da quattro a dieci anni di reclusione).

⁷⁵ Non si rinviene nei lavori parlamentari una trattazione specifica sulle motivazioni a supporto della scelta di mantenere invariato il regime di responsabilità del promittente (secondo comma), nonostante l'equiparazione sanzionatoria.

⁷⁶ Si tratta dello specifico problema della responsabilità dell'esponente mafioso in senso lato che, stipulando il patto elettorale politico mafioso, abbia prodotto l'effetto di consolidamento o rafforzamento del clan.

sodalizio criminoso dia vita a un conflitto apparente di norme⁷⁷ da risolvere nel senso dell'applicazione degli artt. 110, 416 *bis* c.p. in luogo dell'art. 416 *ter* c.p.

Una parte della dottrina ha sostenuto che tale conflitto apparente potesse in effetti risolversi sulla base del criterio di sussidiarietà, affermando che il disvalore della stipula del patto elettorale sarebbe – tuttora – totalmente assorbito da quello del concorso esterno in associazione mafiosa. Si è sostenuto, in particolare, che lo scambio elettorale sia in rapporto di sussidiarietà implicita rispetto al concorso esterno, poiché rappresenta una forma di aggressione allo stesso interesse, derivante dalla collusione politico-mafiosa, connotata da un più tenue disvalore⁷⁸.

È evidente come siffatta argomentazione, per quanto motivata dalla necessità di razionalizzare la disciplina, venga privata di fondamento dalla riforma del 2019. Nell'intento di attribuire una sanzione più severa al voto di scambio, il legislatore ha innalzato la cornice edittale dell'art. 416 *ter*, equiparandola a quella del reato di cui all'art. 416 *bis* (anche nella forma del concorso esterno)⁷⁹. Così facendo si è – più o meno consapevolmente⁸⁰ – equiparata anche la gravità dei reati in questione, tanto che pare oggi ben più arduo parlare di rapporto di “progressione criminosa” fra i due delitti. Gli artt. 416 *bis* e 416 *ter* colpiscono entrambi l'intervento mafioso nell'ambito delle consultazioni elettorali, che il medesimo bene giuridico – l'ordine pubblico – e per le quali è prevista la medesima pena. Se, quindi, nel vigore della precedente formulazione, la dottrina aveva evidenziato come la differenziazione sul piano sanzionatorio fra le due norme fosse (plausibile) indice del diverso disvalore delle condotte incriminate⁸¹; oggi, *a contrario*, si può dedurre che proprio l'abbandono dell'equiparazione sia indice del fatto che l'ordinamento disapprova lo scambio elettorale politico mafioso nella stessa misura in cui disapprova l'attività dell'associazione mafiosa volta a turbare il risultato elettorale.

A poco vale la considerazione, basata su un dato più emotivo che oggettivo, secondo cui il reato associativo sarebbe di per sé più grave dello scambio politico mafioso. Da un lato, infatti, non è difficile immaginare che il voto di scambio possa comportare un'offesa ben maggiore di quella arrecata dall'esistenza dell'associazione⁸².

⁷⁷ Cfr., *ex multis*, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2019; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020.

⁷⁸ Come sottolinea G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*, “la precedente previsione di una cornice di pena autonoma e ridotta per il voto di scambio rispetto alla partecipazione associativa non era il frutto di una decisione di favore per i contigui alla mafia (sic!), ma la presa di coscienza che la stipula di un patto elettorale politico-mafioso presenti un disvalore sensibilmente diverso rispetto alla affiliazione operativa a un sodalizio mafioso”.

⁷⁹ G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*, definisce assurda e preoccupante la parificazione sanzionatoria fra situazioni fortemente eterogenee come quella della partecipazione associativa e del concorso esterno, da un lato, e del mero scambio elettorale dall'altro.

⁸⁰ Non emergono dai lavori parlamentari specifici ragionamenti sulle conseguenze che l'equiparazione *quoad poenam* avrebbe potuto comportare in tema di rapporti fra voto di scambio e associazione mafiosa.

⁸¹ Così, fra gli altri, E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*, nota 26.

⁸² Si pensi all'un accordo elettorale che abbia ad oggetto l'aggiudicazione di molteplici appalti milionari su tutto il territorio regionale o nazionale o ingenti finanziamenti e al diverso caso di una piccola associazione

Non si può affermare in assoluto che l'offesa all'ordine pubblico arrecata dall'esistenza di un'associazione mafiosa sia maggiore rispetto a quella determinata dallo scambio elettorale politico-mafioso. Senza considerare che, nell'ipotesi aggravata, il voto di scambio può comportare una sanzione assai più elevata rispetto a quella prevista per il concorso esterno.

D'altro canto, in presenza di un identico quadro punitivo, non sembra nemmeno consentito dedurre la sussidiarietà dall'elemento oggettivo del reato, nella specie dalla circostanza che uno sia un reato di evento e l'altro un reato di mera condotta, dovendosi dare assoluta prevalenza – nell'ambito della sussidiarietà – al rapporto di rango. E tale rapporto di rango è desumibile dalla previsione di una sanzione più grave nella norma principale⁸³.

Ciò non bastasse, bisogna tenere conto dell'interpretazione più rigorosa, avallata peraltro dalle Sezioni Unite⁸⁴, secondo cui il solo criterio utilizzabile per individuare e risolvere il concorso apparente di norme è quello di specialità, essendo l'unico dotato di fondamento legislativo (art. 15 c.p.).

Si deve quindi valutare la sussistenza di un rapporto di specialità fra le disposizioni in esame. Dal confronto astratto tra la fattispecie di cui all'art. 416 *ter* e quella di cui agli artt. 110, 416 *bis* c.p. emerge, tuttavia, un rapporto di specialità reciproca, non utile a stabilire quale sia la norma concretamente applicabile. Come si è detto, il concorso esterno, secondo le più recenti ricostruzioni, è un reato a di evento a forma libera in cui la tipicità della condotta è determinata dalla sua capacità di contribuire eziologicamente, in base a un giudizio controfattuale *ex post*, al rafforzamento o alla sopravvivenza del clan; mentre il voto di scambio è un reato di mera condotta a forma vincolata, in cui si punisce uno scambio elettorale realizzato secondo modalità tipiche. Se da un lato, la fattispecie di cui agli artt. 110, 416 *bis* ha un elemento specializzante rispetto a quella di cui all'art. 416 *ter*, ossia il rafforzamento o il consolidamento, dall'altro lato anche l'art. 416 *ter* è da considerarsi speciale rispetto all'art. 416 *bis*, dal momento che non punisce qualsiasi contributo dato all'associazione, ma esclusivamente lo scambio politico-mafioso che avvenga secondo le modalità descritte dal primo comma.

Non potendosi individuare la norma speciale, non è possibile stabilire quale sia la norma incriminatrice concretamente applicabile al caso esaminato.

Né, per altra via, si può considerare il reato associativo un antecedente non punibile⁸⁵ rispetto al voto di scambio. Esclusa la sussistenza di un rapporto di

mafiosa che agisca su un territorio limitato e con "guadagni" non ingenti.

⁸³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, cap. XI, par. 4.

⁸⁴ *Ex multis*, Cass. Pen. SU, 28 aprile 2017, 20664; Cass. Pen. S.U., 20 dicembre 2005, n. 47164.

⁸⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, op. cit.*, definisce l'antecedente non punibile nei seguenti termini: "si tratta del caso in cui un reato meno grave che ha servito per commetterne uno più grave, è tacitamente presupposto dalla legge secondo l'*id quod plerumque accidit*". Alla condizione che si tratti di offesa ad uno stesso bene giuridico, apparente al medesimo soggetto, si sostiene che il reato antecedente minore resti assorbito dal maggiore e, perciò non è punibile separatamente.

sussidiarietà fra le norme, non è nemmeno possibile definire il reato di cui agli artt. 110, 416 *bis* come “fatto meno grave” servito per commettere il più grave.

4.2.2. Il concorso di reati.

Bisogna quindi ipotizzare che, nel caso descritto, ci si trovi di fronte a un concorso di reati.

Gli argomenti che militano a favore di questa soluzione sono vari.

Il primo argomento è di tipo logico-strutturale: si è escluso che fra le dette norme vi sia un rapporto di specialità unilaterale, inoltre l’equiparazione sanzionatoria ha conferito alle due fattispecie – da sempre considerate eterogenee – il medesimo disvalore penale, sicché non è consentito qualificare il rapporto fra artt. 110, 416 *bis* e 416 *ter* nemmeno in termini di sussidiarietà. Di fatto, quindi, il comportamento del promittente-contrante dell’accordo voti-favori rafforzativo della vita del clan, integra i diversi reati di concorso esterno (o partecipazione) in associazione mafiosa e scambio elettorale politico-mafioso.

Il secondo argomento si basa sulla *ratio* della riforma del 2019. Il legislatore è intervenuto su tutte le componenti del reato, estendendo il novero dei soggetti attivi (rispondono del reato anche gli intermediari), ampliando l’oggetto della prestazione (la messa a disposizione del politico per soddisfare le esigenze del clan”), incrementando la cornice edittale e prevedendo una circostanza aggravante speciale e a effetto speciale. Si tratta di modifiche tese a incrementare la risposta sanzionatoria nei confronti della contiguità politico-mafiosa, in generale. La *voluntas legis* è indubbiamente quella di punire sempre più severamente i rapporti fra mafia e politica. Sebbene tale scelta possa destare non poche perplessità sul piano della proporzionalità, dell’offensività e dello scopo rieducativo della pena, non vi è dubbio che l’immediata conseguenza di ciò sia quella di attribuire il medesimo disvalore alle fattispecie citate⁸⁶ ed aprire dunque la strada a un concorso di reati.

Infine, vi è un terzo argomento di tipo sistematico. Tutti i reati-scopo citati dal terzo comma dell’art. 416 *bis* c.p. commessi dall’associato o dal concorrente esterno sono puniti in concorso con il delitto-base di associazione di tipo mafioso. In assenza di una specifica o deroga, non vi è ragione per ritenere che il reato di voto di scambio si debba sottrarre a siffatto meccanismo.

Ne deriva che i suddetti reati potranno concorrere tra loro per la ragione per la quale ad assumere un ruolo *lato sensu* anticipato sarà la condotta associativa, e successivamente a questa, potrà presentarsi in ipotesi la stipulazione di uno specifico accordo con un singolo soggetto interessato a procurarsi i voti in cambio dei benefici a cui allude il primo comma dell’art. 416 *ter*.

⁸⁶ In questo senso G. AMARELLI, *L’ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*

Per quanto gli argomenti sin qui citati abbiano certamente solidi fondamenti teorici⁸⁷, non si può non rilevare come, nella situazione descritta, un concorso fra il reato di concorso esterno in associazione mafiosa e il reato di scambio elettorale politico-mafioso comporterebbe una duplicazione punitiva difficilmente conciliabile con i principi generali del diritto penale.

Il rischio evidente è quello di dare vita a un *bis in idem*, dal momento che lo stesso fatto di accordo elettorale politico mafioso verrebbe punito una prima volta *ex art. 416 bis c.p.* e una seconda volta *ex art. 416 ter c.p.* Inoltre, una simile soluzione contrasterebbe in modo evidente con il principio di proporzionalità della pena rispetto all'offesa arrecata e comporterebbe, di conseguenza, l'applicazione di una sanzione incapace di assolvere alla finalità rieducativa, proprio perché percepita come irragionevolmente sproporzionata⁸⁸. Senza contare che la gravità delle conseguenze di una simile opzione interpretativa aumenta significativamente nel caso in cui il candidato venga eletto, visto l'aumento secco di metà della pena previsto del terzo comma dell'art. 416 *ter c.p.*

4.2.3. Il cumulo giuridico

Un significativo ridimensionamento delle irragionevoli conseguenze sopra illustrate deriverebbe dall'applicazione del cumulo giuridico delle pene.

Tradizionalmente, chi ha sostenuto che il rapporto fra 416 *bis* e 416 *ter* dovesse essere ricostruito in termini di concorso di reati, l'ha implicitamente qualificato in termini di concorso materiale, proponendo di considerare i due illeciti avvinti dal vincolo della continuazione *ex art. 81 cpv*⁸⁹.

La questione non appare particolarmente controversa, per evidenti questioni pratiche; ciononostante viene da chiedersi se la natura permanente del reato associativo non renda preferibile una ricostruzione dei rapporti fra i suddetti reati in termini di concorso formale.

La scelta per l'una o per l'altra opzione non determinerebbe significativi cambiamenti né dal punto di vista sostanziale, dal momento che in entrambi i casi si giungerebbe all'applicazione del cumulo giuridico – secondo le disposizioni del primo e del secondo comma dell'art. 81 c.p. –, né dal punto di vista processuale, poiché sia il concorso formale che il reato continuato sono ipotesi in cui opera la connessione c.d. monosoggettiva di cui all'art. 12 c.p.p. La reale differenza opererebbe, invece, sul piano probatorio perché – solo in caso di concorso materiale – si renderebbe necessario dimostrare l'esistenza di un medesimo disegno criminoso che ha animato l'autore nella

⁸⁷ Sostengono la possibile configurabilità concorso di reati G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, op. cit., 2017, 287 e G. DE FRANCESCO, *Il delitto di scambio politico-mafioso*, 2014, op. cit.

⁸⁸ G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, op. cit., esclude che una simile "opzione legislativa potrebbe superare il vaglio della Corte costituzionale, risultando in contrasto con i principi di cui agli artt. 3 e 27 comma 3 Cost, sia all'esito di un più moderno giudizio diadico di proporzionalità, [...] sia all'esito di un più tradizionale giudizio triadico".

⁸⁹ G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, op. cit., 2017, 287 e G. DE FRANCESCO, *Il delitto di scambio politico-mafioso*, 2014, op. cit.

commissione dei due reati. Il rigore di questa impostazione sarebbe comunque mitigato dalla lettura estensiva data dalla giurisprudenza alla nozione di “medesimo disegno criminoso”.

Ciò premesso, in entrambi i casi si giungerebbe ad applicare al promittente la pena prevista per la violazione più grave aumentata sino al triplo anziché la pena risultante dal cumulo materiale.

Anche in questo caso, il problema di stabilire quale sia la violazione più grave è solo teorico, dal momento che, persino adottando il criterio dell'accertamento in astratto⁹⁰, la cornice edittale dei due reati è identica. Altrettanto agevole è l'individuazione della violazione più grave se si adotta il criterio dell'accertamento in concreto (è lo stesso art. 187 disp. att. c.p.p. a stabilire che “si considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave”), né nel caso in cui il candidato alle elezioni venga eletto⁹¹.

Anche questo “accorgimento” sul piano del trattamento sanzionatorio concretamente applicabile merita qualche ulteriore riflessione.

Il calcolo della pena secondo il criterio del cumulo giuridico lascia, evidentemente, ampio margine di discrezionalità nella decisione del *quantum* dell'aumento di pena da infliggere.

Solo l'aumento più contenuto possibile consentirebbe di conciliare il concorso di reati con i principi fondamentali sopra richiamati. Viceversa, ove si optasse per l'aumento del triplo (entro i limiti stabiliti dall'art. 81 c.p.), si riproporrebbero problemi di proporzionalità⁹², ragionevolezza e rieducazione. Sostanzialmente, la portata mitigatrice del cumulo giuridico verrebbe significativamente ridotta.

D'altra parte, è evidente che l'applicazione del cumulo giuridico consentirebbe di adeguare la risposta sanzionatoria alla gravità del caso concreto, permettendo di ridimensionare le conseguenze paradossali e irragionevoli che l'aver concepito queste due fattispecie in concorso reale fra loro comporta.

⁹⁰ Cass. Pen. SU, 28 febbraio 2013 (dep. 13 giugno 2013), n. 25939, già affermato da Cass. Pen., 2 dicembre 2002, n. 1318; Cass. Pen., 20 dicembre 2007, n. 47144; Cass. Pen., 15 giugno 2010, n. 24838. In dottrina: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, 2012, *op. cit.*

⁹¹ Tesi maggioritaria in dottrina: E.M. AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, Padova, 1991; F. COPPI, *Reato continuato*, in *Dig. pen.*, XI, Torino, 1996; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, VI ed., Padova, 2009; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale*, 2020, *op. cit.*; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Milano, 2019; A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, 2007; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, VII ed., Torino, 2018. In giurisprudenza: Cass. Pen., 6 marzo 2012, n. 25120; Cass. Pen., 9 febbraio 2010, n. 12765; Cass. Pen., 24 marzo 2009, n. 19978.

⁹² I problemi di proporzionalità verrebbero solo limitati (e non risolti) dall'applicazione del cumulo giuridico.

5. Conclusioni.

Come si è visto, l'ultima riforma dello scambio elettorale politico-mafioso approvata con l. 43/2019 ha determinato un significativo inasprimento della sanzione prevista dall'art. 416 *ter* c.p.

Tale aumento, più che aver approntato un sistema maggiormente efficace per combattere l'intensificarsi dei rapporti fra mafia e politica, ha creato significativi problemi applicativi, fra cui quello di stabilire quale sia la sanzione concretamente applicabile al promittente-esponente mafioso che, tramite l'accordo, contribuisca al consolidamento o al rafforzamento della vita dell'associazione. La modifica legislativa ha destituito di fondamento l'orientamento storico in base al quale fra reato di associazione mafiosa e reato di voto di scambio vi sarebbe stato un rapporto di sussidiarietà o di progressione criminosa, vista la diversa offensività che caratterizzava i delitti in questione. Ciò ha comportato la necessità di abbandonare la – condivisibile – prospettiva del concorso apparente di norme in favore del concorso di reati, soluzione che determina conseguenze inaccettabili in termini di trattamento sanzionatorio concretamente applicabile.

A distanza di quasi un trentennio dalla prima formulazione dell'art. 416 *ter*, si attendeva un intervento legislativo che, da un lato, fornisse un efficace strumento di lotta al fenomeno della contiguità politico-mafiosa e, dall'altro, resolvesse definitivamente l'annoso problema dei rapporti fra art. 416 *bis* e 416 *ter*.

La previsione una clausola di sussidiarietà espressa formulata nei seguenti termini "al di fuori dei casi di cui all'art. 416 *bis*"⁹³ sarebbe stata certamente la soluzione preferibile. Per quanto sia del tutto inverosimile – ancorché auspicabile – immaginare un ulteriore intervento legislativo nel giro di meno di due anni dall'ultima delle tante riforme che hanno interessato la norma in esame, l'inserimento di siffatta clausola rimane l'opzione più soddisfacente perché del tutto chiarificatrice dei dubbi interpretativi illustrati.

In alternativa, dovendosi – *de iure condito* – escludere il concorso apparente di norme, per le ragioni in precedenza chiarite, è auspicabile che in sede di commisurazione della pena il giudice possa disporre dello strumento del cumulo giuridico, così da adeguare la sanzione all'effettiva gravità del comportamento posto in essere. Solo per questa via si può evitare che la condanna a titolo di scambio politico mafioso finisca per assolvere a una finalità prettamente general-preventiva, come tale incompatibile con il dettato costituzionale.

⁹³ Non sarebbe stato, invece, soddisfacente prevedere la seguente clausola "salvo che non costituisca più grave reato", poiché – in assenza di una rideterminazione della cornice edittale – si sarebbe riproposto il problema di stabilire se l'art. 416 *bis* sia effettivamente un reato più grave.

CRIPTO-VALUTE E ABUSIVISMO FINANZIARIO: CRIPTO-ANALOGIA O INTERPRETAZIONE ESTENSIVA?

Nota a [Cass., Sez. II, sent. 17 settembre 2020 \(dep. 25 settembre 2020\),
n. 26807, Pres. Gallo, est. Coscioni](#)

di Francesco Dalaiti

L'offerta al pubblico di vendita di Bitcoins – se proposta in forma di investimento – integra il delitto di abusivismo finanziario ex art. 166 TUF, qualora il promotore non abbia adempiuto agli obblighi di cui agli artt. 91 e seguenti TUF. Con la pronuncia in commento la Suprema Corte per la prima volta “interviene” in ordine alla già dibattuta questione se le valute virtuali (nella specie Bitcoins) debbano intendersi quali «strumenti finanziari», o comunque «prodotti finanziari», ancorché atipici.

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. Premessa. – 3. Che cosa *non* è un *crypto asset*. – 4. I soggetti che svolgono attività connesse all'utilizzo dei *crypto assets*. – 5. I *crypto assets* nel panorama internazionale e specialmente europeo. – 6. I *crypto assets* nella normativa italiana. – 7. I *crypto assets* possono rientrare nella categoria di «strumenti» o «prodotti finanziari»? I provvedimenti in materia della giurisprudenza civile e amministrativa e delle Autorità nazionali. – 8. L'abusivismo c.d. sollecitatorio previsto dall'art. 166, comma 1, lett. c), TUF: struttura e relazione con i *crypto assets*. – 9. Conclusioni.

1. La vicenda.

Il Tribunale di Milano, in funzione di giudice del riesame, respingeva il gravame della difesa avverso un decreto di sequestro preventivo emesso dal giudice per le indagini preliminari, con il quale veniva disposto il sequestro preventivo a carico dell'indagato (sottoposto a procedimento penale per i reati di cui all'art. 110 c.p. e art. 648-bis c.p., d.lgs. n. 58 del 1998, art. 166, comma 1, lett. c) e art. 493-ter c.p.) della somma di € 206.442,32 e di ulteriori beni (carte che abilitano al prelievo di denaro, dispositivi elettronici, *smart phones*) già oggetto di sequestro probatorio emesso dal Pubblico Ministero. Tra le accuse, l'indagato veniva chiamato a rispondere anche del reato di abusivismo finanziario c.d. sollecitatorio ex art. 166, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 58 del 1998, poiché avrebbe proposto, tramite sito internet e relativa pagina Facebook, la vendita di Bitcoins sotto forma di investimento.

Ricorre per Cassazione la difesa dell'indagato sostenendo che, anzitutto, in forza del d.lgs. n. 90 del 2017, gli *exchangers* vengono considerati alla stregua dei cambia valute proprio perché la cripto valuta è da considerarsi un metodo di pagamento e non uno

strumento finanziario *ex art. 1, comma 2 TUF*, il quale, infatti, prevede che «gli strumenti di pagamento non sono strumenti finanziari». E ciò anche in ragione di una nota pronuncia pregiudiziale del 22 ottobre 2016 della Corte di Giustizia Europea avente ad oggetto proprio le operazioni di cambio della valuta virtuale *bitcoin* contro valuta tradizionale, nella quale era stato chiarito che i *bitcoins* non avevano altre finalità oltre a quella di mezzo di pagamento; secondo la difesa poi, avrebbe errato il Tribunale del riesame nel qualificare i *bitcoins* quali strumenti finanziari, poiché per affermare ciò si sarebbe compiuto un «generico ed impreciso riferimento ad atti comunitari e provvedimenti Consob» che sovvertiva la gerarchia delle fonti del nostro ordinamento, ritenendo una decisione della Corte di Giustizia UE ed un decreto legislativo minusvalenti rispetto ad un parere della Banca Centrale Europea o ad un parere della Consob o ancora ad una direttiva comunitaria priva di effetto per i cittadini perché non ancora recepita dal nostro ordinamento.

Tuttavia, per la Suprema Corte le argomentazioni della difesa sono infondate.

Con una pronuncia *tranchant*, che radicalmente omette qualsivoglia approfondimento di una questione così delicata, gli Ermellini ritengono che siccome «la vendita di bitcoin veniva reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento, tanto che sul sito ove veniva pubblicizzata si davano informazioni idonee a mettere i risparmiatori in grado di valutare se aderire o meno all'iniziativa, affermando che "chi ha scommesso in bitcoin in due anni ha guadagnato più del 97%"», allora si doveva ritenere che «la vendita di bitcoin veniva reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento»; per tali ragioni, dunque, si tratterebbe «di attività soggetta agli adempimenti di cui agli artt. 91 e seguenti TUF, la cui omissione integra la sussistenza del reato di cui all'art. 166, comma 1, lett. c) TUF».

2. Premessa.

Non v'è dubbio che la rivoluzione tecnologica degli ultimi decenni abbia comportato un cambiamento epocale in ogni settore delle relazioni sociali ed economiche. In particolare, si è assistito ad un radicale mutamento dell'economia e del mercato finanziario globale sino ad arrivare alla formulazione di nuovi termini e alla rimodulazione di interi settori normativi sia a livello nazionale che sovranazionale¹.

In questo contesto dinamico, che si potrebbe financo definire di «democratizzazione finanziaria»², spiccano per le loro peculiarità i *crypto assets*.

¹ Ne è un efficace esempio la *Financial Technology*, nota anche semplicemente come *FinTech*, locuzione con la quale si intende comunemente ricomprendere tanto i comparti della finanza tradizionale integrata e rimodulata grazie alle nuove tecnologie (si pensi ad esempio alla creazione di nuovi modelli di istituti di credito e/o di intermediazione finanziaria come la moneta elettronica, *home banking*, ecc.) ma anche prodotti e servizi digitali totalmente rivoluzionari quali, tra i tanti, *smart contract* e *blockchain*.

² Proprio i *crypto asset* sono stati definiti come massima espressione della «disintermediazione» e della «democratizzazione finanziaria», v. N. PASSARELLI, *Bitcoin e antiriciclaggio*, in *Gnosis*, 15 novembre 2016.

In ragione della loro complessa struttura e dei forti tecnicismi informatici che li caratterizzano, i vari interpreti hanno tentato di individuare progressivamente una loro corretta definizione: si è parlato di moneta, di mezzi di pagamento, di rappresentazione digitale di valore, di mezzi sottesi ad operazioni finanziarie, strumenti finanziari, prodotti finanziari e così via.

In ambito legale – sia esso civile, tributario, amministrativo e specialmente penale – il rischio diventa allora immediatamente percepibile: i *crypto assets* (definizione che come si vedrà appare maggiormente preferibile a quella di cripto valuta) acquistano natura camaleontica, proteiforme in relazione alla loro esatta qualificazione giuridica. Un gigantesco problema dogmatico che, come si tenterà di evidenziare senza alcuna pretesa di esaustività (e forse anche di «correttezza tecnico-informatica»), ha comportato una altrettanto vasta intelaiatura di norme, indirizzi delle Autorità ed interpretazioni, che hanno concorso a creare una vera e propria “*ragnatela*” normativa nella quale l’interprete rischia di rimanere prigioniero.

Il pernicioso riflesso che tutto ciò rischia di avere nella disciplina penale risulta allora evidente in forza dei principi di legalità e tassatività (e dunque di divieto di analogia) che governano la materia.

3. Che cosa non è un *crypto asset*.

Come si avrà modo di approfondire, in ragione delle complessità definitorie in merito alla reale natura dei *crypto assets*, l’operazione etimologica di categorizzazione di tali strumenti si ritiene più agile mediante una analisi in negativo.

Solo una definizione ha, per così dire, valore planetario: un *crypto asset* è «una rappresentazione di valore digitale».

Per il resto si potrebbe affermare con sufficiente certezza che tale strumento anzitutto non è assimilabile alla moneta avente corso legale. Per comprenderlo è opportuno tratteggiare per sommi capi, rimandando ad altra sede un’analisi approfondita³, come funzionano i *crypto assets*.

Anzitutto il termine *crypto* sta ad indicare la segretezza e la sicurezza che qualifica lo strumento.

Tra i *crypto assets*, la più celebre resta il *Bitcoin*, ma ve ne sono altre quali *Ethereum*, *Ripple*, *Litecoin* ecc., arrivando ad un numero pari a circa 500 in circolazione. Tali strumenti si caratterizzano per una loro radicale indipendenza da una struttura centralizzata (ad esempio una Banca) essendo la loro creazione e circolazione completamente autonoma, sviluppata sulla rete e gestita dagli utenti.

³ Soprattutto in relazione alla materia penale si rinvia alla puntuale analisi offerta da G.P. ACCINNI, *Profili di rilevanza penale delle “criptovalute” (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, in *Archivio Penale*, 2018. Tra i tanti, anche C. PERNICE, *La controversa natura giuridica di Bitcoin: un’ipotesi ricostruttiva*, in *Rassegna di diritto civile*, 2018, n. 1, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 333; R. RAZZANTE, *Bitcoin: tra diritto e legislazione*, in *Notariato*, 2018, n. 4, Ipsos.

Il terreno su cui si opera è una tecnologia che replica un libro contabile distribuito (la c.d. *distributed ledger technology*)⁴ meglio conosciuta come *blockchain* la quale «si compone di una serie concatenata di blocchi (da cui il nome), i quali registrano, per ogni transazione, l'identità del pagante, l'importo trasferito e l'identità del beneficiario. Ciascun blocco contiene quindi le informazioni relative a tutte le transazioni che si sono svolte consecutivamente nell'arco di dieci minuti, nonché un riferimento al blocco precedente. Pertanto, la serie concatenata di blocchi che costituisce la *blockchain* fornisce in ogni istante una rappresentazione completa e aggiornata di tutte le transazioni che si sono svolte dall'avvio del sistema sino a quel momento»⁵.

Non essendovi dunque un Istituto bancario che garantisce e controlla le transazioni, esse avvengono in rete tramite la modalità *peer-to-peer* che permette agli utenti di scambiare *crypto asset* mediante un sistema crittografico a doppia annotazione delle transazioni, garantito dalle c.d. «chiavi digitali». In tale maniera, ogni singolo *crypto asset* (ad esempio un *Bitcoin*) contiene l'intera sequenza delle transazioni di cui è stato oggetto.

Inoltre, non essendovi un Ente centrale che batte moneta non vi potrà essere nemmeno inflazione, poiché questa, come noto, deriva dall'espansione incontrollata dell'offerta di valuta; nel cosmo dei *crypto assets* ciò non può verificarsi poiché il loro numero è prestabilito. Ad esempio, i *Bitcoins* sono stati creati per raggiungere un limite massimo di 21 milioni. Ciò ne accresce il valore intrinseco, poiché oltre alla disponibilità limitata, è sempre più difficile produrne (*rectius*, estrarne). Tale attività di estrazione viene operata dai c.d. *miners* (minatori) mediante *hardware* o *software* dotati di elevatissima capacità operativa. Questi utenti sono coloro che, tramite un complesso processo di calcolo informatico, decriptano le chiavi di accesso delle transazioni tra altri utenti al fine di validarle; una volta decifrati i codici ricevono come «premio» un determinato numero di *Bitcoins*.

Secondo il noto rapporto *Virtual Currency Schemes* dell'ottobre 2012 stilato dalla Banca Centrale Europea⁶ vi sarebbero tre diverse categorie di *crypto assets*: una a *closed scheme* priva di legame con l'economia reale e utilizzata esclusivamente, ad esempio, su piattaforme di *gaming online*, un *asset* a «flusso unidirezionale» (ad es. *token*), acquistabile con moneta legale ad un tasso di scambio prestabilito, ma non convertibile, e uno a c.d. «flusso bidirezionale», come i *Bitcoins*; in tale ultimo contesto si realizza un vero e proprio scambio di valore, in cui la valuta legale può essere impiegata per acquistare l'*asset*

⁴ A livello interno la definizione normativa della *distributed ledger technology* la si trova nel decreto semplificazione 2019 ove si includono «tutte le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili» (art. 8-ter della legge 11 febbraio 2019, n. 12, che ha convertito con modificazioni il decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione).

⁵ Così M. AMATO – L. FANTACCI, *Per un pugno di bitcoin. Rischi e opportunità delle valute virtuali*, Milano, 2016, 16.

⁶ Disponibile sul [sito web della Banca Centrale Europea](#).

virtuale utilizzabile per acquistare beni o servizi (prevalentemente digitali), ma a sua volta, anche per riconvertirlo in moneta legale.

In breve, come è stato correttamente osservato «il primo dato che balza agli occhi, e in cui massimamente si manifesta la portata del fenomeno come esperienza di rottura rispetto agli schemi economico-giuridici tradizionali, è quello della spontaneità e della diffusività che caratterizza il momento genetico delle principali fra queste “monete”: non esiste un’entità emittente e la “moneta” si genera grazie all’operatività di software installati su una pluralità di terminali e tra loro interconnessi, secondo le regole codificate *ex ante* nel *software* stesso»⁷.

Ed allora, per tali motivi – che certamente meriterebbero maggior approfondimento⁸ – si ritiene etimologicamente più corretto, o quantomeno opportuno, non confondere i due istituti e invece che utilizzare il termine cripto «valuta»⁹, parlare, seppur ricorrendo alla lingua inglese, di *crypto asset*¹⁰ o comunque di «rappresentazione di valore digitale», definizione quest’ultima sintetica, ma certamente corretta *ex lege* nel nostro ordinamento ai sensi dell’art. 1, comma 2, lett. qq), d.lgs. n. 231/07 (di cui si dirà *infra*).

Sul punto si è, infatti, osservato¹¹ come l’utilizzo del termine «valuta» non appaia corretto, poiché con tale termine si fa riferimento unicamente alla moneta avente corso

⁷ M. CIAN, *La criptovaluta-alle radici dell’idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 3/2019, 315.

⁸ Senza pretesa di esaustività, un inquadramento della disciplina la si affida, primo fra tutti, all’inventore dei Bitcoins, S. NAKAMOTO, [Bit-coin: a peer to peer electronic cash system](#); v., poi, B. GUTTMANN, *The Bitcoin Bible. Gold edition*, Norderstedt, 2013; D. LEE D. KUO CHEN, *Handbook of Digital Currency. Bitcoin innovations, financial instruments and big data*, San Diego, 2015; T. ROSEMBUJ, *Bitcoin*, Barcelona, 2016; G. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del Bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Dir. Inf.*, 2015 N. VARDI, “Criptovalute” e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei Bitcoin, in *Dir. Inf.*, 2015; N. MANCINI, *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, in *Banca impresa soc.*, 2016, 1; G. LEMME – S. PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso Bitcoin*, in *Rivista dir. banc.*, 2016; M. BELLEZZA, *Blockchain*, in M.T. Paracampo (a cura di), *FinTech, Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017; G. FINOCCHIARO, *Le cripto-valute come elementi patrimoniali assoggettabili alle pretese esecutive dei creditori*, in *Rivista di diritto processuale*, 2019; G.L. GRECO, *Valute virtuali e valute complementari, tra sviluppo tecnologico e incertezze regolamentari*, in *Rivista dir. banc.*, 1/2019; R. MORO VISCONTI, *La valutazione delle blockchain: internet of value, network digitali e smart transaction*, in *Il Diritto Industriale*, 3/2019; G. RINALDI, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, in *Contr. impr.*, 2019; M. SEMERARO, *Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti*, in *Rivista di diritto bancario, pubblicazione trimestrale*, Fasc. II, Sez. I, Aprile-Giugno 2019; A. CALONI, *Bit Coin: profili civilistici e tutela dell’investitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, I; E. GIRINO, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018; A. PISANI MASSAMORMILE, *Noterelle pessimistiche sui bitcoin*, *Banca borsa e titoli di credito*, 2020, n. 3, Giuffrè, parte I, p. 465.

⁹ Tuttavia, anche per non confondere più del necessario in una materia che già di per sé risulta piuttosto articolata e complessa, nel presente lavoro si utilizzerà più volte l’espressione «valuta virtuale» essendo comunque, e ancora, quella maggiormente utilizzata sia nel linguaggio comune, ma ancor di più, in quello giuridico.

¹⁰ Del resto, anche l’ESMA (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), nel suo recente [Advice on Initial Coin Offering and Crypto-Assets](#) del 9 gennaio 2019, li definisce in tal modo.

¹¹ M. PASSARETTA, *Il primo intervento del legislatore italiano in materia di “valute virtuali”*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, V, 2018.

legale, ovvero quella moneta alla quale lo Stato imprime corso forzoso e che, come noto, non può legittimamente essere rifiutata da un qualunque creditore come strumento di adempimento di un'obbligazione pecuniaria (art. 1277 c.c.). Ancora, sotto il profilo della natura giuridica, si è pure detto che le valute legali e le valute virtuali si distinguono nettamente ed il rischio è quello di assimilarle, ponendo l'accento sul termine «*valuta*» e non sugli attributi «*legale*» e «*virtuale*» che, al contrario, differenziano notevolmente i due mezzi di pagamento sia giuridicamente che finanziariamente¹².

D'altronde, che i *crypto assets* non possano essere in alcun modo equiparati alla moneta avente corso legale appare alquanto pacifico poiché pure la Banca d'Italia ha avuto modo di evidenziare come gli stessi «non sono moneta legale di stato (*"fiat money"*), «depositi» o «fondi», né «una passività di una istituzione», e nemmeno «una moneta avente un valore intrinseco (*outside money*) come l'oro o l'argento»¹³.

In conclusione, tali strumenti non solo *non* sono moneta legale, ma *non* vanno nemmeno confusi con la moneta elettronica (carte di pagamento e conti prepagati, *PayPal*, conti di tipo comunque collegati a moneta legale).

4. I soggetti che svolgono attività connesse all'utilizzo dei *crypto assets*.

Ai fini del presente lavoro è opportuno focalizzare l'attenzione sui *crypto assets* a flusso bidirezionale ove, come visto, si realizza un vero e proprio scambio di valore, in cui la valuta legale (sia essa denaro o mezzo di pagamento digitale quali *PayPal*, carta di credito o prepagata) può essere impiegata per acquistare l'*asset* virtuale (ad es. i *Bitcoin*) utilizzabile sia per acquistare beni o servizi (prevalentemente digitali), sia per riconvertirlo in moneta legale.

Tali operazioni possono compiersi in due modalità, tramite una sorta di intermediazione di due figure, gli *exchangers* o i *wallet providers*. Questa seconda categoria è tra le più diffuse sulle piattaforme di *online exchange*, poiché sfruttando la *distributed ledger technology*, fa sì che le transazioni avvengano tra i vari utenti in modalità *peer-to-peer* (P2P) senza l'intervento di un soggetto terzo. Il *wallet provider* mette semplicemente a disposizione un portafoglio digitale (*e-wallet*) al fine di consentire agli utenti di potersi digitalmente *incontrare*¹⁴ e cominciare ad effettuare delle transazioni di *crypto assets* con altri utenti registrati. Tale attività è stata definita una sorta di *trading*

¹² Così, acutamente, M. KROGH, *Transazioni in valute virtuali e rischi di riciclaggio. Il ruolo del notaio*, in *Notariato*, II, 2018, Ipsa.

¹³ Banca d'Italia, *Occasional Paper*, 18 marzo 2019, n. 484; analogamente, si veda già il documento del medesimo Istituto di Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette «valute virtuali» del 30 gennaio 2015, ove si indicava che «le criptovalute non devono confondersi con i tradizionali strumenti di pagamento elettronici (carte di credito, carte di debito, ecc.)», poiché «non rappresentano in forma digitale le comuni valute a corso legale (euro, dollaro, ecc.)» né «sono emesse o garantite da una banca o da un'autorità pubblica e generalmente non sono regolamentate».

¹⁴ Il controllo delle transazioni, infatti, come visto, non è soggetto al controllo di alcuna Autorità statale, ma è affidata alla rete stessa, mediante (ad esempio per i *Bitcoin*) la *Blockchain*, quella concatenazione di blocchi immutabile che tiene traccia di ogni transazione in forma anonima.

indiretto, ove l'intermediazione si identifica nei soli costi di transazione prestabiliti e nella garanzia di sicurezza ed anonimato del servizio¹⁵.

Diversamente operano gli *exchangers*¹⁶, i quali, tramite un c.d. *trading diretto*, consentono agli utenti di usufruire di un servizio di vera e propria compravendita di valute virtuali tramite l'impiego di moneta legale, prevalentemente elettronica (carta di credito, prepagata o *PayPal*), ad un tasso di cambio predefinito. In tale caso, l'utente può acquistare moneta virtuale per poi rivenderla ad un prezzo evidentemente maggiore di quello di acquisto o di produzione (*mining*). L'attività si ritiene puramente speculativa e per tale ragione, come si approfondirà, si è cominciato ad includere il *cryptocurrency exchange* nell'alveo della categoria degli investimenti finanziari¹⁷.

In tale categoria, poi, paiono ricondursi le c.d. *ICOs* (*Initial Coin Offers*), termine evidentemente mutuato dalle *IPOs* (*Initial Public Offering*) che, come noto, indica appunto un'offerta pubblica iniziale di titoli azionari con cui una società colloca parte di tali titoli per la prima volta sul mercato borsistico, offrendoli al pubblico degli investitori.

Con le *ICOs*¹⁸ viene comunemente indicato un alternativo sistema, sofisticamente evoluto, con cui si raccolgono fondi necessari a finanziare un progetto imprenditoriale, mediante appunto l'emissione di *crypto assets* (c.d. *coin* o *token*) in luogo dei tradizionali strumenti finanziari. Gli *assets token* – ulteriore evoluzione della «cripto valuta», per così dire, classica (ad es. *Bitcoins*) – possono essere acquistati dagli investitori sia mediante quest'ultima o tramite moneta avente corso legale (anche in forma digitale), ed hanno caratteristiche analoghe alle quote azionarie, incorporando per l'acquirente diritti relativi al progetto finanziato e/o rendimenti connessi allo sviluppo del progetto stesso.

¹⁵ Così L. D'AGOSTINO, *Operazioni di emissione, cambio e trasferimento di criptovaluta: considerazioni sui profili di esercizio (abusivo) di attività finanziaria a seguito dell'emanazione del D.lgs. 90/2017*, in *Rivista di diritto bancario*, V, 2018.

¹⁶ Uno delle principali piattaforme di *exchanging* è *Coinbase*, il quale a fine 2017 operava in 32 Paesi, tra cui l'Italia, ed era utilizzato da 11,5 milioni di utenti in tutto il mondo. La sua piattaforma consente la gestione e il *trading* di 3 *crypto assets*: *Bitcoin*, *Ethereum* e *Litecoin*. L'intermediario non risulta ancora regolamentato dalle principali autorità preposte alla vigilanza sui mercati finanziari tra cui CONSOB per l'Italia, il *CySEC* per l'Europa e la *FIDA* per la Gran Bretagna. Come è stato osservato da Yves Mersch membro del Comitato esecutivo della Banca centrale europea, in occasione della Conferenza congiunta BCE – Banca d'Italia a Roma dello scorso 30 novembre 2017 «il loro potere di acquisto è soggetto ad ampie oscillazioni e dipende esclusivamente dall'attività di mercato degli speculatori». Per una disamina ulteriore, M. BELLINO, *I rischi legati all'ecosistema Bitcoin: i nuovi intermediari*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, n. 30.

¹⁷ In relazione alla riserva di valore – o alla perdita – che si potrebbe realizzare dall'operazione va però osservato sin d'ora che l'oscillazione del prezzo di un *crypto asset*, ad esempio il *Bitcoin*, non è equiparabile a quanto avviene in un mercato regolamentato ed in relazione alla moneta avente corso legale. Ciò perché se, come noto, il valore di un prodotto varia in ragione dell'incontro tra domanda ed offerta, l'offerta di *Bitcoins* è definita come *offerta c.d. rigida*, in quanto, come visto, l'ammontare degli *assets* già disponibili – o che saranno “minati” (*mined*) nel tempo – è fissato a priori (21 milioni). Ciò evidentemente non accade con la valuta legale ove – ad esempio una Banca Centrale – può stimolare l'offerta, stampando nuova moneta per alterarne il valore di mercato, anche se genererà inflazione. Il valore dei *Bitcoins*, al contrario, è molto spesso tendente al rialzo; di più, il fatto che essi siano predeterminati nel numero e la loro estrazione non fa che accrescerne il valore, in ragione delle dispendiose capacità di calcolo informatico che vengono richieste per l'operazione di *mining* che risultano sempre più complesse e riservate a “pochi eletti”.

¹⁸ Per un approfondimento si rimanda a A. DI LERNIA, [Crowdfunding @ICOs: esigenze di prevenzione del rischio di commissione di reati nell'era della digital economy](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2019.

5. I *crypto assets* nel panorama internazionale e specialmente europeo.

Al 2018, secondo la piattaforma *coinmarketcap.com*, si è stimato che il mercato dei *crypto assets* abbia superato una capitalizzazione di 150 miliardi di dollari, con una movimentazione giornaliera di oltre 3,5 miliardi.

Diviene, dunque, comprensibile come tali impressionanti numeri abbiano da tempo attirato l'attenzione delle principali Istituzioni ed Autorità nazionali ed internazionali.

Si è tentato così – a più riprese – di dare forma identitaria al fenomeno (economicamente e giuridicamente) sempre però preservando il mercato da possibili interferenze illecite¹⁹ e, al contempo, cercando di non soffocare sul nascere uno strumento così innovativo e dalle grandi capacità²⁰, e che per tali ragioni appare certamente meritevole di tutela.

Senza addentrarsi in un catalogo riguardante i singoli paesi a livello planetario, pare sufficiente ricordare che secondo un recente studio²¹ la valuta digitale risulterebbe giuridicamente considerata in 246 nazioni: sarebbe legale in 99 Stati, illegale in 10, soggetta a limitazioni in 7, mentre nei rimanenti Paesi vi sarebbe una normativa totalmente incerta.

Per quanto riguarda l'Europa, la *crypto currency* è sostanzialmente legale²² ed è stata oggetto di una moltitudine di interventi e pareri da parte delle principali Autorità.

¹⁹ L'impiego di *crypto currency* per compiere attività illecite ha da tempo suscitato primaria considerazione a livello mondiale, sia per le dimensioni che il fenomeno ha assunto, sia perché la creazione e lo scambio di tale strumento, come visto, è caratterizzato da una sostanziale incontrollabilità da parte delle singole Autorità statali ed anonimato. L'assenza di una loro regolamentazione, dunque, comporta un impiego sistematico delle valute virtuali quali mezzi elusivi della tracciabilità dei flussi di denaro, spesso utilizzato per importanti attività di riciclaggio (*cyberlaundering*), ma anche compravendita di armi, droga e materiale pedopornografico, specialmente nel *deep web*. Per una disamina approfondita sull'argomento, per tutti, G.P. ACCINNI, *op. cit.*, 2018; v. anche L. PICOTTI, *Profili penali del cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4/2018. Tali attività illecite (specialmente i fenomeni di riciclaggio) sono poi favorite da nuove tecnologie quali i servizi di *mixing* (la più celebre è un *software* denominato *Monero*) che in sostanza permettono di far perdere traccia delle transazioni effettuate sulla *blockchain*, che, come visto, si caratterizza per il fatto di registrare ogni passaggio di *crypto asset*; sul punto si veda, CALZONE, [Servizi di mixing e Monero](#), in *Gnosis*, 28 luglio 2017.

²⁰ Già nel 2016, con la Proposta di Direttiva 2016/0208 (COD) in modifica alla Direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dei fenomeni di riciclaggio e finanziamento al terrorismo attuati mediante l'uso sistema finanziario, la Commissione europea evidenziava a p. 14 come «La misura proposta prende in considerazione il potenziale del mercato delle valute virtuali in termini di innovazione delle modalità di interazione tra governi e cittadini per quanto riguarda la condivisione dei dati, la trasparenza e la fiducia, nonché in termini di nuovi spunti per la definizione della titolarità e della provenienza dei beni e della proprietà intellettuale». Ciò in considerazione del fatto che, come visto, i *crypto assets*, circolano in rete mediante la tecnologia *peer to peer* che permette agli utenti di scambiarle mediante un sistema crittografico a doppia annotazione delle transazioni garantito dalle c.d. «chiavi digitali». In tale maniera, come già evidenziato, ogni singolo *crypto asset* contiene l'intera sequenza delle transazioni di cui è stata oggetto.

²¹ Sul punto si veda il lavoro [Mapped: Bitcoin's Legality Around The World](#), reperibile sul sito *How Much*.

²² Analogamente lo è negli Stati Uniti e in Giappone seppur con diverse scadenze. Per un accurato e puntuale

Con provvedimenti volti ad analizzare le caratteristiche e i rischi connessi alle valute virtuali, la prima Istituzione ad intervenire ufficialmente nel luglio 2014 è stata la *European Banking Authority* (EBA) definendo, in una *opinion*²³, tali strumenti come «rappresentazioni digitali di valore» non emesse da banche centrali o da altre autorità pubbliche, le quali possono essere accettate da persone fisiche o giuridiche come «mezzo di pagamento». In assonanza con tale indirizzo si è posta anche la Banca Centrale Europea (d'ora in poi BCE) l'anno successivo²⁴.

Può, dunque, cominciarsi ad intravedere un ulteriore indirizzo che non cataloga i *crypto assets* come moneta (v. *supra*), ma che li qualifica quali, si potrebbe dire, atipici «mezzi di pagamento».

Vi è poi stato un più recente *statement* dell'ESMA (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati) ove, in ragione degli ulteriori sviluppi tecnologici e finanziari, viene affrontato il tema in relazione all'intimamente connesso fenomeno già accennato delle *ICOs* (*initial coin offers*). Si è allora sostenuto che, a seconda di come sono strutturate, le *ICOs* «potrebbero non rientrare nell'ambito delle regole esistenti e quindi rimanere al di fuori dello spazio regolamentato. Tuttavia, laddove le monete o i *token* si qualificano come strumenti finanziari, è probabile che le imprese coinvolte nelle *ICO* conducano attività di investimento regolamentate, quali collocamento, negoziazione o consulenza su strumenti finanziari o gestione o commercializzazione di fondi di investimento collettivo. Le imprese possono, inoltre, essere coinvolte nell'offerta di valori mobiliari al pubblico»²⁵.

Dunque, se pur in tema tecnicamente ulteriore e diverso, si è inteso qualificare le *crypto currencies* – se utilizzate in determinate forme – quali «strumenti finanziari», ciò comportando una eventuale applicazione della disciplina Direttiva 2014/65/UE (c.d. MiFID II). Di tale inquadramento, anche con riferimento all'ulteriore categoria delle *STOs* (*Security Tokens Offerings*), si tratterà in seguito.

A livello giurisprudenziale, non va poi dimenticata la nota pronuncia della Corte di Giustizia Europea, come pure citata dal ricorrente nella pronuncia in commento, che nella sent. 22 ottobre 2015 (nella causa C-264/14, *Skatteverket c/ David Hedqvist*)²⁶, occupandosi di questioni attinenti all'incidenza delle *crypto currencies* nella sfera del diritto tributario dell'Unione, ha affermato, proprio con riferimento al *Bitcoin*, che: «le operazioni relative a valute non tradizionali, vale a dire diverse dalle monete con valore liberatorio in uno o più paesi, costituiscono operazioni finanziarie, in quanto tali valute siano state accettate dalle parti di una transazione quale mezzo di pagamento alternativo ai mezzi di pagamento legali e non abbiano altre finalità oltre a quella di un mezzo di

approfondimento della disciplina nei vari Paesi, si rinvia a F. DI VIZIO, *Lo statuto penale delle valute virtuali: le discipline e i controlli*, Relazione al corso *Cryptocurrency e Blockchain: profili civilistici e penalistici* del 6 giugno 2019 della Scuola Superiore della Magistratura.

²³ *EBA Opinion on 'virtual currencies'* del 4 luglio 2014.

²⁴ L'elaborato, il *Virtual currency schemes – a further analysis*, risale al febbraio 2015.

²⁵ *ESMA alerts firms involved in Initial Coin Offerings (ICOs) to the need to meet relevant regulatory requirements*, 13 November 2017, ESMA50-157-828, reperibile sul [sito web](#) dell'ESMA.

²⁶ Per un commento v. S. CAPACCIOLI, *Bitcoin: le operazioni di cambio con valuta a corso legale sono prestazioni di servizio esenti*, in *Fisco (II)*, 2015, n. 44, *Eti – Wolters Kluwer Italia Professionale*, p. 4274.

pagamento». Vengono dunque affrontati i due temi che notoriamente suscitano maggiore interesse, ovvero lo scambio tra moneta avente corso legale e valuta virtuale e l'utilizzo di *Bitcoin*s, inteso come «mezzo di pagamento» per l'acquisto di beni o servizi su piattaforma digitale, entrambi, secondo la Corte, da intendersi quali servizi esenti da IVA. Anche in questo caso, si comincia a far riferimento ad «operazioni finanziarie».

Ebbene, oltre a tali interventi, vi sono poi la direttiva europea n. 2015/849/UE e la V direttiva antiriciclaggio UE 2018/843²⁷ che come si avrà modo di analizzare nel dettaglio sono state recepite dal nostro Legislatore – quale vero e proprio *frontrunner* europeo²⁸ – per apportare significative modifiche alla normativa nazionale antiriciclaggio di cui al d.lgs. 231/2007.

Merita ulteriore attenzione ai fini del presente lavoro anche la Direttiva UE 2018/1673 del 23 ottobre 2018, anch'essa in materia di contrasto al *cyberlaundering* (con termine di recepimento per il Legislatore nazionale fissato al 3 dicembre 2020). Finalità primaria dell'indirizzo comunitario è l'attuazione di una maggior cooperazione fra Stati membri volta ad impedire una incontrollata proliferazione di fenomeni di riciclaggio, che sempre più spesso si manifestano sfruttando tanto il cyberspazio, quanto le legislazioni nazionali più favorevoli. Ebbene, tenuto conto che i *crypto assets* sono intesi quale «rappresentazione di valore digitale» oppure «mezzo di pagamento», in tale complesso normativo si intende ampliarne ulteriormente la definizione, laddove all'art. 2, in relazione all'oggetto della condotta di riciclaggio, questi vengono inclusi nella più ampia categoria di bene, inteso esso di «qualsiasi tipo, materiali o immateriali, mobili o immobili, tangibili o intangibili, e i documenti o gli strumenti giuridici in qualsiasi forma, compresa quella elettronica o digitale, che attestano il diritto di proprietà o altri diritti sui beni medesimi». Il quesito, dunque, si potrebbe in aggiunta porre in relazione al fatto se per valuta digitale si debba intendere un bene materiale, il che pare abbastanza arduo – per non dire impossibile – viste le sue intrinseche caratteristiche, oppure, preferibilmente, un *bene immateriale*, che, come noto, tende a ricomprende anche la categoria dei *prodotti e strumenti finanziari*.

In questo senso, infatti, si ricorda che recentemente la Commissione europea, in data 24 settembre 2020, ha pubblicato un *Digital finance package* (meglio noto come “*Regulation on Markets in Crypto-assets*”, o MiCA)²⁹, ove, tra i tanti obiettivi che si pone,

²⁷ Per la Direttiva “*virtual currencies*” means a digital representation of value that is not issued or guaranteed by a central bank or a public authority, is not necessarily attached to a legally established currency and does not possess a legal status of currency or money, but is accepted by natural or legal persons as a means of exchange and which can be transferred, stored and traded electronically».

²⁸ Come efficacemente definito da G.P. ACCINNI, [Cybersecurity e criptovalute. Profili di rilevanza penale dopo la Quinta Direttiva](#), in *Sistema Penale*, 16 maggio 2020.

²⁹ Tale proposta regolamentare origina da quanto elaborato dall' *Advice Initial Coin Offerings and Crypto-Assets* dell'ESMA (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati) del 9 gennaio 2019 in merito alla possibile applicazione della disciplina dei servizi di investimento agli *asset token*, meglio noti come i c.d. *security token*, ovvero le criptovalute che per le loro caratteristiche intrinseche possano qualificarsi come «strumenti finanziari» o «prodotti di investimento» atipico. Nell'elaborato, peraltro, l'Autorità faceva riferimento ad un suo precedente *report* del 7 gennaio 2017 *The Distributed Ledger Technology Applied to Securities Markets*. Per un commento a quest'ultimo, si rimanda a F. ANNUNZIATA, *Distributed Ledger Technology e mercato finanziario: le prime posizioni dell'ESMA*, in M.T. Paracampo (a cura di), *op. cit.*, 2017.

vi è quello di creare, sotto forma di Regolamento (come tale, dunque, *self-executing* per gli Stati membri), una «prima regolamentazione europea sulle cripto-attività».

Si prevede, dunque, all'art. 3, comma 1, n. 2) una definizione di *crypto assets*, da intendersi – si potrebbe dire ancora una volta – quali «rappresentazioni digitali di valore o di diritti che possono essere trasferite o conservate elettronicamente utilizzando le *distributed ledger technology* tecnologie simili»³⁰. Ciò che però assume estremo rilievo è l'art. 2, comma 2, il quale delineando il perimetro applicativo della Proposta regolamentare, vi include gli «strumenti», che pur potendo rientrare nella categoria di *crypto assets*, non possono tuttavia venire ricompresi nell'ambito di applicazione del Regolamento. Tra questi si evidenziano: 1) gli strumenti finanziari, come definiti dalla Direttiva 2014/65/EU; 2) la moneta elettronica, come definita dalla Direttiva Directive 2009/110/EC; 3) i depositi, come definiti dalla Direttiva 2014/49/EU; 4) i depositi strutturati, come definiti dalla Direttiva 2014/65/EU; 5) le cartolarizzazioni, come definite dal Regolamento 2017/2402/EU.

Dal combinato disposto dei due articoli citati si può dunque dedurre come la nuova proposta regolamentare riguardi solamente gli *asset-referenced token*³¹, gli *electronic money token*³² e gli *utility token*³³ (e tra questi i *Bitcoins*). Non rientrerebbero, dunque, all'interno del *Proposal* i c.d. *security token*³⁴, o *investment token*. Ciò, forse, in ragione del

³⁰ Art. 3, comma 1, n. 2): «'crypto-asset' means a digital representation of value or rights which may be transferred and stored electronically, using distributed ledger technology or similar technology».

³¹ Art. 3, comma 1, n. 3): «'asset-referenced token' means a type of crypto-asset that purports to maintain a stable value by referring to the value of several fiat currencies that are legal tender, one or several commodities or one or several crypto-assets, or a combination of such assets», dunque «cripto-attività che mantengono stabile il proprio valore grazie al collegamento con il valore di valute aventi corso legale, panieri di beni, altre cripto-attività o da una combinazione di questi». Tra queste parrebbe così potersi annoverare il c.d. *stablecoin* (Libra di Facebook ad esempio).

³² Art. 3, comma 1, n. 4) «'electronic money token' or 'e-money token' means a type of crypto-asset the main purpose of which is to be used as a means of exchange and that purports to maintain a stable value by referring to the value of a fiat currency that is legal tender.», dunque «cripto-attività il cui scopo principale è quello di essere utilizzate per lo scambio di beni e servizi e che mirano comunque a mantenere fisso il proprio valore tramite un collegamento esclusivo con monete aventi corso legale».

³³ Art. 3, comma 1, n. 5): «'utility token' means a type of crypto-asset which is intended to provide digital access to a good or service, available on DLT, and is only accepted by the issuer of that token», dunque «cripto-attività emesse allo scopo di fornire l'accesso digitale a un bene o a un servizio, disponibile su una rete DLT e accettate esclusivamente dall'emittente».

³⁴ Nello specifico il riferimento è alle *STOs* (*Security Tokens Offerings*), forma ulteriormente evoluta delle *ICOs* (*Initial Coin Offerings*), per le quali «si intende l'offerta di strumenti finanziari rappresentativi di *asset class* tradizionali come azioni, obbligazioni, diritti, obblighi e loro derivati, ovvero di *asset class* alternativi (*crypto assets*) i cui più disparati sottostanti investibili, beni reali, finanziari e virtuali, sono capaci di produrre ricchezza rivalutandosi o distribuendo reddito. Tali *assets* vengono inseriti in uno smart contract e digitalizzati attraverso un *token* (codice informatico) che ne garantisce l'autenticità e la proprietà attraverso l'utilizzo di tecnologie DLT (*Blockchain Distributed Ledgers Technology*). L'emissione di un *Security token* è assimilabile ad una cartolarizzazione di asset (tangibili, intangibili e commerciali) con la differenza che le *Security token* si basano appunto sull'utilizzo di tecnologie DLT»; definizione reperibile sul [sito Opstart](#). Per una analisi approfondita del tema riguardante i *security tokens* e le *STOs* e la loro qualificazione si rimanda a P. CARRIÈRE, *Le "criptovalute" sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di "strumenti finanziari", "valori mobiliari" e "prodotti finanziari"*, tra tradizione e innovazione, in *Rivista di diritto bancario*, II, 2019.

fatto che proprio l'ESMA con l'*Advice* del 2019 (par. 8) aveva già evidenziato come fosse ancora problematico concepire una unitaria disciplina di raccordo tra le previsioni dei tradizionali strumenti finanziari e il loro prototipo *crypto*.

Va però osservato che in aggiunta a tale elaborato piano di riforma comunitaria vi è la *Proposal For A Directive Of The European Parliament And Of The Council Amending Directives 2006/43/EC, 2009/65/EC, 2009/138/EU, 2011/61/EU, EU/2013/36, 2014/65/EU, (EU) 2015/2366 and EU/2016/2341- (COM/2020/596 final)* con la quale, in via complementare, si intende modificare la vigente normativa finanziaria europea per evitare profili di frizione proprio con l'anzidetto *Digital finance package* della Commissione; al primo paragrafo dell'art. 6, infatti, si prevede una modifica della definizione di «strumento finanziario» di cui alla Direttiva 2014/65/EU (MiFID II) così da poter ricomprendere in tale categoria anche quelli emessi tramite utilizzo della *distributed ledger technology*³⁵.

Trattandosi però di una *Proposal*, ben si comprende come tale modifica non sia affatto vincolante ed ancora in fase embrionale.

Per tali ragioni si può affermare come, ad oggi, il MiFID non comprenda espressamente i *crypto assets* all'interno della categoria degli «strumenti finanziari».

Ancora, non sfugge la direttiva UE 2019/713 del 17 aprile 2019³⁶, la quale stabilisce norme minime in materia di reati e sanzioni contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, includendo specificatamente i *crypto assets*. Al *considerando 10* è precisato che tali strumenti digitali sono presi in considerazione solo quando utilizzati per effettuare pagamenti e che «la definizione del termine di “mezzi di scambio digitali” dovrebbe riconoscere che i portafogli elettronici per il trasferimento di valute virtuali possono presentare, ma non presentano necessariamente, le caratteristiche di uno strumento di pagamento e non dovrebbe estendere la definizione di strumento di pagamento». Per «mezzi di scambio digitali» si include all'art. 2 il *crypto asset* inteso quale «rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è legata necessariamente a una valuta legalmente istituita e non possiede lo status giuridico di valuta o denaro, ma è accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio, e che può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente»³⁷.

Si può dunque ragionevolmente concludere che, ad oggi, i *crypto assets* sono concepiti a livello comunitario quali «rappresentazioni di valore digitale» o «mezzi di scambio per effettuare pagamenti», il che potrebbe condurre a ritenerli semplicemente «mezzi di pagamento» (v. *European Banking Authority* (EBA), BCE e Corte di Giustizia).

Certamente, però, vi è un indirizzo – fondato sull'analisi dei progressi tecnologico-finanziari – che porterà in un futuro, ragionevolmente non troppo lontano, a rimodulare la normativa (specialmente la MiFID II) al fine di includere tali *assets* nella categoria degli «strumenti finanziari».

³⁵ “In Article 4(1), point 15 is replaced by the following: ‘financial instrument’ means those instruments specified in Section C of Annex I, including such instruments issued by means of distributed ledger technology”.

³⁶ Gli Stati membri dovranno uniformarsi a tale direttiva entro il 31 maggio 2021.

³⁷ Definizione mutuata dalla V direttiva antiriciclaggio UE 2018/843, di cui si è già accennato.

6. I *crypto assets* nella normativa italiana.

In tale travagliato contesto va tuttavia osservato come il nostro Legislatore abbia giocato d'anticipo, introducendo per primo a livello comunitario, una definizione normativa di *crypto asset*.

Il complesso normativo di riferimento è quello antiriciclaggio (d.lgs. n. 231/07), poiché, da sempre, come si è anticipato, tali particolari forme di valore digitale vengono spesso ricollegate a sofisticati ed innovativi fenomeni di riciclaggio di denaro³⁸.

Ed invero, a seguito dell'emanazione del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, in attuazione della l. 12 agosto 2016, n. 170 (legge delega per l'attuazione della direttiva europea n. 2015/849/UE), sono state introdotte significative modifiche alla legge antiriciclaggio vigente (d.lgs. n. 231/07) e si è stabilito che per «valuta virtuale», ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. qq), d.lgs. n. 231/07, deve intendersi una «rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi, trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente». Tale definizione recuperava, tra le tante già richiamate, anche quella delineata dal GAFI nel 2014³⁹.

In questo senso, dunque, il Legislatore preferiva rimanere, per così dire, piuttosto neutro nel definire le *crypto currencies*, qualificandola correttamente con il termine ormai universale di «rappresentazione di valore digitale».

In relazione, poi, ai soggetti che svolgono attività connesse all'utilizzo della *criptovalute* (i c.d. *exchangers*), questi venivano *ex lege* equiparati ai cambiavalute e definiti all'art. 1, comma 2, lett. ff), d.lgs. n. 231/07 come «ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale». Non si prevedevano ancora i c.d. *wallet providers*.

Come noto, poi, con il d.lgs. n. 125 del 4 ottobre 2019 in attuazione della V direttiva antiriciclaggio UE 2018/843⁴⁰ e pubblicato nella Gazz. Uff. 26 ottobre 2019, n.

³⁸ G.J. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, Torino, 2019; L. STURZO, [Bitcoin e riciclaggio 2.0](#), in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5/2018; L. PICOTTI, *op. cit.*, 2018; S. MULINARI, *Cyberlaundering, Riciclaggio di capitali, finanziamento del terrorismo e crimine organizzato nell'era digitale*, Pearson, 2003; J. HUNT, *The new frontier of Money Laundering: how terrorist organizations use cyberlaundering to fund their activities, and how governments are trying to stop them*, in *University of Florida Levin College of Law*, May 2011;

³⁹ FAFT-GAFI Report, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, June 2014, p. 4.

⁴⁰ L'art. 1, par. 2, lett. d), della dir. UE 2018/843 del Parlamento Europeo del 30 maggio 2018 (il quale modifica l'art. 3 della dir. UE 2015/849 sulla prevenzione dell'uso del sistema finanziario per finalità di riciclaggio o finanziamento del terrorismo) ha definito le criptovalute come «una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente».

252, il Legislatore ha introdotto nel d.lgs. 231/2007 ulteriori apposite misure volte a fronteggiare fenomeni di riciclaggio connessi all'impiego di valute virtuali.

In particolare, si è inteso ampliare la definizione di «valuta virtuale» di cui all'art. 1, comma 2, *lett. qq*), d.lgs. 231/2007, includendo anche «la finalità di investimento», prevedendo, ora, la valuta virtuale come «La rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente».

Inoltre, si introduce, tra le attività di cambiavalute anche i servizi di conversione, ovvero l'ipotesi di conversione «in altre valute virtuali», poiché all'art. 1, comma 2, *lett. ff*), d.lgs. 231/2007, come modificato dall'art. 1, comma 1, *lett. f*), d.lgs. 125/2019, si definiscono «prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale: ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale o in rappresentazioni digitali di valore, ivi comprese quelle convertibili in altre valute virtuali nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute».

Tale innesto, dunque, espande la categoria riguardante la figura del prestatore di servizi relativi all'utilizzo di *crypto assets* che, come visto, era già stata introdotta con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, modificando l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 231/07, alla *lett. ff*). La novità – specialmente con riferimento all'aggiunta della categoria di «altre valute virtuali» – pare potersi riferire, ad esempio, alla già tratteggiata ipotesi di acquisto (*scambio*, se si aderisce al dettato normativo), tramite *crypto asset* (*Bitcoin*), di *token* (intesi come evoluzione dei primi) nell'ipotesi di partecipazione ad una *ICO* o ad una *STO*.

Ciò che però assume rilievo è che la figura dell'*exchanger*, veniva – e resta, non essendo stata oggetto di ulteriore manipolazione normativa – inserita nel catalogo degli «operatori non finanziari» ai sensi del comma 5, dell'art. 3 d.lgs. n. 231/07, ove alle *lett. i* e *i-bis*) si stabilisce che «[r]ientrano nella categoria di altri operatori non finanziari [...] i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale [e] i prestatori di servizi di portafoglio digitale».

Come si potrà notare, infatti, la novella del 2019, all'art. 1, comma 2, *lett. ff-bis*), ha aggiunto alla categoria degli operatori non finanziari anche i prestatori di servizi di portafoglio digitale (c.d. *wallet provider*) definiti come «ogni persona fisica o giuridica che fornisce, a terzi, a titolo professionale, anche on line, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali»⁴¹. In pratica, veri e propri *broker* che gestiscono un portafoglio virtuale per conto terzi.

⁴¹ Lettera così modificata dall'art. 1, comma 1, *lett. n*), *n. 4*), d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125 riguardante modifiche ed integrazioni ai decreti legislativi 25 maggio 2017, n. 90 e n. 92, recanti attuazione della direttiva (UE) 2015/849, nonché attuazione della direttiva (UE) 2018/843 che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa

Pare allora, a primo impatto, potersi evidentemente sostenere che questi soggetti (*exchangers* e *wallet providers*) siano destinatari unicamente degli obblighi inerenti alla normativa antiriciclaggio.

Di più, l'aver espressamente previsto che «i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale e i prestatori di servizi di portafoglio digitale» debbano qualificarsi come «operatori non finanziari» rappresenta l'implicita, ma pur sempre limpida, volontà del Legislatore di escludere la natura finanziaria dei *crypto assets*, non potendo per conseguenza qualificarli come «strumenti finanziari».

Chiarito, dunque, che – in forza dell'art. 1, comma 2, lett. ff e ff-bis) – gli *exchangers* o *wallet providers* devono intendersi quali soggetti che esercitano attività di cambia valute o che le conservano su apposito portafoglio digitale, va poi specificato che sempre all'interno con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, si è inteso modificare – tramite l'art. 8 del medesimo decreto legislativo – anche l'art. 17-bis del d.lgs. 141/2010, riguardante l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dell'attività di cambiavalute e le funzioni di controllo pubblico sul relativo esercizio.

Tale ultimo innesto prevede, infatti, che i prestatori di servizio relativi all'utilizzo di valuta virtuale «come definiti nell'articolo 1, comma 2, lettere ff) e ff-bis), del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e successive modificazioni [sono, n.d.r.] tenuti, in forza della presente disposizione, all'iscrizione in una sezione speciale del registro di cui al comma 1». Tali figure professionali risultano così parificate ai tradizionali cambiavalute e pertanto, quali soggetti alle disposizioni antiriciclaggio, tenuti all'iscrizione in una sezione speciale del registro tenuto dall'Organismo degli Agenti e dei Mediatori (ai sensi dell'art. 128-undecies del Testo Unico Bancario).

In forza del richiamo alle disposizioni di cui all'art. 17-bis del d.lgs. 141/2010 potrà così trovare applicazione la sanzione amministrativa di cui al comma 5 del medesimo articolo, il quale prevede che «l'esercizio abusivo dell'attività di cui al comma 1 è punita con una sanzione amministrativa da 2.065 euro a 10.329 euro emanata dal Ministero dell'economia e delle finanze».

7. I *crypto assets* possono rientrare nella categoria di «strumenti» o «prodotti finanziari»? I provvedimenti in materia della giurisprudenza civile e amministrativa e delle Autorità nazionali.

Il tema suscita notevole interesse anche in ragione del proliferare di piattaforme digitali di *trading* ove si può materialmente entrare in possesso dei *crypto assets*.

Come osservato, laddove l'operazione di *cryptocurrency exchange* sia effettuata per poi riconvertirla in moneta legale e conseguire un profitto, si tende a ritenere che questa abbia la natura di investimento finanziario, ancorché atipico.

alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario ai fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE, pubblicato nella Gazz. Uff. 26 ottobre 2019, n. 252. Si osserva infatti che la precedente normativa prevedeva la categoria degli operatori non finanziari «limitatamente allo svolgimento dell'attività di conversione di valute virtuali da ovvero in valute aventi corso forzoso».

È proprio in ragione di tale riserva di valore che si sono sviluppate diverse riflessioni volte a considerare i *crypto assets* quali strumenti di investimento, ed in particolare di «strumento finanziario». Probabilmente è anche il motivo per cui il Legislatore, come visto, nel restaurare la normativa antiriciclaggio del 2019 ha inteso ampliare la definizione di cripto valuta prevedendo anche, come visto, il suo utilizzo «come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento».

Ebbene, si è visto come operano gli *exchangers* e i *wallet providers* e al tempo stesso si è osservato come, a livello interno, essi siano considerati alla stregua dei cambiavalute e, ai sensi dell'art. 3 d.lgs. n. 231/07, comma 5, lett. i e i-bis), «operatori non finanziari» soggetti alla normativa antiriciclaggio.

E pur tuttavia, sebbene la norma sia tendenzialmente chiara, non sono mancate a livello interno talune pronunce (emanate in sede civile e amministrativa) precedenti a quella in commento, che hanno qualificato i *crypto assets* (generalmente intesi) quali «strumenti finanziari».

Il primo provvedimento che si rinviene nel nostro panorama nazionale è la sentenza del Tribunale Civile di Verona che con la pronuncia n. 195 del 24 gennaio 2017⁴² ha definito la cripto valuta come «uno strumento finanziario utilizzato per compiere una serie di particolari forme di transazioni *online*». In tale sentenza veniva considerata la loro intermediazione come una «prestazione di servizi effettuate a titolo oneroso», da ciò ricavandone una natura contrattuale della loro vendita intesa come «attività professionale di prestazione di servizi a titolo oneroso, svolta in favore di consumatori» (dunque disciplinata dal Codice del Consumo) ed inquadrabile in «un'offerta al pubblico di prodotti finanziari o di servizi in investimento in valori mobiliari». La loro regolamentazione, sebbene precedente alle modifiche del d.lgs. 231/2007, veniva già ricondotta al d.lgs. 58/1998 Testo Unico Finanziario.

Si segnala poi una recente pronuncia del TAR del Lazio che con la sentenza n. 1077 del 27 gennaio 2020 ha affrontato il tema dei *crypto assets* in materia tributaria⁴³, definendoli quali «rappresentazioni digitali di valore» ex art. 1, comma 2, lett. qq, d.lgs. n. 231/07 ed il loro impiego rilevante ai sensi dell'art. 67 TUIR laddove l'«operazione generi materia imponibile».

⁴² Per un commento alla pronuncia in esame, v. M. PASSARETTA, *Bitcoin: il leading case italiano*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2017, Giuffrè, n. 4, parte II, p. 471.

⁴³ Per un'analisi dei *crypto assets* in ambito tributario si segnala il documento dell'Agenzia delle entrate in risposta all'interpello 956-39/2018, ove – superata la risoluzione n. 72/E/2016 – si stabilisce che: «i) le plusvalenze derivanti dalle valute virtuali sono tassate al pari delle valute estere; ed inoltre ii) le medesime valute virtuali devono essere indicate nella dichiarazione dei redditi nell'apposito quadro RW». In dottrina, v. S. MASSAROTTO, *Bitcoin e fisco: l'Agenzia delle entrate alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Diritto Bancario*, vers. on-line, 2018; S. MASSAROTTO – V. MAIESE, *I bitcoin e le altre valute virtuali: regime fiscale e orientamenti interpretativi in ambito comunitario e nazionale*, in *Rivista della Guardia di finanza*, 2018, n. 2, Comando Generale Guardia Di Finanza, p. 421; E. FERRARI, *Bitcoin e criptovalute: la moneta virtuale tra Fisco e antiriciclaggio*, in *Fisco (II)*, 2018, n. 9, Et – Wolters Kluwer Italia Professionale, p. 861; A. STABILINI, *Responsabilità delle società coinvolte nell'operazione di scissione per i debiti di incerta destinazione*, in *Società (Le)*, 2015, n. 1, Ipsoa, p. 104; S. CAPACCIOLI, *Criptovalute, bitcoin e Iva*, in *Fisco (II)*, 2014, n. 27, Et – Wolters Kluwer Italia Professionale, p. 2671.

In tale frangente si è inteso operare una interpretazione per così dire funzionale della cripto valuta, non già in ragione del mero possesso della stessa, ma solo in relazione al suo impiego, ovvero «in forza della natura delle operazioni poste in essere mediante detti valori, laddove e nella misura in cui detto utilizzo generi materia imponibile». Si potrebbe pensare ad una sorta di atipico capital gain laddove l'acquisto e la successiva vendita ad un prezzo maggiorato comporti un profitto per l'utente e come tale soggetto ad imposizione fiscale.

Vi è poi un nutrito coacervo di interventi collaterali delle Autorità Istituzionali.

Un primo intervento appartiene alla Banca d'Italia, la quale il 30 gennaio 2015 con un «Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali"» ha catalogato queste ultime⁴⁴ quali «rappresentazioni digitali di valore, utilizzate come mezzo di scambio o detenute a scopo di investimento, che possono essere trasferite, archiviate e negoziate elettronicamente».

In tal senso vi era un primo indirizzo volto a sostenere, seppur in forma meramente ipotetica⁴⁵ trattandosi di un'avvertenza, che «le attività di emissione di valuta virtuale, conversione di moneta legale in valute virtuali e viceversa e gestione dei relativi schemi operativi, potrebbero invece concretizzare, nell'ordinamento nazionale, la violazione di disposizioni normative, penalmente sanzionate, che riservano l'esercizio

⁴⁴ Come già evidenziato la Banca d'Italia specificava che «il termine "valute virtuali" è qui utilizzato al solo scopo di identificare un fenomeno comunemente noto sotto tale denominazione; l'utilizzo del termine "valuta" non deve pertanto intendersi volto a definire la natura degli strumenti descritti nel presente documento». In questo senso, nel documento si evidenziava che «create da soggetti privati che operano sul web, le valute virtuali non devono essere confuse con i tradizionali strumenti di pagamento elettronici (carte di debito, carte di credito, bonifici bancari, carte prepagate e altri strumenti di moneta elettronica, ecc.). Le valute virtuali differiscono dalle piattaforme elettroniche finalizzate esclusivamente a favorire transazioni assimilabili a forme di baratto. Esse non rappresentano in forma digitale le comuni valute a corso legale (euro, dollaro, ecc.); non sono emesse o garantite da una banca centrale o da un'autorità pubblica e generalmente non sono regolamentate. Le valute virtuali non hanno corso legale e pertanto non devono per legge essere obbligatoriamente accettate per l'estinzione delle obbligazioni pecuniarie, ma possono essere utilizzate per acquistare beni o servizi solo se il venditore è disponibile ad accettarle. Inizialmente utilizzate all'interno di specifiche comunità virtuali (ad es. videogiochi *online* e *social network*), le valute virtuali sono oggi utilizzate anche per fare acquisti, non solo online ma anche presso alcuni esercenti commerciali. Ve ne sono vari tipi: valute virtuali spendibili solo entro la comunità virtuale che le accetta (c.d. valute virtuali non convertibili); valute virtuali che si possono acquistare con moneta tradizionale (ad esempio utilizzando la propria carta di credito o di debito), ma che non è possibile riconvertire in moneta tradizionale (c.d. valute virtuali a convertibilità limitata); valute virtuali che si possono acquistare e rivendere in cambio di moneta tradizionale (c.d. valute virtuali pienamente convertibili). Il prezzo delle valute virtuali – più precisamente il tasso a cui possono essere convertite in valute aventi corso legale (ad esempio euro) – può variare sensibilmente anche in poco tempo. Esse quindi hanno un'elevata volatilità che può rendere molto rischioso detenere somme denominate in valuta virtuale, qualora si intenda conservarle per un certo periodo di tempo e riconvertirle in moneta legale (ad esempio euro)».

⁴⁵ In ragione del fatto che *illo tempore*, come specificato nel documento, vi erano «in corso valutazioni a livello internazionale sulle modalità con cui regolamentare e sottoporre a vigilanza il fenomeno, in attesa che venga definito un approccio condiviso». Peraltro, l'Avvertenza veniva pubblicata ancor prima della modifica al d.lgs. 231/2007 operata dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, in attuazione della l. 12 agosto 2016, n. 170 (legge delega per l'attuazione della direttiva europea n. 2015/849/UE), che come noto ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la definizione di «valuta virtuale» e la relativa disciplina.

della relativa attività ai soli soggetti legittimati (artt. 130, 131 TUB per l'attività bancaria e l'attività di raccolta del risparmio; art. 131 ter TUB per la prestazione di servizi di pagamento; art. 166 TUF, per la prestazione di servizi di investimento)». L'intervento era però, all'evidenza, precedente alla riforma del d.lgs. 231/2007.

Qualche giorno dopo, il 2 febbraio 2015, l'UIF (Unità di Informazione Finanziaria) nel documento «Utilizzo anomalo delle valute virtuali» affermava che «i prestatori di attività funzionali all'utilizzo, allo scambio e alla conservazione di valute virtuali e alla loro conversione da/in valute aventi corso legale non sono, in quanto tali, destinatari della normativa antiriciclaggio e quindi tenuti all'osservanza degli obblighi di adeguata verifica della clientela, registrazione dei dati e segnalazione delle operazioni sospette». Essendo anche tale intervento precedente alla modifica del d.lgs. 231/2007 operata dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, in attuazione della l. 12 agosto 2016, n. 170 (legge delega per l'attuazione della direttiva europea n. 2015/849/UE), metteva in guardia i destinatari della normativa antiriciclaggio in ordine al fatto che l'impiego di «valuta virtuale» potesse costituire un veicolo per il compimento di condotte di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo.

Stimolata dal GAFI (Gruppo di azione finanziaria internazionale contro il riciclaggio di denaro), l'UIF è intervenuta anche di recente con una Comunicazione del 28 maggio 2019 inerente all'«Utilizzo anomalo delle valute virtuali»⁴⁶ mettendo in evidenza tanto l'«esposizione significativa delle “monete virtuali” ai rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo», quanto la “possibile connessione con fenomeni criminali caratterizzati dall'utilizzo di tecnologie informatiche quali *phishing* o *ransomware*, con truffe realizzate attraverso siti Internet o clonazione di carte di credito, ovvero al sospetto di reimpiego di fondi derivanti da attività commerciali non dichiarate, spesso svolte online. Rilevano, altresì, gli acquisti di *Virtual asset* con fondi che potrebbero derivare da frodi, distrazioni di fondi o schemi piramidali. Occorre prestare attenzione ai casi in cui l'utilizzo di *Virtual asset* in operazioni speculative, immobiliari o societarie appaia finalizzato ad accrescerne l'opacità e, in generale, ai casi in cui l'operatività appaia illogica o incoerente rispetto al profilo del cliente o alla natura e allo scopo del rapporto».

Vi è poi la CONSOB che – all'evidenza – vanta gli interventi più significativi in materia.

I primi provvedimenti risalgono al 2017 allorquando l'Autorità ha disposto le prime segnalazioni (con conseguente sospensione cautelare) di attività pubblicitarie relative all'estrazione di cripto valute. In particolare, con la delibera n. 19968 del 20 aprile 2017, veniva segnalata e sospesa l'attività della società estera *Coinspace Ltd*, operante attraverso il sito *www.coinspace1.com*, la quale svolgeva «attività promozionale, rivolta a

⁴⁶ Anche l'UIF nel proprio elaborato tiene a specificare che «ai fini della presente Comunicazione la terminologia “valute virtuali” contenuta nel D.lgs. 231/2007 è considerata sinonimo delle locuzioni “*Crypto-asset*/Cripto-attività” e “*Virtual asset*”; in particolare quest'ultima è la formulazione adottata dal Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI) nei nuovi standard per la prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo». Segno, questo di una ormai sedimentata presa di coscienza che, come evidenziato *infra*, il termine «valuta» non appare più corretto in relazione a tale strumento.

soggetti residenti in Italia, avente ad oggetto l'offerta al pubblico di "pacchetti di estrazione di criptovalute". A tale compagnia si contestava la violazione di cui all'art. 101, comma 2, del TUF, il quale, come noto, stabilisce che: «Prima della pubblicazione del prospetto è vietata la diffusione di qualsiasi annuncio pubblicitario riguardante offerte al pubblico di prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari comunitari». Ciò perché i "pacchetti di estrazione di criptovalute" per come proposti dalla società estera⁴⁷ risultavano «possedere le caratteristiche di un prodotto finanziario sub specie di investimento di natura finanziaria, la cui nozione implica la compresenza di: (i) un impiego di capitale; (ii) un'aspettativa di rendimento di natura finanziaria; (iii) l'assunzione di un rischio connesso all'impiego di capitale».

Su questa linea si pongono i successivi interventi dell'Autorità⁴⁸.

Merita segnalare, ai fini che qui interessano, due casi: il primo riguarda la vicenda COINOA (Delibera n. 20346 del 21 marzo 2018) ove l'Autorità ha inquadrato l'attività svolta da un sito di *trading* di *Bitcoins* sul mercato valutario *Forex* quali prestazioni di «servizi di investimento» aventi ad oggetto «strumenti finanziari»; il secondo caso riguarda due sospensioni, una ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. b), del D.lgs. n. 58/1998 (Delibera n. 20693 del 14 novembre 2018), l'altra ai sensi dell'art. 101, comma 4, lett. b), del D.lgs. n. 58/1998, per attività pubblicitaria effettuata tramite pagina *Facebook* intesa quale «offerta al pubblico» (Delibera n. 20694 del 14 novembre 2018), correlata all'acquisto della moneta digitale denominata «*Crypton*».

In entrambe le vicende, la Commissione richiamava la categoria di «prodotto finanziario» e, in relazione alla seconda Delibera riguardante la pubblicità a mezzo *Facebook* (che presenta indubbie affinità al caso che occupa il presente lavoro), sanzionava il promotore poiché aveva presentato l'investimento «in termini chiaramente encomiastici come una opportunità molto redditizia e con espressioni tali da sollecitare una rapida decisione da parte dell'investitore ("ognuno gode del suo 4,5x100 ... non c'è molto da capire. Chi è dentro guadagna chi è fuori rosica")».

Orbene, in ragione – specialmente – dei provvedimenti CONSOB può individuarsi un orientamento che potrebbe dirsi ormai consolidato in seno a tale Organo: i crypto assets possono rientrare nella categoria sia degli «strumenti finanziari» di cui all'art. 1, comma 2, TUF, quanto dei «prodotti finanziari» ex articolo 1, comma 1, lett. u), TUF.

Ma veniamo ad un confronto con il dato positivo.

⁴⁷ Tale promozione consisteva nel prospettare all'acquirente dei «pacchetti di estrazione» con la possibilità di «conseguire un profitto del 50%, rivendendo periodicamente a Coinspace Ltd. le "monete" di cui è titolare». Per l'Autorità di vigilanza «l'acquisto dei "pacchetti di estrazione di criptovalute" – esplicitamente presentato come "opportunità di guadagno" – comporta che l'acquirente impieghi i propri capitali allo scopo di ottenere un rendimento consistente in un profitto corrisposto periodicamente dalla società, con connessa assunzione del rischio correlato all'impiego del capitale affidato a quest'ultima».

⁴⁸ Per tutti, CONSOB, [Rischi per i consumatori: valute virtuali e criptovalute](#), novembre 2018. Il documento rileva che molti risparmiatori si trovano ad effettuare acquisti di valute virtuali in mancanza di una preventiva valutazione di rischi quali la volatilità dei prezzi, eventuali bolle speculative o la possibilità di perdere il capitale investito. A tale pubblicazione si rimanda per l'elenco completo di tutti i provvedimenti emessi dalla Commissione.

Anzitutto, verrebbe da osservare – in relazione all'indicizzazione degli «strumenti finanziari» c.d. tipici, quelli cioè indicati dall'art. 1 comma 2 del Testo Unico della Finanza – come in tale catalogo i *crypto assets* non vengano espressamente inclusi.

Tale disposizione, come noto, prevede che «Per “strumento finanziario” si intende qualsiasi strumento riportato nella Sezione C 79 dell'Allegato I. Gli strumenti di pagamento non sono strumenti finanziari»⁴⁹; inoltre, per un consolidato indirizzo⁵⁰ tale elenco ha carattere tassativo e si presenta, dunque, quale sistema c.d. «chiuso».

Vero è che in forza dell'art. 18, comma 5, TUF, il Ministero dell'economia e delle finanze (MEF), con regolamento adottato e sentite la Banca d'Italia e la CONSOB «a) può individuare, al fine di tener conto dell'evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità comunitarie, nuove categorie di strumenti finanziari, nuovi servizi e attività di investimento e nuovi servizi accessori, indicando quali soggetti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale possono esercitare i nuovi servizi e attività; b) adotta le norme di attuazione e di integrazione delle riserve di attività previste dal presente articolo, nel rispetto delle disposizioni europee», ma ad oggi non risulta esservi alcun provvedimento in questo senso.

Nemmeno, potrebbe invocarsi il sistema MiFID (I e II) poiché, come visto, la *Proposal For A Directive Of The European Parliament And Of The Council Amending Directives 2006/43/EC, 2009/65/EC, 2009/138/EU, 2011/61/EU, EU/2013/36, 2014/65/EU, (EU) 2015/2366 and EU/2016/2341- (COM/2020/596 final)* con la quale, in via complementare, si intende modificare la vigente normativa finanziaria europea per evitare profili di frizione con il *Digital finance package* della Commissione, prevede al primo paragrafo dell'art. 6 una modifica – non ancora effettuata – della definizione di «strumento finanziario» di cui alla Direttiva 2014/65/EU (MiFID II) volto a ricomprendere in tale categoria anche quelli emessi tramite utilizzo della *distributed ledger technology*, dunque, i *crypto assets*.

⁴⁹ Il Testo Unico delle disposizioni in materia finanziaria intende per «strumenti finanziari»: "a) le azioni e gli altri titoli rappresentativi di capitale di rischio negoziabili sul mercato dei capitali; b) le obbligazioni, i titoli di Stato e gli altri titoli di debito negoziabili sul mercato dei capitali; c) le quote di fondi comuni di investimento; d) i titoli normalmente negoziati sul mercato monetario; e) qualsiasi altro titolo normalmente negoziato che permetta di acquisire gli strumenti indicati nelle precedenti lettere, e i relativi indici; o i contratti "futures" su strumenti finanziari, su tassi di interesse, su valute, su merci e sui relativi indici, anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti; g) i contratti di scambio a pronti e a termine (*swaps*) su tassi di interesse, su valute, su merci nonché su indici azionari (*equity swaps*), anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti; h) i contratti a termine collegati a strumenti finanziari, a tassi d'interesse, a valute, a merci e ai relativi indici, anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti; i) i contratti di opzione per acquistare o vendere gli strumenti indicati nelle precedenti lettere e i relativi indici, nonché i contratti di opzione su valute, su tassi d'interesse, su merci e sui relativi indici, anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti; j) le combinazioni di contratti o di titoli indicati nelle precedenti lettere". In ragione poi della espressa previsione «Gli strumenti di pagamento non sono strumenti finanziari».

⁵⁰ Per tutti, V.V. CHIONNA, *Le forme dell'investimento finanziario. Dai titoli di massa ai prodotti finanziari*, Milano, 2008. Nello specifico, nel senso della non riconducibilità dei *crypto assets* all'interno della categoria degli «strumenti finanziari», v. R. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2017.

Per tali motivi, ad oggi, tali strumenti non rientrano nella definizione sovranazionale di «strumento finanziario» ai sensi della normativa MiFID.

A ciò si aggiunga, sempre rimanendo in ambito comunitario, che laddove si voglia considerare i *crypto assets* quali «mezzi di pagamento» (v. *European Banking Authority* (EBA), BCE e Corte di Giustizia sent. 22 ottobre 2015 C-264/14, *Skatteverket c/ David Hedqvist*) questi sarebbero da escludersi in radice dal catalogo degli «strumenti finanziari», come peraltro indicato dal ricorrente nella pronuncia in commento, poiché, come visto, ai sensi dell'art. 1 comma 2 del Testo Unico della Finanza «Gli strumenti di pagamento non sono strumenti finanziari».

Come però si è visto – e forse per ovviare a tale preclusione *ex lege* – la CONSOB nei suoi ultimi interventi ha mutato inquadramento, richiamando la più vasta categoria di «prodotti finanziari» di cui all'art. 1, comma 1, lett. u), TUF, ove oltre alle figure tipizzate di «strumenti finanziari», si prevedono, in un rapporto di *species* a *genus*, anche quelle c.d. atipiche intese come «ogni altra forma di investimento di natura finanziaria». Tale inciso si ritiene per la più autorevole dottrina una formula per così dire «aperta»⁵¹, priva di un reale attributo di determinatezza.

In questo senso, risulta ormai pacifico l'orientamento della CONSOB in materia, la quale (anche nelle delibere citate) definisce «prodotto finanziario» nella sua accezione di «ogni altra forma di investimento di natura finanziaria» facendo ricorso ad una tripartizione di requisiti: «(i) impiego di capitale, (ii) aspettativa di rendimento di natura finanziaria e: (iii) assunzione di un rischio direttamente connesso e correlato all'impiego di capitale»⁵².

Ed allora, per trarre le debite conclusioni rispetto al tema che ci occupa⁵³, l'indirizzo seguito dalla CONSOB pare essere il seguente: i *crypto assets* possono atteggiarsi a «prodotto finanziario» non già in relazione alla loro corretta qualificazione giuridica, o comunque alla loro essenza economico-finanziaria, ma in ragione delle modalità⁵⁴ con cui sono offerti al pubblico⁵⁵; in sostanza, è la stessa posizione che viene assunta dalla Suprema Corte nella pronuncia in commento. Ed infatti, laddove vi siano campagne pubblicitarie volte a rappresentare all'acquirente una promessa di

⁵¹ F. ANNUNZIATA, *Commento sub art. 94*, in *Commentario Marchetti-Bianchi*, Milano, 1999; COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2010.

⁵² Ciò si pone in linea con quanto stabilito anche da Cass. civ., sez. II, 5/2/2013, n. 2736.

⁵³ Per una analisi approfondita sulla possibilità di ricondurre i *crypto assets* nell'alveo della categoria dei «prodotti finanziari», per tutti v. P. CARRIÈRE, *op. cit.*, 2019.

⁵⁴ Come osservato da F. DI VIZIO, *Lo statuto giuridico delle valute virtuali: le discipline e i controlli tra oro digitale ed ircocervo indomito*, 2017, «l'attrazione della valuta virtuale all'interno della regolazione e supervisione dell'autorità pubblica non dipende dalla natura di essa ma dalla correlazione, strutturale e dinamica, tra il suo acquisto e la dimensione finanziaria dell'operazione che la contempla (sollecitazione da parte di operatore professionale, capitale investito con attesa e promessa di rendimento, in condizione di aleatorietà».

⁵⁵ Si ricorda che ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera t), TUF, per "offerta al pubblico di prodotti finanziari" deve intendersi "ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati".

rendimento correlata all'operazione, l'Autorità si attiva *ex art.* 94 e ss. TUF in relazione ad attività di tipo sollecitatorio effettuate senza la preventiva presentazione – e relativa approvazione della CONSOB – del prospetto.

Ma le condotte oggetto di tali provvedimenti possono *ipso facto* determinare una loro – ulteriore e diversa – sussunzione all'interno del rimprovero penale *ex art.* 166 TUF?

8. L'abusivismo c.d. sollecitatorio previsto dall'art. 166, comma 1, lett. c), TUF: struttura e relazione con i *crypto assets*.

Come noto il delitto in esame⁵⁶ mira a tutelare l'efficienza, la trasparenza e il corretto funzionamento del mercato mobiliare, in relazione agli investitori e rispetto a condotte poste in essere da soggetti che – in ragione della loro particolare attività – necessitano di una apposita abilitazione, essendo a loro affidata la gestione del patrimonio degli investitori.

Le operazioni, dunque, possono essere svolte solo dagli intermediari autorizzati dalla CONSOB o dalla Banca d'Italia e iscritti in appositi albi o elenchi e dai consulenti finanziari in possesso dei requisiti di legge (artt. 18 e ss.; artt. 33 e ss.).

La norma, pertanto, si atteggia a fattispecie di pericolo astratto⁵⁷ in relazione al soggetto che compie attività di intermediazione finanziaria, intesa nel caso che ci occupa (*rectius*, si presume visto che la Suprema Corte non prende posizione effettiva), come offerta al pubblico⁵⁸ senza un'apposita abilitazione.

Merita però evidenziare che sin dalla sua entrata in vigore tale norma ha subito forti critiche tanto dalla giurisprudenza, quanto dalla più autorevole dottrina, laddove difetterebbe del requisito di sufficiente determinatezza, tanto da essere stata definita una fattispecie «a formulazione neutra»⁵⁹. E ciò eminentemente in relazione al fatto che la

⁵⁶ Per un commento approfondito si rinvia a P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Commento all'art. 166*, in G. Alpa – F. Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, III, Padova, 1998, 1519 e ss.

⁵⁷ Per tutti S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Il diritto penale del mercato mobiliare*, vol. III, Torino, 2018, 24, il quale osserva anche come «le condotte tipizzate dall'art. 166 sono caratteristiche dell'intermediazione finanziaria intesa in senso lato, in quanto comprensiva anche dei servizi di comunicazione dati e della consulenza finanziaria che, come tali, non implicano la detenzione di somme di denaro di strumenti finanziari di pertinenza dei clienti. Attraverso questa notazione emerge che, sebbene tutte le attività menzionate dalla norma presentino come comune denominatore il pericolo per il corretto andamento del mercato insito nell'esercizio abusivo, la loro equiparazione all'interno di una medesima cornice di penale solleva forti perplessità».

⁵⁸ Offerta al pubblico di prodotti finanziari per come definita nell'art. 1, comma 1, lett. t), del Tuf, ovvero «ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati».

⁵⁹ Così Cass. pen., Sez. V, 29.5.2013, n. 27246; in dottrina, v. R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008, p. 363, che riconduce la fattispecie all'interno del catalogo dei c.d. «illeciti a condotta neutra». Ancora, L. CONTI, *Profili penalistici del testo unico sull'intermediazione finanziaria*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1998,

norma in esame è *reato comune* e come tale suscettibile di applicazione nei confronti di qualsiasi soggetto, anche, dunque, nei confronti di chi certamente non è dotato di quelle competenze specifiche che caratterizzano – indubbiamente – una materia così complessa.

Risulta allora indispensabile una «lettura sistematica dell'art. 166 che tenga conto dell'art. 18 dello stesso TUF, il quale statuisce che 'l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dei servizi di investimento è riservato alle imprese di investimento e alle banche', giustifica la conclusione della necessità di quei requisiti nel caso di chi eserciti abusivamente, cioè senza abilitazione, tali attività»⁶⁰.

Ed infatti, da una attenta lettura di tale norma (art. 18 TUF) non solo, come visto in forza del comma 2, *lett. a*), il MEF, ad oggi, non ha classificato i *crypto assets* quali «nuove categorie di strumenti finanziari», ma nemmeno ha indicato «al fine di tener conto dell'evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità comunitarie [...] nuovi servizi e attività di investimento e nuovi servizi accessori, indicando quali soggetti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale possono esercitare i nuovi servizi e attività». «Se infatti oggetto di abilitazione è solo l'esercizio professionale e nei confronti del pubblico, la previsione del reato, data la scelta dell'incriminazione per rinvio, non può che riguardare lo svolgimento di un'attività che assuma tali caratteri senza essere accompagnata dalla necessaria abilitazione»⁶¹.

L'anzidetto principio di diritto emanato dalla stessa Suprema Corte, allora, acquista indubitabile pregio e significanza nel caso che ci occupa, non tanto in relazione al concetto «occasionalità o predefinizione dei destinatari dell'attività» che, come noto, per la prevalente giurisprudenza (ivi compresa la pronuncia del 2013 poc'anzi citata), «esclude la tipicità sia ai fini dell'abilitazione, sia, a maggior ragione, ai fini della configurabilità del reato», quanto piuttosto in relazione al fatto che «la previsione del reato, data la scelta dell'incriminazione per rinvio, non può che riguardare lo svolgimento di un'attività che assuma tali caratteri senza essere accompagnata dalla necessaria abilitazione».

Ed infatti, come ampiamente osservato, gli *exchangers* o *wallet provider*, che in questo caso risulterebbero i soggetti destinatari del rimprovero penale, risultano sottoposti ad altra e diversa disciplina all'interno del nostro ordinamento che è quella prevista dal d.lgs. 231/2007 in materia di antiriciclaggio. Ed è proprio all'interno di questa speciale disciplina che tali figure vengono espressamente definite come «operatori non finanziari» ai sensi dell'art. 3 d.lgs. n. 231/07, comma 5, *lett. i* e *i-bis*). Se vige, come vige, il divieto di analogia in materia penale risulta allora evidente

secondo cui «Si deve evitare il semplice aggancio di una sanzione penale a norme extrapenali [...] da ricercarsi, per effetto di generici rinvii, nell'ambito di una serie di norme che non hanno diretta rilevanza penalistica, magari caratterizzate da rimandi a catena, così che il quivis de populo il quale voglia sapere che cosa gli è consentito e che cosa gli è vietato è costretto a rincorrere più disposizioni ognuna delle quali ne richiama altre, magari soltanto per una precisazione di minimo rilievo».

⁶⁰ Cass. pen., Sez. V, 29.5.2013, n. 27246, con nota di F. FERRI – M. MIGLIO, [In tema di abusivismo finanziario. A proposito di Cass. pen., Sez. V, 29.5.2013 \(dep. 20.6.2013\), n. 27246, Pres. Ferrua, Est. Lapalorcia](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 9 gennaio 2014.

⁶¹ Sempre Cass. pen., Sez. V, 29.5.2013, n. 27246, p. 4.

qualsivoglia preclusione circa l'estensione della disciplina TUF a tali figure operanti nel settore dei *crypto assets*.

Ma ancor di più, per quanto attiene all'assenza di «abilitazione» quale elemento essenziale del reato, come già evidenziato, va ricordato che tramite l'art. 8 del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90 è stato modificato l'art. 17-*bis* del d.lgs. 141/2010, riguardante l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dell'attività di cambiavalute e le funzioni di controllo pubblico sul relativo esercizio. Tale ultimo innesto prevede infatti che i prestatori di servizio relativi all'utilizzo di *crypto assets* «come definiti nell'articolo 1, comma 2, lettere ff) e ff-bis), del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e successive modificazioni [sono, n.d.r.] tenuti, in forza della presente disposizione, all'iscrizione in una sezione speciale del registro di cui al comma 1».

Tali figure professionali, pertanto, sono parificate *ex lege* ai tradizionali cambiavalute e in quanto tali soggetti alle disposizioni antiriciclaggio, tenuti all'iscrizione in una sezione speciale del registro tenuto dall'Organismo degli Agenti e dei Mediatori (ai sensi dell'art. 128-*undecies* del Testo Unico Bancario).

La categoria di questi operatori, dunque, soggiace a tale obbligo di iscrizione e non già a quello di cui all'art. 18 TUF poiché, come visto, tale ultima disposizione non li contempla, indicando espressamente che «l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dei servizi e delle attività di investimento è riservato alle Sim, alle imprese di investimento UE, alle banche italiane, alle banche UE e alle imprese di paesi terzi».

In claris non fit interpretatio.

In forza del richiamo alle disposizioni di cui all'art. 17-*bis* del d.lgs. 141/2010 potrà così trovare applicazione la sanzione amministrativa di cui al comma 5 del medesimo articolo, il quale prevede che «l'esercizio abusivo dell'attività di cui al comma 1 è punita con una sanzione amministrativa da 2.065 euro a 10.329 euro emanata dal Ministero dell'economia e delle finanze».

Tale disposizione, pertanto, in forza del principio di specialità⁶², dovrebbe così chiudere il cerchio e ritenersi prevalente ed applicabile in luogo del delitto di cui all'art. 166 TUF, in quanto fattispecie specializzante rispetto a quest'ultima.

Ma se già vi sono profonde difficoltà applicative in ordine al soggetto destinatario della norma, non po' sottacersi come le frizioni attengano anche ad un ulteriore elemento della fattispecie, laddove, come ampiamente osservato, venga ritenuto che i *crypto assets* tradizionali (e certamente i *Bitcoins*) siano da considerarsi, non tanto «strumenti finanziari» (il che pare piuttosto arduo), ma «prodotti finanziari».

⁶² Sul punto v. Cass. pen., 4 luglio 2017, n. 25548, con la quale si è ritenuta possibile l'integrazione di un concorso apparente di norme tra una fattispecie penale e una amministrativa ed in particolare gli artt. 23 del d.lgs. 11 maggio 1999 n. 152 (prima dell'abrogazione operata dal d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 e che sanzionava la condotta di impossessamento abusivo di acque pubbliche in via amministrativa) e l'art. 624 c.p. Per la Suprema Corte la previsione amministrativa si doveva ritenere norma speciale rispetto a quella generale di cui all'art. 624 c.p. non condividendo «la tesi contraria di chi sostiene l'effettivo concorso tra le due norme [...] rilevando che la prima norma tutela la salubrità delle acque e la seconda il bene affatto diverso della proprietà. Infatti, per stabilire se due disposizioni regolino o meno la stessa materia, deve privilegiarsi la struttura della fattispecie piuttosto che il bene protetto».

Ed ancora, come noto il delitto di cui all'art. 166, comma 1, *lett. c*), TUF punisce il soggetto che «offre fuori sede, ovvero promuove o colloca mediante tecniche di comunicazione a distanza, prodotti finanziari o strumenti finanziari o servizi o attività di investimento».

E pur tuttavia, alla luce della pronuncia in commento, la condotta incriminata intesa «come una vera e propria proposta di investimento» come dovrebbe qualificarsi?

La Suprema Corte, infatti, non prende posizione e non specifica se debba intendersi come «offerta fuori sede», intesa come promozione o collocazione «mediante tecniche di comunicazione a distanza» di «prodotti finanziari o strumenti finanziari o servizi o attività di investimento».

In forza di un acritico ed implicito richiamo alla pronuncia del Tribunale del Riesame (la quale a sua volta rinviava ai provvedimenti in materia della CONSOB⁶³) bisognerebbe dedurre come anche la Cassazione ritenga – appunto implicitamente – applicabili le direttive impartite dall'Autorità di vigilanza.

Pertanto, si “dovrebbe” concludere che la sentenza in esame intenda definire l'attività dell'*exchanger* quale «offerta fuori sede», «mediante tecniche di comunicazione a distanza» di «prodotti finanziari», visto che in un caso analogo la CONSOB aveva sospeso un sito *internet*, e la relativa pagina *Facebook*, poiché l'acquisto di *crypto asset* «per il tramite del proprio sito internet integra i presupposti di un'offerta al pubblico di prodotti finanziari definita nell'art. 1, comma 1, *lett. t*), del TUF come “ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati»⁶⁴. Da qui ne conseguirebbero le violazioni della disciplina informativa del prospetto *ex artt.* 94 e 101, comma 2, TUF a mente del quale «Prima della pubblicazione del prospetto è vietata la diffusione di qualsiasi annuncio pubblicitario riguardante offerte al pubblico di prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari comunitari»⁶⁵.

Ora, si è ampiamente illustrato come, ad oggi, i *crypto assets* non siano affatto previsti dalla normativa sia sovranazionale (MiFID), che specialmente nazionale (TUF)

⁶³ P. 2 della sentenza della Cassazione ove il difensore, nei motivi di ricorso, aveva censurato il percorso argomentativo del Tribunale della Libertà laddove «compiva un generico ed impreciso riferimento ad “atti comunitari e provvedimenti Consob”».

⁶⁴ *Ex multis*, [Delibera n. 20694 del 14 novembre 2018](#), relativa alla «Sospensione, ai sensi dell'art. 101, comma 4, *lett. b*), del D.lgs. n. 58/1998, dell'attività pubblicitaria effettuata dal sig. Alessandro Brizzi tramite la propria pagina facebook relativa all'offerta al pubblico correlata all'acquisto della moneta digitale denominata “CRYPTON”».

⁶⁵ In forza, poi, dell'art. 101, comma 4, *lett. b*), TUF, la Consob può, in caso di fondato sospetto di violazione delle disposizioni in materia di attività pubblicitaria, «sospendere in via cautelare, per un periodo non superiore a novanta giorni, l'ulteriore diffusione dell'annuncio pubblicitario relativo ad un'offerta avente ad oggetto prodotti diversi da quelli di cui alla lettera a), in caso di fondato sospetto di violazione delle disposizioni previste nei precedenti commi o delle relative norme di attuazione». Si ricorda, infine, che la violazione di tale disciplina comporta l'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative *ex art.* 191 TUF, il quale stabilisce che «Chiunque effettua un'offerta al pubblico in violazione dell'articolo 94, comma 1, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro venticinquemila fino a euro cinque milioni».

quali «strumenti finanziari» o, comunque, «prodotti finanziari», intesi quali «ogni altra forma di investimento di natura finanziaria». Si è però visto come la CONSOB, a più riprese, abbia optato per un loro inserimento all'interno di tale ultima categoria in forza di quella tripartizione di requisiti che definirebbe un «prodotto finanziario»⁶⁶.

Va tuttavia osservato come in talune Comunicazioni, la CONSOB sia andata oltre, per così dire, poiché secondo un ormai consolidato orientamento dell'Autorità il vero *discrimen* in ordine alla effettiva valutazione se un prodotto debba qualificarsi come finanziario o non finanziario, risiederebbe – in relazione al suo acquisto – nel comprendere se prevalga una finalità di godimento (che escluderebbe il carattere finanziario dell'iniziativa), oppure una prospettiva di rendimento finanziario sottesa all'operazione⁶⁷.

Sarà dunque opportuno sondare, caso per caso, se l'operazione – *rectius*, la finalità dell'operazione di investimento (dunque, il relativo negozio giuridico sottostante) – abbia, quale elemento intrinseco, «l'atteso incremento di valore del capitale impiegato (ed il rischio ad esso collegato)». Non basta, insomma, «un accrescimento delle disponibilità patrimoniali dell'acquirente», né è sufficiente – ed è il vero punto di interesse – «l'eventuale rappresentazione da parte del preponente, in sede di promozione [...], della performance registrata [...] in un determinato intervallo temporale, come si evince ad esempio dal sito internet della [...] società] nel quale si riporta un grafico rappresentativo dell'andamento di tale bene, dal quale si denota un incremento del valore [...], anche in confronto con altri indicatori, quale l'andamento del tasso di inflazione, dell'oro, etc»⁶⁸.

E ciò perché «l'acquirente [...] ha il pieno diritto di godere e disporre del bene e, dunque, la facoltà di alienarlo o utilizzarlo altrimenti. L'eventuale provento percepito

⁶⁶ «(i) impiego di capitale, (ii) aspettativa di rendimento di natura finanziaria e: (iii) assunzione di un rischio direttamente connesso e correlato all'impiego di capitale».

⁶⁷ Ed infatti, è stato autorevolmente chiarito anche dalla Suprema Corte «che gli investimenti di natura finanziaria, per essere assoggettati ai controlli (...) in quanto prodotti finanziari, debbono rispondere a caratteristiche economico – giuridiche che, se pur non tali da consentirne la riconduzione alla gamma delle fattispecie tipiche (di strumenti finanziari) elencate nel citato comma 2 (dell'art. 1 del TUF), siano quanto meno oggettivamente analoghe»; se così non fosse vi sarebbe il rischio che in considerazione della «estrema genericità della previsione normativa, che in palese contrasto con il principio di legalità e tipicità dell'illecito amministrativo dettato dalla L. 689 del 1981, art. 1», si possa «assoggettare a sanzione amministrativa, a mera discrezione della Consob, una vasta gamma di condotte di operatori commerciali, ogni qual volta le offerte (o richieste) rivolte al pubblico prospettassero la particolare remuneratività di operazioni negoziali finalizzate al conseguimento di un reddito qualsiasi». V, Cass. civ., sez. II, 15 aprile 2009, n. 8947. In merito al principio di tassatività anche in relazione alla sanzione amministrativa si veda, da ultimo, Cass. civ., sez. V, 10 ottobre 2019, n. 25490, secondo cui «quantunque la copertura di cui all'art. 25 Cost., comma 2, riguardi l'applicazione delle sole sanzioni di natura penale, deve ritenersi che le fonti normative in materia di sanzioni amministrative inducano ad un'interpretazione rigorosa del principio di tassatività, come in primo luogo desumibile dalla L. 24 novembre 1981, n. 689, art. 1 secondo cui «Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano solo per i casi e per i tempi in essi considerati», secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di questa stessa Corte (cfr. Cass. sez. 6-1, ord. 20 marzo 2018, n. 6695; Cass. sez. 2, 4 marzo 2011, n. 5245), sia pur nel contesto di un quadro di riferimento non sempre univoco».

⁶⁸ Così Comunicazione Consob, n. DTC/13038246 del 6 maggio 2013 in provvedimento relativo all'offerta di vendita di diamanti.

con la (proficua) rivendita del bene rappresenta, dunque, solo una delle possibili modalità di godimento del bene stesso da parte del proprietario».

Pare dunque più che sensato – o meglio, necessario – calare tali conclusioni, riguardanti la differente offerta di compravendita di un altro bene (in quel caso diamanti), all'interno del cosmo dei *crypto assets*.

Ad esclusione dei c.d. *security tokens* (STOs ed ICOs) di cui si è accennato⁶⁹ e che oltre ad esulare radicalmente dal caso in esame, in via generale, possono oramai ricomprendersi nella categoria di veri e propri strumenti finanziari⁷⁰, si è detto che i *crypto assets* c.d. tradizionali possono distinguersi in diverse categorie: una a c.d. schema chiuso (*closed scheme*) priva di legame con l'economia reale e utilizzata esclusivamente, ad esempio, su piattaforme di *gaming online*, un *asset* a «flusso unidirezionale» (ad es. *token*), acquistabile con moneta legale ad un tasso di scambio prestabilito, ma non convertibile, e uno a c.d. «flusso bidirezionale», come i *Bitcoins*.

Proprio in relazione a quest'ultima categoria dei c.d. *utility tokens* (dunque anche i *Bitcoins* che peraltro sono oggetto della pronuncia in commento), si è visto come essi si atteggiino a mezzi di scambio di beni e servizi; si è anche visto come tale *crypto asset* sia cambiato – o scambiato – su un suo mercato completamente autonomo.

L'acquirente (*user*), dunque, a ben vedere, «ha il pieno diritto di godere e disporre del bene e, dunque, la facoltà di alienarlo o utilizzarlo altrimenti. L'eventuale provento percepito con la (proficua) rivendita del bene rappresenta, dunque, solo una delle possibili modalità di godimento del bene stesso da parte del proprietario».

Di talché, il contratto sottostante potrà comporsi di varie opzioni che, da ultimo, spetteranno all'acquirente.

Ed è per tali ragioni, si può intendere, che non è sufficiente «l'eventuale rappresentazione da parte del preponente [...] della performance registrata [...] in un determinato intervallo temporale, come si evince ad esempio dal sito internet [...] nel quale si riporta un grafico rappresentativo dell'andamento di tale bene, dal quale si denota un incremento del valore [...], anche in confronto con altri indicatori, quale l'andamento del tasso di inflazione». E ciò a maggior ragione in un sistema, come visto, c.d. *chiuso* (essendo predeterminati nel numero) quale è quello dei *Bitcoins*, ove, dunque, non può nemmeno farsi riferimento al concetto classico di «inflazione», tipico della moneta avente corso legale (categoria assolutamente incompatibile, come ampiamente osservato, con i *crypto assets*).

Insomma, senza sondare debitamente la reale natura dell'offerta e le *effettive intenzioni* che muovono l'acquirente – in ragione della proteiforme natura del *crypto asset*

⁶⁹ Si veda *supra* nota 34. Sufficiente qui ricordare che tali innovativi strumenti si differenziano radicalmente dai c.d. *utility token* (ad es. *Bitcoin*), poiché per tali strumenti si intendono quelle «“criptovalute” rappresentativ[e] “di diritti economici legati all'andamento dell'iniziativa imprenditoriale (ad esempio, il diritto di partecipare alla distribuzione dei futuri dividendi) e/o di diritti amministrativi (ad esempio, diritti di voto su alcune materie)”», così P. IEMMA – N. CUPPINI, *La qualificazione giuridica delle criptovalute: affermazioni sicure e caute diffidenze*, in *Diritto Bancario*, vers. online, 2018. A livello comunitario, [ESMA alerts firms involved in Initial Coin Offerings \(ICOs\) to the need to meet relevant regulatory requirements](#), 13 novembre 2017, ESMA 50-157-828.

⁷⁰ Per tutti, si rinvia sempre alle puntuali osservazioni di P. CARRIÈRE, *op. cit.*, 2019.

(*Bitcoin*) – non potrà, a ben vedere, parlarsi – in automatico – di «prodotto di investimento», *rectius*, di «prodotto finanziario». Bisognerà verificare, caso per caso, che vi sia un «atteso incremento di valore del capitale impiegato (ed il rischio ad esso collegato)» quale «elemento intrinseco all’operazione stessa».

In conclusione, ritenere che la semplice operazione di offerta di *crypto assets* (nella specie *Bitcoins*) – in ragione esclusivamente del fatto che la loro proposta di vendita era formulata «come una vera e propria proposta di investimento» – sia suscumbibile – per ciò solo – all’interno della fattispecie di abusivismo finanziario c.d. sollecitatorio *ex art.* 166, comma 1, *lett. c)*, TUF, pare una evidente forzatura, in contrasto con i più alti principi di tassatività (e, dunque, divieto di analogia) e legalità che governano la materia penale.

Ed in effetti, venendosi a scontrare, come visto, con una fattispecie «a formulazione neutra», pressoché «aperta», quale innegabilmente è quella di cui all’art. 166, comma 1, *lett. c)*, TUF, la Suprema Corte compie una vera e propria analogia, quando, per contro, avrebbe dovuto rispettare il canone della tassatività.

Si è infatti correttamente osservato che proprio in fattispecie così conformate, ove il Legislatore non ha inteso adottare una tecnica normativa precisa, si annidano forme – per restare in tema – di «cripto-analogia»⁷¹. D’altronde, essendo il processo analogico vietato in materia penale, raramente si vedrà una sentenza che esplicitamente dichiari di compierlo.

Sovente, invero, si è inteso ricorrere al pernicioso concetto dell’«interpretazione estensiva» della fattispecie. Ed in effetti, si potrebbe sostenere che siccome la previsione di abusivismo finanziario è caratterizzata da una sua intrinseca formulazione aperta, allora essa si presterebbe ad una sua omologazione con l’innovazione del mercato e con il mutare degli assetti socio-economici; insomma, si potrebbe catalogare la norma come una sorta di presidio all’*educazione finanziaria*.

Una forma di adattamento – *rectius*, aggiornamento – della fattispecie all’evoluzione tecnologica del settore e che mirerebbe – in progressione – a tutelare i beni giuridici che via via si vedono investiti da nuove ed insidiose forme di aggressione, non previste dal Legislatore al momento della sua stesura⁷². Ciò avviene con maggior frequenza – e specialmente – nei c.d. *hard cases* o in casi del tutto nuovi.

Probabilmente, in tale occasione, si è di fronte ad entrambi i casi, una sorta di «*new hard case*».

E purtuttavia, a modesto avviso di chi scrive, la perentoria operazione ermeneutica compiuta dalla Suprema Corte, non pare affatto potersi ricondurre ad una

⁷¹ M. DONINI, [Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo](#), in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3/2016, 15; sulla categoria delle clausole generali, anch’esse soggette al pernicioso fenomeno analogico, v. CASTRONUOVO, [Clausole generali e diritto penale](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 2012; nonché, più ampiamente, ID., *La mappa dell’impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2/2018, 9 ss.

⁷² Quando il Legislatore dà vita a una norma non può prevedere tutti i casi concreti che potranno adattarsi ad essa, sarebbe obiettivamente impossibile; per tali ragioni è il giudice che deve poi «concretizzare la regola» senza però introdurre nuove fattispecie o ricorrere – in forma occulta – ad altre e diverse norme; sul punto, v. M. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 2019.

interpretazione estensiva della fattispecie. E nemmeno si potrebbe mitigare l'analisi riferendosi al concetto di «cripto» analogia, quanto piuttosto si dovrebbe affermare come la Cassazione abbia ricorso ad una analogia vera e propria.

Come si è già accennato, il Legislatore ha compiuto una netta e consapevole *scelta di campo* sia nel 2017, quanto, soprattutto, nel 2019.

I *crypto assets* per quanto strumenti di recente creazione e *progressione definitoria sovrana nazionale* sono stati recepiti nel nostro ordinamento ed inseriti all'interno della normativa antiriciclaggio. E ciò è avvenuto mediante una tecnica normativa non così tanto confusa, ma ben delineata, consapevole e articolata ove, come visto, si è inteso disciplinare tanto i *crypto assets* (art. 1, comma 2, *lett. qq*), d.lgs. 231/2007), quanto soprattutto gli operatori che offrono servizi in tale settore (*exchangers* e *wallet providers*), equiparandoli ai cambia valute ed espressamente definendoli «operatori non finanziari» (dell'art. 3 d.lgs. n. 231/07, comma 5, *lett. i* e *i-bis*). Inoltre, sono stati previsti specifici obblighi di registrazione in appositi albi, quale condizione per il corretto esercizio della loro attività (iscrizione in una sezione speciale del registro tenuto dall'Organismo degli Agenti e dei Mediatori ai sensi dell'art. 128-*undecies* del Testo Unico Bancario). Da ultimo, e non certo per importanza, sono state previste peculiari sanzioni (amministrative) in caso di omessa iscrizione agli albi (art. 17-*bis* del d.lgs. 141/2010 per come modificato dall'art. 8 del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90).

In breve, si può affermare che le condotte sottoposte allo scrutinio della Cassazione sono interamente disciplinate dalla *diversa* – e alquanto tipizzata – normativa antiriciclaggio, il che dovrebbe precludere *in radice* qualsivoglia interpretazione estensiva dell'art. 166, comma 1, *lett. c*), TUF, che per contro, se attuata, non può che sconfinare – oggi – in una operazione specificatamente analogica e per conseguenza vietata.

Ed invero, è proprio la specifica tipizzazione normativa adottata dal Legislatore in quella materia a rappresentare quella Sua volontà – implicita certo, ma non per questo non sufficientemente chiara – di voler ricondurre i *crypto assets* ed i soggetti che operano nel settore all'interno di un corpo normativo diverso e ben distinto dal Testo Unico Finanziario.

Una specifica e limpida attuazione di politica criminale che per di più appare recentissima (2017-2019) e che pertanto attualizza – e contestualizza – maggiormente la volontà del potere legislativo; per conseguenza, non pare corretto nemmeno ricorrere a ragionamenti – che comunque presterebbero il fianco ad operazioni altrettanto analogiche – che giustificerebbero tali *interpretazioni estensive* quali espressione di una “necessitata” ortopedia giurisprudenziale che funga da correttore di ataviche formulazioni normative non al passo con i tempi.

Diverso, ma non per questo corretto, sarebbe il caso, all'evidenza, in cui il nostro ordinamento non prevedesse – in alcun settore – una disciplina strutturale dei *crypto assets*. Ma così non è.

L'interpretazione estensiva, se mai si volesse propendere per tale inquadramento, risulterebbe dunque – e comunque – erronea, affetta da un vizio che si viene a manifestare laddove il giudice ricorre ad una fattispecie (art. 166 TUF) per voler

disciplinare talune situazioni che invece risultano tutelate da altre, diverse e specifiche norme del nostro ordinamento (complessivamente d.lgs. 231/2007)⁷³.

Ciò che, infatti, lascia perplessi e suscita timore è notare come la Cassazione non abbia affatto sostenuto che i *crypto assets* (ed in particolare addirittura i *Bitcoin*) siano da considerarsi «strumenti finanziari», o magari «prodotti finanziari», ma si sia limitata a dire che siccome la loro proposta di vendita era formulata «come una vera e propria proposta di investimento» allora la condotta dell'indagato dovrebbe considerarsi penalmente rilevante ai sensi dell'art. 166, comma 1, lett. c), TUF.

Va detto – per onestà intellettuale – che trattasi di una pronuncia emessa in sede cautelare, priva dunque di quel crisma di definitività, ma ciò che rileva è che – di fatto – si è voluto evitare un serrato confronto con una materia estremamente innovativa ed in via di integrazione normativa. In breve, si è – *de facto* – sancito un principio di diritto senza motivarlo⁷⁴, omettendo – anche – qualsivoglia riferimento alla normativa antiriciclaggio.

Non si è infatti ritenuto che la norma penale sia stata violata in relazione al suo autore e sul punto valga quanto detto sin ora. Basterebbe ricordare che per il nostro ordinamento (d.lgs. 231/2007) gli *exchangers* e i *wallet providers* sono considerati «operatori non finanziari».

Non si è ritenuto che la fattispecie sia stata violata perché i *crypto assets* (e nel caso specifico i *Bitcoin*) siano da considerarsi «strumento» o piuttosto «prodotto finanziario». Ed in tal senso si è comunque tentato di evidenziare come, ad oggi, tali strumenti non possano essere ricompresi in tali categorie; con conseguente esclusione della normativa TUF che *ex lege* non li prevede.

Si è semplicemente affermato – implicitamente richiamando il Tribunale del Riesame che aveva effettuato, secondo il ricorrente, un «generico ed impreciso riferimento ad atti comunitari e provvedimenti Consob» – che «la vendita di bitcoin veniva reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento» e come tale «attività soggetta agli adempimenti di cui agli artt. 91 e seguenti TUF, la cui omissione integra la sussistenza del reato di cui all'art. 166, comma 1, lett. c) TUF» (p. 5); nulla di più, nulla di meno. Ma anche in tal caso pare potersi sostenere che le modalità di

⁷³ «L'analogia vietata [invece,] è quella dove per effetto di un'unica e specifica interpretazione si realizza quella conseguenza modificativa implicita dell'enunciato. L'analogia cambia la «disposizione», non produce semplicemente una «norma», cioè un contenuto interpretativo possibile tra quelli attribuibili e interni a una identica disposizione», così M. DONINI, *op. cit.*, 2019.

⁷⁴ Sul punto si rimanda alle autorevoli osservazioni di M. DONINI, *op. cit.*, 2016. Secondo l'Autore «Il diritto giurisprudenziale è quello che si definisce, stabilisce, organizza e consolida nelle sentenze di ogni grado di giurisdizione, ma soprattutto quello che si consolida in indirizzi interpretativi ripetuti, tanto più rilevanti se collocato nei gradi superiori, perché è lì che esso comincia a cristallizzarsi come giurisprudenza-fonte. In *civil law*, peraltro, dove non vige (o è ben diverso) lo stare decisis, sono massime e sentenze, più che precedenti i casi che lo formano. Finché questo «diritto» rimane liberamente valutabile e derogabile da altri giudicanti, esso esprime una dottrina giurisprudenziale, in quanto sia realmente motivato e non meramente deciso con richiami autoritativi a superiori e precedenti statuizioni». Per tali ragioni, «la «dottrina di una sentenza» può essere parte essenziale della decisione, e diventare con ciò «diritto» e anche «fonte», là dove esprima il senso del *decisum*».

presentazione dell'offerta non siano condizione sufficiente a ritenere quel negozio, quale «offerta al pubblico di prodotto finanziario» rilevante per la normativa del TUF.

Da ultimo, a modesto avviso di chi scrive, non può sottacersi che si sarebbe dovuto opportunamente valutare non solo quali fossero le reali intenzioni dell'acquirente (e ciò, come visto, per opportunamente comprendere la reale natura dell'operazione)⁷⁵, ma anche – e soprattutto – il contesto in cui il soggetto agente si è trovato ad operare.

Ed infatti, quel gigantesco problema dogmatico di cui si è detto in premessa investe necessariamente anche chi opera in tale settore.

Se da un lato, il prestatore di servizi inerenti ai *crypto assets* dovrebbe ritenersi pressoché certo che la sua attività rientri nella disciplina di cui al d.lgs. 231/2007⁷⁶, egli, tuttavia, rischia di perdere le coordinate allorquando venga a confrontarsi con quell'imponente reticolato normativo (e non solo, visti i vari provvedimenti delle Autorità) nazionale e sovranazionale che, a più riprese, ha tentato e continua a tentare di regolare la materia; un settore, questo, talmente complesso ed articolato in cui, a ben vedere, anche l'interprete qualificato incontra notevoli difficoltà.

Non è un caso forse che anche la stessa Suprema Corte, come osservato, abbia ommesso di approfondire con la richiesta dovizia giuridica un tema tanto delicato, quanto innovativo, sebbene certamente avrebbe dovuto, poiché specificatamente investita della questione dal ricorrente.

Tutto ciò, dunque, potrebbe avere un innegabile e dirimente riflesso in punto di elemento soggettivo, poiché, come noto, la norma è punita a titolo di dolo generico, essendo, dunque, «necessaria la volontà di compiere atti riservati nella consapevolezza dell'assenza di abilitazione e l'eventuale errore può assumere rilievo in base all'art. 47, comma 3, c.p.»⁷⁷. E d'altronde la conoscibilità del rimprovero penale, del tipo, è esplicazione tanto del principio di legalità quanto della colpevolezza⁷⁸.

Nemmeno potrebbe parlarsi, con tutte le problematicità che ne conseguirebbero, di una «prevedibilità della decisione»⁷⁹ in capo al soggetto agente, trattandosi sia di un

⁷⁵ E ciò in ragione del fatto, come visto, che l'intento speculativo «rappresenta, dunque, solo una delle possibili modalità di godimento del bene».

⁷⁶ E tanto basterebbe poiché, come già correttamente osservato, «anche dopo l'emanazione del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90 il principio di legalità in materia penale risulta ostativo all'applicazione degli artt. 130 ss. T.U.B. e dell'art. 166 T.U.F., opponendovi il corollario della tassatività (e, quindi, del divieto di analogia)», v. M. NADDEO, *Nuove frontiere del risparmio, Bit Coin Exchange e rischio penale*, in *Diritto penale e processo*, 1, 2019.

⁷⁷ Per tutti, S. SEMINARA, *op. cit.*, 2018. Il caso concreto in effetti stimola alcune riflessioni attorno all'ignoranza della legge penale non invocabile come *scusante* a mente dell'art. 5 c.p.

⁷⁸ Il presidio di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale di cui all'art. 5 c.p. è sì sempre applicabile, ma soltanto laddove una alterazione ermeneutica di una norma sia frutto di una operazione legittima, non vietata (ad es. analogia), ben motivata, ma anche sedimentata nel tempo.

⁷⁹ Tra i tanti, F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materiale penale](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016. Il tema poi, come noto, ha sviluppato un ampissimo dibattito a seguito della pronuncia CEDU *Contrada c. Italia*; v., per tutti, M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016.

caso del tutto nuovo nel panorama giurisprudenziale nostrano (peraltro sottoposto al vaglio della Suprema Corte in sede cautelare), sia di un caso dalle innegabili difficoltà applicative (c.d. *hard case*, *rectius*, *new hard case*) e del tutto incerto dal punto di vista normativo (finanziario), specialmente sovranazionale. Si potrebbe concludere in senso diametralmente opposto, ovvero che le decisioni in materia – ad oggi – siano da considerarsi di una imprevedibilità tale da potersi definire *in re ipsa*⁸⁰.

Di più, in materia di *crypto asset*, il tipo risiede in altro comparto dell'ordinamento, in un *preciso* – *rectius*, preesistente – reticolato di norme all'interno del d.lgs. 231/2007. Ciò pone il soggetto davanti ad un corpo normativo ben definito e a quello – oggi – si deve riferire.

E pur tuttavia, a seguito anche di questa pronuncia – e fino a quando non verranno apportate modifiche al Testo Unico Finanziario⁸¹ – «chiunque» dovrebbe «affidare» le proprie responsabilità al caso: il rischio di poter esser chiamato a rispondere per violazione della normativa antiriciclaggio; ma al contempo, il rischio di essere sottoposto a procedimento penale per il delitto di abusivismo finanziario (che, come noto, prevede sanzioni assai severe) pur avendo, paradossalmente, adempiuto agli obblighi di legge.

9. Conclusioni.

L'incertezza normativa che permea l'intera materia stimola talune riflessioni di sistema volte ad individuare una possibile soluzione che funga da argine a perniciose interpretazioni estensive o peggio, come osservato, ad applicazioni analogiche.

Il vuoto normativo che si viene a creare in materia, infatti, suscita notevole preoccupazione se solo si pensa che ad oggi il fenomeno dei *crypto assets* e del loro

⁸⁰ Imprevedibilità decisoria che parrebbe acuirsi in ragione del fatto che proprio la Cassazione, seppur implicitamente richiamando la decisione del Tribunale del Riesame, rinvia a sua volta a provvedimenti delle Autorità nazionali (ad es. Consob o Banca di Italia) e sovranazionali, alcuni dei quali addirittura precedenti alla riforma della normativa antiriciclaggio. Verrebbe così a configurarsi un inquietante ed assurdo paradosso: l'*exchanger* che offre la vendita di *Bitcoins* rispettando tutti i requisiti imposti dalla normativa antiriciclaggio (dunque iscrivendosi anche nell'apposito registro tenuto dall'Organismo degli Agenti e dei Mediatori ai sensi dell'art. 128-undecies del Testo Unico Bancario) se propone la vendita di *crypto asset* in un determinato modo, rischierebbe, per ciò solo, e comunque, di essere chiamato a rispondere del delitto di abusivismo finanziario ex art. 166 TUF.

⁸¹ Pare doveroso rappresentare che in Germania, ad esempio, talune tipologie di *crypto assets* (*token ICOs*, e dunque non i singoli *Bitcoins*) sono state classificate «strumenti finanziari» mediante l'emanazione di una apposita legge, dopo un rapporto dell'Autorità Finanziaria Federale tedesca (*BaFin*), il quale ha chiarito che «*In accordance with BaFin's legally binding decision on units of account within the meaning of section 1 (11) sentence 1 of the KWG, Bitcoins are financial instruments. Units of account are comparable to foreign exchange with the difference that they do not refer to a legal tender. Included are also value units which function as private means of payment in barter transactions and any other substitute currency that is used as means of payment in multilateral accounting on the basis of contracts under private law. [...] However, under additional circumstances, a commercial handling of the VCs may trigger the authorisation requirement under the KWG (general Guidance Notice on Authorisation). Failure to obtain authorisation generally constitutes a criminal offence under section 54 of the KWG*», reperibile sul [sito della BaFin](#).

relativo scambio/conversione in moneta avente corso legale ha raggiunto una portata globale ed estremamente diffusa tra i comuni risparmiatori. Non più tardi di qualche giorno fa, il valore dei *Bitcoin* in relazione al dollaro è tornato a raggiungere i suoi massimi livelli, suscitando, all'evidenza, primario interesse anche agli occhi di taluni investitori istituzionali⁸².

Per tali ragioni, dunque, non v'è alcun dubbio che l'intera disciplina meriti un altrettanto interesse agli occhi del Legislatore, anche e soprattutto penale, specialmente in un'ottica di tutela del risparmio, ma anche di integrità del mercato e di stabilità finanziaria.

Si tratta allora di comprendere se il nostro Paese intenderà giocare davvero d'anticipo, magari prevedendo un'autonoma manipolazione normativa al Testo Unico Finanziario senza attendere un intervento comunitario che, come visto, presto o tardi certamente arriverà, oppure se resterà in attesa di tali impulsi sovranazionali, il che appare certamente più probabile. D'altronde, tramite l'imponente «pacchetto per la finanza digitale» di cui alla citata *Proposal MICA* del 24 settembre scorso, l'Europa ha già fatto chiaramente intendere che nel breve periodo provvederà a regolamentare il settore dei *crypto assets*.

Ad ogni buon conto, l'approccio legislativo – tanto ermeneutico, quanto di tecnica normativa – dovrà, in un caso o nell'altro, essere estremamente cauto e ponderato in ossequio, all'evidenza, ai principi di legalità e tassatività che governano la materia penale. Al tempo stesso, si auspica che l'attenzione legislativa tenga pur sempre conto di quel “sano” progresso tecnologico che caratterizza il settore, evitando una eccessiva ed anticipata repressione di nuove forme di evoluzione finanziaria che in egual misura meritano tutela e positiva regolamentazione.

A mero titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di esaustività, sia allora consentito evidenziare come non basterà, in ipotesi, mettere mano all'art. 1 del TUF ed inserire *sic et simpliciter* all'interno del catalogo degli «strumenti finanziari» o «prodotti finanziari» i *crypto assets* generalmente intesi, poiché tale soluzione, come osservato, sarebbe estremamente semplicistica e difficilmente accettabile, in quanto riduttiva e tale da prestare il fianco ad improprie analogie ed equiparazioni data la natura proteiforme di tali ultimi strumenti.

In relazione, poi, al soggetto agente si auspica un'attenta rimodulazione e ridefinizione sistematica delle figure di riferimento, specialmente per porre definitivo rimedio a quel paradosso in precedenza tratteggiato.

Ed invero, non basterebbe certo includere *ex lege* gli *exchangers* e i *wallet providers* all'interno del perimetro applicativo del TUF, poiché si verificherebbe, all'evidenza, un insostenibile problema di coordinamento con l'attuale normativa antiriciclaggio,

⁸² È del 17 dicembre scorso la notizia che – anche a seguito del via libera da parte di *PayPal* al suo utilizzo come strumento di pagamento – il *Bitcoin* ha raggiunto i suoi massimi storici, arrivando a toccare il valore di oltre 23.000 dollari e registrando da marzo 2020 un incremento del 450%, come riportato [dal quotidiano on-line di La Repubblica](#). Sul punto si veda anche un recente articolo pubblicato sul Sole 24 Ore, [Così il Covid ha fatto scoprire al bitcoin una vocazione da oro digitale](#). Ancora, sempre sul medesimo quotidiano si rimanda a [Il ritorno di bitcoin: nuova bolla speculativa o c'è altro?](#).

laddove, tali *protointermediari* vengono espressamente definiti quali «operatori non finanziari». Tale frizione, per quanto di immediata percezione a livello interno, rischia tuttavia di accentuarsi in un'ottica di futura armonizzazione con il sistema eurounitario, se solo si pensa che l'anzidetta *Proposal MICA* intende sì lodevolmente introdurre norme precise nel settore, ma, al tempo stesso, non pare, ad oggi, prevedere alcuna regolamentazione sostanziale in relazione alle figure degli intermediari, o meglio, in relazione alle categorie degli emittenti e delle relative fasi di emissione.

Spetterà dunque, e comunque, al Legislatore nazionale creare un ben definito perimetro di legalità garantendo *standard* tecnologici di affidabilità e di autenticità a tutela del risparmio. Sarà, ad esempio, necessario prevedere un sistema che regolamenti e autorizzi quei soggetti deputati alla emissione e gestione di tali innovativi strumenti e soprattutto stabilire quali, delle varie tipologie di *crypto assets*, possano realmente definirsi strumenti o prodotti finanziari (al momento, tuttavia, come ampiamente osservato, parrebbero rientrare in tale categoria solamente i c.d. *security tokens*).

Ma anche in tal caso, per concludere, i suddetti possibili interventi, come anticipato, non potranno che iniziare da una sostanziale e ben ponderata rimodulazione della normativa antiriciclaggio che, però, permetta – al contempo – di mantenere una adeguata tutela dei fenomeni di reimpiego illecito di capitale.

Una sfida attuale e in divenire, dalle non facili ed immediate soluzioni; solo il tempo – si auspica galantuomo, anziché tiranno – potrà, allora, forse, porre rimedio a quel panpenalismo ormai dilagante, a quella onnivora tendenza a voler, a tutti i costi, ricercare nuove, a volte ibride, fattispecie penali.

Fino ad allora, purtroppo, si continuerà a navigare a vista.

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO, DIVIETO DI CONSEGNA E TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE: UNA 'NUOVA' QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Nota a [C. app. Milano, Sez. V, ord. 17 settembre 2020, Pres. Ichino, est. Curami](#)

di Irene Guerini

SOMMARIO: 1. Una inedita questione di legittimità costituzionale della disciplina del mandato d'arresto europeo. – 2. Il caso di specie. – 3. Rifiuto di consegna e tutela dei diritti fondamentali. – 4. (segue) Tutela del diritto alla salute: sulla violazione degli artt. 2 e 32 Cost. – 5. Il confronto con la procedura di estradizione: sulla violazione degli artt. 3 e 110 Cost. – 6. Qualche osservazione conclusiva: le questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia UE. – 7. (segue) La strada obbligata della questione di legittimità costituzionale: una questione mal posta?

1. Una inedita questione di legittimità costituzionale della disciplina del mandato d'arresto europeo.

Sono passati solo pochi mesi dall'ordinanza con la quale la Sesta Sezione Penale della Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale della disciplina italiana del mandato d'arresto europeo, lamentando l'inapplicabilità del divieto di consegna anche al condannato extracomunitario che, vivendo stabilmente in Italia, chieda di scontarvi la pena¹. A breve distanza di tempo ed in attesa della pronuncia della Consulta, la Corte d'appello di Milano – con l'ordinanza qui in commento – si rivolge, nuovamente, alla Corte costituzionale, sollevando una ulteriore questione di legittimità dai molteplici profili di novità.

È, per certo, inedito l'angolo prospettico dal quale muove il giudice *a quo*, che attiene alla compatibilità tra la legge interna ed i diritti fondamentali (tra questi, principalmente, il diritto alla salute) della persona richiesta di consegna. Al di là dei richiami, contenuti nell'ordinanza di remissione, alle disposizioni della decisione-quadro istitutiva del mandato d'arresto europeo², la questione proposta pare risolversi

¹ Cass. sez. VI, ord. 4 febbraio 2020, n. 10371, in questa *Rivista*, 6 maggio 2020, con nota di M. DANIELE, [Mandato d'arresto europeo e diritto degli extracomunitari al reinserimento sociale nello stato di esecuzione. Una questione di legittimità costituzionale](#). Nello specifico, la Suprema Corte lamenta l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 *bis* lett. c l. n. 69/2005 (così come introdotta dalla l. n. 117/2019), nella parte in cui, nel prevedere tra i motivi di diniego facoltativi della richiesta di mandato d'arresto europeo non contempla anche il caso in cui il soggetto richiesto di consegna sia cittadino extracomunitario che dimora o risiede stabilmente in Italia o comunque ha solidi legami con lo Stato italiano.

² Decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, pubblicata in G.U. C.E. n. 190 del 18 luglio 2002. Per

in un rapporto dialogico che si esaurisce integralmente nei confini dell'ordinamento italiano, tra legge interna di attuazione³ e diritti fondamentali previsti nella Costituzione. Come ricorda la stessa ordinanza di rimessione, infatti, non è in discussione il principio di presunzione del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri (e nello specifico da parte dello Stato richiedente la consegna) «in quanto la lesione del diritto fondamentale della salute del consegnando prescinde da un'analisi dello stato richiedente»⁴.

Peculiari sono, altresì, i parametri costituzionali che si assumono violati: la Corte d'appello di Milano lamenta, infatti, la violazione degli artt. 2, 3, 32 e 110 Cost., senza mai richiamare, per contro, i referenti 'classici' delle questioni di legittimità costituzionale che coinvolgono leggi interne di attuazione di direttive euro-unitarie⁵. In particolare, difetta nel caso di specie l'evocazione degli artt. 11 e 117 Cost., dato di per sé significativo della particolarità della questione promossa: sia per la distanza rispetto alle due (sole) precedenti declaratorie di illegittimità pronunciate dalla Consulta⁶; sia per il perimetro all'interno del quale i Giudici costituzionali esercitano il proprio vaglio critico⁷.

un primo commento M. BARGIS, *Il mandato d'arresto europeo dalla decisione quadro alle prospettive di attuazione, in Politica del diritto*, 2004, f. 1, pp. 49 ss. L'ordinanza in commento ricostruisce l'assetto normativo di riferimento proprio a partire da alcune disposizioni della decisione-quadro e nello specifico: l'art. 1 in tema di mutuo riconoscimento ed obbligo di rispettare i diritti fondamentali; l'art. 3 che prevede motivi di non esecuzione obbligatoria; l'art. 4 che disciplina motivi di non esecuzione facoltativa; l'art. 23 comma 4 che tratta dei casi di sospensione temporanea dell'esecuzione.

³ Legge 22 aprile 2005, n. 69, pubblicata in G.U. n. 98 del 29 aprile 2005. Per una analisi in dottrina E. ZANETTI – S. MELONI, *Commento alla l. 69/2005*, in G. Illuminati – L. Giuliani, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Cedam 2020, pp. 3577 ss.

⁴ Così espressamente l'ordinanza in commento, p. 8.

⁵ Da una breve analisi delle pronunce della Consulta in tema di mandato d'arresto europeo si evince che, a quindici anni dall'entrata in vigore della legge interna di attuazione, la Corte costituzionale ha emesso complessivamente dieci pronunce su questioni di legittimità promosse in relazione alle disposizioni di cui alla l. n. 69/2005 e nello specifico: Corte cost. 109/2008, in *Cass. pen.* 2008, pp. 3667 ss.; Corte cost. 143/2008, in *Cass. pen.* 2008, pp. 3588 ss.; Corte cost. 347/2008, in *Giur. cost.* 2008, f. 5, pp. 3836 ss.; Corte cost. n. 60/009, in *Giur. cost.* 2009, f. 1, pp. 454 ss.; Corte cost. 256/2009, in *Giur. cost.* 2009, f. 4, pp. 3513 ss.; Corte cost. 227/2010 in *Giur. cost.* 2010, f. 3, pp. 2598 ss.; Corte cost. 237/2010, in *Giur. cost.* 2010, f. 4, pp. 2917 ss.; Corte cost. 374/2010, in *Giur. cost.* 2010, f. 6, pp. 5212 ss.; Corte cost. 274/2011, in *Cass. pen.* 2012, pp. 473 e 2569 ss.; Corte cost. 10/2012, in *Giur. cost.* 2012, f. 1, pp. 75 ss.

⁶ La prima attiene alla illegittimità costituzionale dell'art. 33 l. 69/2005, per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede che la custodia cautelare all'estero, in esecuzione del m.a.e., sia computata anche agli effetti della durata dei termini di fase previsti dall'art. 303 c.p.p. (Corte cost. 143/2008, cit.). La seconda riguarda l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 comma 1 lett. r) [nella versione in vigore prima della l.n. 117/2019], per violazione degli artt. 11 e 117 comma 1 Cost., nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno (Corte cost. 227/2010, cit.).

⁷ Vaglio critico che impone un duplice referente costituzionale: l'art. 11 Cost., sulla base del quale è riconosciuto il potere-dovere del giudice comune di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa, ovvero di sollevare questione di legittimità costituzionale quando il contrasto attenga norme comunitarie prive di effetto diretto; l'art. 117 comma 1 Cost., che conferma l'obbligo del legislatore interno

La questione sollevata dalla Corte d'appello di Milano si prospetta, infine, connotata da stretta attualità anche con riguardo al contesto di riferimento, inserendosi nel quadro di una politica normativa dell'Unione Europea sempre più orientata in favore di un progressivo incremento della tutela dei diritti fondamentali⁸. Alcuni degli interventi normativi adottati dal legislatore europeo hanno già direttamente inciso sulla decisione-quadro istitutiva del m.a.e., imponendo ai singoli Stati membri di adeguare la legge interna di recepimento⁹. Altri interventi mantengono una natura più strettamente programmatica, sollecitando il processo di armonizzazione tra i diversi ordinamenti evocando petizioni di principio. Tra questi, la Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 30 novembre 2009, richiamata espressamente nell'ordinanza della Corte d'appello di Milano qui in commento, individua una «tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati», rappresentando l'esigenza di implementazione di alcune «garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili ... per ragioni ad esempio di età o di condizioni mentali o fisiche»¹⁰.

È proprio questo, forse, tra tutti, il rilievo di maggiore novità che al contempo, però, guarda al passato. Si tratta, in sostanza, di una questione che – seppure inedita – ha, infatti, un sapore antico: non a caso, proprio il giudice *a quo* evoca le parole della Corte costituzionale in tema di sospensione del processo ed incapacità processuale irreversibile dell'imputato¹¹.

2. Il caso di specie.

La Corte d'appello di Milano era investita della richiesta di un mandato d'arresto processuale proveniente dal Tribunale di Zara (Croazia). Nello specifico, l'autorità giudiziaria croata chiedeva la consegna di un cittadino italiano, imputato dei reati di detenzione a fini di spaccio e cessione di sostanze stupefacenti risalenti all'anno 2014, al fine di poter applicare la misura cautelare degli arresti domiciliari in pendenza del procedimento penale a suo carico.

di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, con l'unico 'controlimite' del rispetto dei principi fondamentali di matrice costituzionale e dei diritti inalienabili della persona; così in particolare Corte cost. 227/2010, cit., in motivazione §7.

⁸ In dottrina, da ultimo, si veda M. GIALUZ – E. GRISONICH, *Crisi dell'Unione Europea e crepe nel reciproco riconoscimento: il dialogo costruttivo delle Corti assicura il rispetto dei diritti fondamentali e l'efficacia del mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 2650 ss.

⁹ È il caso della Decisione-quadro 2009/299/GAI sul processo *in absentia*, pubblicata in G.U. UE n. 81 del 27.3.2009, poi recepita con d.lgs. 15.2.2016, n. 31; della Decisione-quadro 2008/909/GAI in tema di libertà personale, pubblicata in G.U. UE n. 327 del 5.12.2008, recepita con d.lgs. n. 161 del 2010; infine, della Decisione-quadro 2009/829/GAI sulle misure alternative alla detenzione cautelare, pubblicata in G.U. UE n. 294 del 11.11.2009 e recepita con d.lgs. 15.2.2016, n. 36.

¹⁰ Così espressamente la Risoluzione del Consiglio del 30.11.2009, pubblicata in G.U. C. n. 295 del 4.12.2009.

¹¹ Il riferimento è in particolare a Corte cost. 45/2015, in *Guida dir.* 2015, f. 16, pp. 64 ss. con nota di R. BRICCHETTI, *L'estinzione del reato farà dichiarare l'improcedibilità*. Per una analisi della pronuncia sia consentito rinviare a I. GUERINI, [Imprescrittibilità di fatto e processo eterno: la Corte costituzionale si pronuncia sulla prescrizione del reato commesso dall'eternamente giudicabile](#), in *Leg. pen.*, 9 dicembre 2015.

Anche a fronte di corposa documentazione medica prodotta dalla difesa del soggetto richiesto di consegna, la Corte d'appello disponeva accertamenti d'ufficio, tra i quali una perizia psichiatrica che così concludeva: «la capacità di intendere e di volere [...] era al momento dei fatti assente per scompenso acuto; nell'attualità egli è persona che conserva sufficienti capacità di partecipare al giudizio. Il periziando ha necessità di cure, la cui interruzione rappresenterebbe un possibile [inc.] pregiudizio per la sua salute e per il percorso da quattro anni intrapreso»¹². In sostanza, l'esito degli accertamenti peritali restituiva un quadro complesso, in relazione al quale risultano accertati: l'incapacità di intendere e di volere al momento di commissione dei fatti di reato contestati dall'autorità giudiziaria croata; l'attuale capacità processuale del soggetto; i concreti pericoli per le sue condizioni di salute derivanti dall'eventuale attivazione della procedura di consegna.

Al riguardo, la Corte d'appello di Milano richiama alcuni specifici passaggi della perizia che evidenziano un forte rischio suicidario correlato alla condizione di detenzione ed alla interruzione delle terapie non solo farmacologiche ma altresì psicoterapiche. Le peculiari patologie riscontrate portano il perito ad affermare che «non è persona che nel nostro ordinamento potrebbe essere ristretto in un carcere comune, prevalendo in lui non solo l'incapacità al momento dei fatti ma anche la necessità di cure. Egli non è individuo adatto alla vita carceraria, necessitando di poter mantenere il percorso iniziato e che si può dire già oggi avviato ma certamente ben lontano dall'essere concluso»¹³. Tale condizione di salute si prospetta, infine, come irreversibile o comunque di durata non determinabile *a priori*, posto che con riguardo alle prospettive di guarigione la perizia conferma che in ragione della serietà delle patologie dalle quali risulta affetta la persona si può aspirare al raggiungimento di un equilibrio accettabile solo a fronte della possibile necessità di assumere terapia farmacologica per la maggior parte della vita.

A fronte di tali risultanze in fatto, la Corte d'appello di Milano rileva come sussistano tutti i presupposti, formali e sostanziali, per l'emissione di un provvedimento favorevole alla consegna, salva l'operatività – all'esito del processo ed in caso di condanna – del meccanismo dell'esecuzione condizionata di cui all'art. 19 lett. c) l. 69/2005.

Ritiene pertanto di dover sollevare questione di legittimità costituzionale della legge interna – e nello specifico degli artt. 18 e 18 *bis* – nella parte in cui non prevedono, tra i motivi di rifiuto della consegna, ragioni di salute croniche e di durata indeterminabile che comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta.

Il percorso argomentativo dell'ordinanza di rimessione muove attorno a due temi centrali: l'assenza di un caso tassativo di rifiuto della consegna per lesione di un diritto fondamentale quale il diritto alla salute (anche sub specie di diritto a ricevere cure adeguate); l'inoperatività o comunque l'inefficacia del meccanismo di sospensione

¹² Il richiamo è espressamente riportato nell'ordinanza in commento, p. 3.

¹³ Sempre dall'ordinanza in commento, p. 3-4.

dell'esecuzione a garantire la piena tutela del diritto alla salute della persona richiesta di consegna.

3. Rifiuto di consegna e tutela dei diritti fondamentali.

Tanto la decisione-quadro quanto la legge di attuazione interna esordiscono (entrambe all'art. 1) con una petizione di principio dalla funzione essenzialmente programmatica: l'obbligo di recepimento della normativa UE istitutiva del mandato d'arresto europeo è espressione del mutuo riconoscimento di provvedimenti giudiziari adottati dagli Stati membri¹⁴ ed è soggetto al limite del rispetto dei principi supremi di rango costituzionale relativi ai diritti fondamentali, di libertà e riguardanti il giusto processo. In tale catalogo può certamente essere ricompreso il diritto alla salute, riconosciuto come fondamentale tanto dalla nostra Carta costituzionale (art. 32 Cost.) quanto dalla Carta di Nizza (art. 35); cui deve affiancarsi, quale inevitabile corollario, il diritto alla fruizione delle cure, che discende direttamente dal novero dei diritti inviolabili dell'individuo di cui all'art. 2 Cost.

Tanto premesso, né la decisione-quadro né la legge di attuazione interna prevedono uno specifico motivo di rifiuto della consegna per violazione del diritto alla salute (e alle cure) della persona destinataria di m.a.e.

A livello sovranazionale, la portata essenzialmente "di programma" dell'obbligo di conformità ai principi fondamentali è confermata proprio dal dialogo tra istituzioni. È di qualche anno fa l'invito rivolto dal Parlamento Europeo alla Commissione a modificare la Decisione-quadro in tema di mandato d'arresto europeo, prevedendo uno specifico motivo di rifiuto della consegna per violazione dei diritti fondamentali¹⁵. Invito al quale la Commissione ha deciso di rispondere in modo solo interlocutorio, valorizzando, per contro, una maggiore implementazione e progressiva armonizzazione dei diritti processuali in favore dell'imputato¹⁶. Percorso di armonizzazione che però ha

¹⁴ Nell'ambito della giustizia penale europea, si definisce mutuo riconoscimento «il principio secondo il quale le decisioni dei giudici penali o di altre autorità assimilate di uno Stato membro devono essere riconosciute dai giudici o dalle autorità assimilate degli altri Stati membri ed eseguite allo stesso modo delle proprie»; la definizione è ripresa da J.R. SPENCER, *Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi*, in R.E. Kostoris, *Manuale di Procedura penale europea*, II ed., Giuffrè, p. 277. La decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo costituisce «la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco»; così espressamente il Considerando n. 6 alla decisione-quadro.

¹⁵ Il richiamo è alla Risoluzione del Parlamento Europeo del 27.2.2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo [2013/2109(INL)], in G.U. C. 285 del 29.8.2017; nonché in www.europarl.europa.eu. In particolare, il Parlamento europeo segnalava, tra l'altro, l'assenza nella decisione quadro 2002/584/GAI di un motivo di non esecuzione obbligatoria riguardante i diritti fondamentali, la cd. «non-compliance with fundamental rights».

¹⁶ Con atto della Commissione adottato il 28.5.2014, in www.oeil.secure.europarl.europa.eu, viene in particolare evidenziato come "work is ongoing to further improve this context by ensuring respect for fundamental rights by providing common minimum standards of procedural rights for suspects and accused persons across the European Union. This in general immeasurably improves the foundations of a system of surrender of suspects and accused persons from one Member State to another. It also specifically improves the system through the European arrest

lasciato, per così dire, scoperta proprio la tutela di quei diritti fondamentali privi di immediata attinenza con il processo penale (tra i quali proprio il diritto alla salute); diritti in relazione ai quali, al di là degli intenti evocati dalla Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009, non si registrano specifiche iniziative legislative, né dotate di efficacia diretta né vincolanti per gli Stati membri quanto a necessità di attuazione¹⁷.

Al riguardo, preme comunque ricordare come la giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia, almeno in parte, colmato le lacune del legislatore comunitario, segnando una evoluzione interpretativa significativa che da strenuo «difensore della mutual trust»¹⁸ l'ha, infine, condotta a soluzioni di compromesso a maggiore garanzia dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento sovranazionale. Il passaggio può essere rimarcato evocando, in estrema sintesi, alcune pronunce: dal caso Melloni¹⁹ ai casi riuniti Aranyosi e Căldăraru²⁰.

In origine, la Corte di Giustizia ribadiva il primato del diritto comunitario, ricordando che – anche in forza dell'art. 53 della Carta di Nizza – «quando un atto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»²¹; ciò in quanto eccepire la lesione del diritto ad un processo equo e dei

warrant specific provisions in both the already-agreed and the proposed procedural rights Directives". In sostanza, la Commissione Europea ritiene che la strada dell'intervento legislativo non costituisca sempre il miglior approccio, enfatizzando il programma di armonizzazione delle legislazioni "in via indiretta" attraverso l'adozione di direttive tese ad implementare l'adozione di garanzie processuali minime comuni e promuovendo l'adozione di buone prassi volte a consentire un controllo di proporzionalità in concreto ed in fase esecutiva.

¹⁷ Sono invece, per contro, stati oggetto di specifico intervento normativo: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (Direttiva 2010/64/UE del 20.10.2010); il diritto all'informazione nei procedimenti penali (Direttiva 2012/13/UE del 22.5.2012); il diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, il diritto di informare un terzo al momento di privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari (Direttiva 2013/48/UE del 22.10.2013); le garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali (Direttiva UE 2016/800 del 11.5.2016); l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo (Direttiva UE 2016/1919 del 26.10.2016).

¹⁸ La definizione è riproposta da M. BARGIS, [Mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di Giustizia tra compromessi e nodi irrisolti](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, f. 2, pp. 177 ss.

¹⁹ Corte di Giustizia (Grande sezione), 26.2.2013, Melloni, C-399/11; in dottrina, tra le molte, C. AMALFITANO, [Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013; F. VIGANÒ, [Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré, mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni](#), *ivi*, 9 marzo 2014.

²⁰ Corte di Giustizia (Grande sezione), 5.4.2016, Aranyosi e Căldăraru, cause riunite C-404/15 e C-659/15; in dottrina F. Cancellaro, [La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione nello Stato membro emittente](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2016.

²¹ Così espressamente Corte di Giustizia (Grande sezione), 26.2.2013, Melloni, cit., punto 60. Negli stessi

diritti di difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro richiesto per rifiutare la consegna (ovvero per subordinarla ad una revisione del provvedimento giudiziario emesso dallo Stato membro richiedente) rischierebbe di determinare «una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci»²² che la decisione-quadro mira a rafforzare, sminuendo l'effettività.

Successivamente, per contro, la Corte di Giustizia ha ammesso, seppure solo in circostanze eccezionali, limitazioni ai principi di riconoscimento e di fiducia reciproci tra Stati membri, laddove emerga l'esigenza di rispettare diritti fondamentali riconosciuti nella Carta e nella Convenzione europea²³. In sostanza, la Corte di Giustizia conferisce potere valutativo all'autorità giudiziaria dello Stato membro richiesto, individuando un percorso in due fasi (cd. *two-step test*) volto ad accertare, prima in astratto e poi in concreto, l'effettiva sussistenza del rischio che il soggetto sia sottoposto a trattamenti inumani o degradanti in caso di consegna²⁴.

La prospettiva sovranazionale resta però sottotraccia nell'ordinanza della Corte d'appello di Milano che, si è detto, al di là di un generico richiamo ai parametri normativi della decisione-quadro, esaurisce la questione di legittimità in una dimensione esclusivamente interna.

4. (segue) Tutela del diritto alla salute: sulla violazione degli artt. 2 e 32 Cost.

Ritiene in particolare il giudice *a quo* che l'esigenza di tutela della salute non possa essere ricondotta ad alcuna delle – tassative – ipotesi di rifiuto della consegna previste dagli artt. 18 e 18 *bis* l. 69/2005 (e, nello specifico, le ipotesi, evocate dalla difesa, di cui alle lett. i) ed h) dell'art. 18) posto che lo stato di salute della persona richiesta attiene a condizioni personali suscettibili di modificazione che restano irrilevanti ai fini

termini, successivamente, il Parere 2/13 emesso dalla Corte di Giustizia in seduta plenaria il 18.12.2014, parere con il quale la Corte di Giustizia si era espressa in senso negativo sul progetto di accordo per l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in particolare punti 189-190.

²² Così espressamente Corte di Giustizia (Grande sezione), 26.2.2013, Melloni, cit., punto 63. Per un esame analitico della decisione della Corte di Giustizia e delle relative argomentazioni anche in chiave critica M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, cit., pp. 185 ss.

²³ Il passaggio è ripreso da Corte di Giustizia (Grande sezione), 5.4.2016, Aranyosi e Caldăraru, cit., punti 82-83; era però già stato espresso dalla Corte di Giustizia nel Parere 2/13 emesso in seduta plenaria il 18.12.2014. Ancora, per un esame analitico della decisione e delle relative argomentazioni anche in chiave critica M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, cit., pp. 198 ss.; nonché N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato d'arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Caldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, f. 2, pp. 445 ss. e, da ultimo, A. ROSANÒ, [Dopo Aranyosi e Căldăraru: la prassi della Corte di cassazione italiana in materia di diritti fondamentali](#), in questa *Rivista*, 7 ottobre 2020.

²⁴ In dottrina, sul punto, A. CORRERA, [Mutual trust e rispetto dei diritti fondamentali: l'intensità del controllo dell'autorità giudiziaria di esecuzione del MAE sulle condizioni di detenzione dello Stato membro emittente](#), in *dpceonline.it*, 21 aprile 2020; V. SIRELLO, *Violazione dell'art. 4 CDFUE e motivi di rifiuto del mae*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 385 ss. Sul fronte della giurisprudenza interna, G. COLAIACOVO, [Mandato d'arresto europeo, limite all'applicazione della legge penale e sovraffollamento carcerario in una sentenza della Corte di Cassazione](#), in questa *Rivista*, 28 luglio 2020.

della decisione del procedimento m.a.e., potendo al più determinare la sospensione della fase esecutiva di consegna. Duplice il profilo rappresentato dalla Corte d'appello per escludere una interpretazione costituzionalmente orientata della l. 69/2005 e rendere, quindi, obbligata la strada della questione di legittimità.

Da un lato, le specifiche circostanze del caso di specie non sono tali da poter integrare i presupposti di alcuno tra i motivi di rifiuto di consegna già normativamente previsti, salvo voler accedere a non consentite interpretazioni analogiche²⁵. Non pare che possa giungersi a conclusioni diverse da quelle offerte dal giudice *a quo* nemmeno indagando in modo più approfondito la *ratio* sottesa a ciascuno dei motivi di rifiuto della consegna richiamati nel caso di specie.

Non con riguardo all'art. 18 lett. i) l. 69/2005 che, sebbene faccia espresso richiamo alla accertata condizione di non imputabilità del soggetto richiesto (condizione comunque integrata nel caso di specie), limita la portata applicativa del motivo di rifiuto della consegna ai soli imputati minorenni all'epoca dei fatti²⁶. Per come impostata, questa specifica ipotesi di rifiuto avrebbe potuto fondare una questione di legittimità costituzionale "mirata", per violazione dell'art. 3 Cost., nel caso in cui fuoco centrale dell'argomentazione della Corte d'appello fosse stata la condizione di non imputabilità del soggetto maggiorenne, richiesto di consegna. Ma, come abbiamo visto, il tema sottoposto all'attenzione della Consulta ha confini sensibilmente distinti.

In termini simili, non pare vi siano spazi per invocare nel caso di specie l'applicazione del motivo di rifiuto di cui all'art. 18 lett. h) l. 69/2005, che opera «se sussiste un serio pericolo che la persona ricercata venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti». La potenziale lesione dei diritti fondamentali, sotto lo specifico profilo del rischio di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti, presuppone, infatti, di "mettere sotto indagine" lo Stato richiedente, secondo il modello del cd. *two-step test* individuato dalla Corte di Giustizia. La prospettiva della Corte d'appello è, invece, differente (e, da questo punto di vista, lo si è detto, anche inedita): «nel caso che ci occupa non sovviene alcun *vulnus* al principio di presunzione del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri – che sottende al sistema delineato dalla legge quadro MAE – in quanto la lesione del diritto fondamentale della salute del consegnando prescinde da un'analisi dell'ordinamento dello stato richiedente e si rinviene esclusivamente nella peculiarità

²⁵ Concorde, sul punto, la giurisprudenza di legittimità che chiarisce come «le condizioni di salute del consegnando non sono, tuttavia, annoverate dall'art. 18 della legge n. 69 del 2005 tra le cause di rifiuto della consegna»; così Cass. sez. VI, 30.12.2013, n. 108, in *DeJure*.

²⁶ È solo il caso di ricordare che, con specifico riguardo all'equivalente sovranazionale di tale motivo di rifiuto della consegna, previsto nella decisione-quadro 2002/584 all'art. 3 n. 3, la Corte di Giustizia si è già pronunciata in via pregiudiziale, precisando tra l'altro che: «il motivo di non esecuzione previsto da tale disposizione non riguarda i minori in generale, ma si riferisce solamente a coloro che non hanno raggiunto l'età richiesta, ai sensi del diritto dello Stato membro di esecuzione, per essere considerati penalmente responsabili dei fatti all'origine del mandato emesso nei loro confronti»; così Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 23.1.2018, C-367/16, Piotrowski, in *eur-lex.europa.eu*, in motivazione §29. Sul punto, in dottrina, M. BARGIS, [Mandato d'arresto europeo e minorenni nella visione della Corte di Giustizia: profili critici del caso Piotrowski](#), in *Dir. pen. cont.* 2019, f. 2, pp. 169 ss.

della malattia psichiatrica (e delle correlate esigenze di cura) che ha colpito [il soggetto richiesto]»²⁷.

A conforto di tale orientamento, l'ordinanza di rimessione richiama consolidata giurisprudenza di legittimità, che chiarisce: «lo stato di salute è una condizione personale soggetta a modificazioni, anche repentina, nel corso del tempo e, pertanto, non utilmente rappresentabile nelle fasi procedurali anteriori all'esecuzione del provvedimento di consegna perché, in quest'ultimo segmento della procedura, condizioni di salute in precedenza non ostative potrebbero aggravarsi e divenire tali o viceversa [...] le condizioni di salute, pertanto, non precludono l'accoglimento della richiesta di consegna, ma possono, secondo valutazioni operate *rebus sic stantibus* e delibando un adeguato supporto documentale, determinare la sospensione della esecuzione della consegna»²⁸.

Dall'altro lato, secondo la Corte d'appello rimettente, l'unico strumento normativo preposto alla tutela del diritto alla salute nella legge n. 69/2005 risulta inadeguato sia in linea generale, sia in rapporto alle peculiari esigenze di cura (prolungate nel tempo) che si prospettano nel caso di specie. In generale, il richiamo all'istituto della sospensione della consegna di cui all'art. 23 comma 3 l. 69/2005 appare infatti inadeguato, a giudizio del rimettente, nella misura in cui «sottrae alla fase giurisdizionale la valutazione circa l'analisi di un'eventuale lesione al diritto fondamentale della salute quale motivo che consenta di rifiutare la consegna; rimette alla fase esecutiva (eventuale) la verifica – con atto peraltro non impugnabile – della sussistenza di gravi ragioni di salute consentendo la sospensione del procedimento»²⁹. Nello specifico, inoltre, la sospensione del procedimento avrebbe «una durata indeterminabile»³⁰, ponendosi in contrasto con i *dicta* della Corte costituzionale sul tema, simile ma non identico, della sospensione del processo per incapacità dell'imputato di parteciparvi.

Il solo profilo di censura di carattere generale pare altresì giustificare, nella logica del giudice *a quo*, l'esclusione dell'art. 23 l. 69/2005 dal novero delle disposizioni normative sospettate d'incostituzionalità. Infatti, proprio la natura extra-giurisdizionale del procedimento di sospensione della consegna esclude che tale possa essere ritenuta la sede idonea per valutare, in forma garantita, la tutela del diritto fondamentale alla salute della persona richiesta. La considerazione non pare, invece, replicabile con riguardo ai profili di natura specifica attinenti alla durata – *a priori* indeterminabile – della condizione di salute ostativa alla consegna. Il diverso tema, che in questo caso potrebbe porsi, e che sarà trattato brevemente tra le riflessioni conclusive, riguarda una eventuale questione pregiudiziale comunitaria che muova invece dall'interpretazione dell'art. 23 par. 4 della decisione quadro (e del corrispondente art. 23 della l. 69/2005)

²⁷ Così l'ordinanza in commento, p. 8.

²⁸ Così Cass. sez. VI, 15.2.2017, n. 7489, in *DeJure*, che richiama a sua volta precedenti pronunce, tra le quali, Cass. sez. VI, 30.12.2013, n. 108, in *DeJure*.

²⁹ Così l'ordinanza in commento, p. 6-7.

³⁰ Così l'ordinanza in commento, p. 7.

proprio alla luce di condizioni di salute ostative alla consegna e, contestualmente, irreversibili.

Infine, a sostegno della propria argomentazione – e della conseguente necessità di promuovere questione di legittimità costituzionale – il giudice rimettente richiama, in modo rapsodico, alcune disposizioni normative, che costituirebbero indici sintomatici del fatto che la tutela dei diritti fondamentali in generale (e del diritto alla salute in particolare) permea sia la disciplina del mandato d’arresto europeo sia più ad ampio spettro il diritto dell’Unione. La Corte d’appello richiama, quali esempi: il motivo di rifiuto di cui all’art. 18 lett. s) l. 69/2005 in caso di richiesta di consegna di donna incinta o di madre di prole di età inferiore a tre anni; l’art. 11 §1 lett. f) della direttiva 2014/41/UE che prevede il rifiuto di esecuzione di un ordine europeo di indagine per incompatibilità con i diritti di cui all’art. 6 T.U.E.; l’art. 696 *ter* c.p.p.; la Risoluzione del Consiglio dell’Unione Europea del 30.11.2009 con particolare riguardo alle garanzie da riconoscere per indagati o imputati vulnerabili.

5. Il confronto con la procedura di estradizione: sulla violazione degli artt. 3 e 110 Cost.

Da ultimo, la Corte d’appello di Milano individua, nel quadro normativo così delineato, anche una violazione dell’art. 3 Cost., costruendo un parallelo tra le discipline in tema di mandato d’arresto europeo e di estradizione. Nello specifico, l’art. 705 co. 2 lett. c *bis*) c.p.p. prevede, infatti, che la Corte pronunci comunque sentenza contraria all’extradizione «se ragioni di salute o di età comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta»³¹.

Invero, pur consapevoli del fatto che la disciplina del mandato d’arresto europeo muove all’interno del perimetro anche normativo del diritto dell’Unione Europea, il richiamo al Libro XI del codice di rito penale presenta qualche spunto degno d’interesse. In passato, i tentativi di mettere in relazione le due discipline, proprio sotto il profilo della irragionevolezza del *discrimen*, non avevano mai trovato il favore della Corte costituzionale. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell’art. 705 c.p.p., in rapporto alla disciplina transitoria dell’art. 40 l. 69/2005, la Consulta aveva già dichiarato manifestamente inammissibile la questione promossa per violazione, tra gli altri, dell’art. 3 Cost.: un giudizio «imposto proprio dalla ricordata diversità delle discipline a

³¹ La disposizione normativa è stata così modificata con d. lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, pubblicato in G.U. n. 242 del 16 ottobre 2017. Per un primo commento alla legge di riforma si veda G. DE AMICIS, [Lineamenti della riforma del Libro XI del codice di procedura penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2019. Per una analisi sistematica, si rinvia a A. MANGIARACINA, *Commento all’art. 705*, in G. Illuminati – L. Giuliani, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Cedam 2020, pp. 3457 ss.

confronto»³² che non consentiva l'integrazione dell'una con l'altra e la creazione di un «sistema spurio»³³.

La questione proposta dalla Corte d'appello di Milano inverte, in un certo senso, i termini della questione, sollecitando un adeguamento della disciplina sul mandato d'arresto europeo al modello estradizionale, come modificato da ultimo dal legislatore nel 2017. La nuova disciplina dell'art. 705 c.p.p. prevede, infatti, un nuovo limite all'estradizione, correlato a ragioni di salute o di età che comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta. È interessante rilevare come la disposizione sia già stata sottoposta all'interpretazione della Suprema Corte, la quale ha precisato che tale causa di rifiuto può trovare applicazione non soltanto nel caso in cui lo Stato richiedente non sia in grado di assicurare cure mediche all'estradando, ma altresì qualora la procedura di estradizione sia di per sé suscettibile di comportare un pregiudizio per le sue condizioni di salute³⁴.

Meno chiari appaiono, invece, i riferimenti alla violazione dell'art. 110 Cost., tanto da alimentare il sospetto che, in realtà, il giudice remittente volesse individuare, quale parametro di illegittimità, l'art. 111 Cost. (mai però espressamente richiamato nell'ordinanza di rimessione). Deporrebbero in tal senso alcuni indizi testuali che si rinvenivano nella motivazione dell'ordinanza: il passaggio, altrimenti ultroneo, sul principio di ragionevole durata del processo (tanto nella sua dimensione oggettiva che soggettiva, quale diritto dell'imputato ad essere giudicato in un tempo ragionevole³⁵); il richiamo incidentale all'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il tema, che forse meritava più ampia trattazione, rischia di incorrere, *in parte qua*, in una censura di inammissibilità, per violazione del canone di autosufficienza della motivazione dell'ordinanza di rimessione³⁶.

³² Il passaggio è ripreso da Corte cost. n. 274 del 21.10.2011, in motivazione, §5.4; nonché in *Cass. pen.* 2012, pag. 2569 con nota di G. COLAIACOVO, *Considerazioni in tema di disciplina transitoria e rifiuto della consegna del cittadino e del residente nel mandato di arresto europeo*. La questione era successivamente affrontata, in termini identici, da Corte cost. n. 10 del 20.1.2012, in *Giur. cost.* 2012, pag. 75. La soluzione adottata dalla Consulta pare perfettamente in linea con la *ratio* che sottende l'adozione della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo, che al considerando n. 5 osserva, tra l'altro: «...l'obiettivo dell'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia comporta la soppressione dell'estradizione tra Stati membri e la sua sostituzione con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie. Inoltre, l'introduzione di un nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate o sospettate, al fine dell'esecuzione delle sentenze di condanna in materia penale o per sottoporle all'azione penale, consente di eliminare la complessità e i potenziali ritardi inerenti alla disciplina attuale in materia di estradizione...».

³³ Sempre espressamente Corte cost. 274/2011, cit., in motivazione § 5.4.

³⁴ Cass. sez. VI, 27.11.2018, Fioretti, n. 1354, in ced. N. 274837, nonché in www.dejure.it.

³⁵ L'accezione in termini soggettivi o soltanto oggettivi del principio di ragionevole durata del processo è tema discusso. Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale emerge, infatti, la duplice valenza attribuita al principio, che ha alimentato il dibattito in dottrina circa la sua esatta natura: soggettiva, quale diritto del singolo ad una risposta giudiziaria in tempi rapidi; oggettiva, quale interesse collettivo alla realizzazione di una disciplina processuale in grado di assicurare l'efficace e tempestiva attuazione della legge. Si vedano, tra loro in contrasto, E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.* 2003, pp. 798 ss.; V. GREVI, *Il principio della "ragionevole durata" come garanzia oggettiva del "giusto processo" penale*, in *Cass. pen.* 2003, pp. 3206 ss.

³⁶ Corte cost. n. 60 del 28.2.2003, in *Giur. cost.* 2003, pp. 1 ss., nonché in cortecostituzionale.it.

Ultronee e contraddittorie rispetto alla questione di legittimità risultano, infine, le ultime considerazioni espresse nel provvedimento in commento. Dapprima si richiamano gli effetti – riconosciuti dalla stessa Corte d’appello di Milano come paradossali – dell’eventuale accoglimento della questione di legittimità, che consentirebbe di rifiutare la consegna del soggetto richiesto ma non eviterebbe il rischio che lo stesso sia comunque sottoposto, nello Stato richiedente, ad un procedimento penale *in absentia*, senza peraltro potersi difendere anche sotto il profilo del difetto di imputabilità³⁷. Immediatamente dopo si vorrebbe avallare la soluzione proposta dal Giudice rimettente, sostenendo come ciò consentirebbe di concludere la fase procedimentale del mandato d’arresto processuale, dando modo all’autorità richiedente di procedere a carico del soggetto (evidentemente non *in vinculis* e verosimilmente non presente) e lasciando aperta la possibilità, alla fine del processo penale, di attivare un mandato d’arresto europeo esecutivo³⁸.

6. Qualche osservazione conclusiva: le questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia UE.

È (come sempre) non particolarmente agevole prevedere il segno della decisione della Corte costituzionale. Tuttavia, all’esito dell’analisi delle motivazioni con le quali la Corte d’appello di Milano ha sollevato la questione di legittimità residua lo spazio per qualche breve osservazione.

In prima battuta, pare d’obbligo domandarsi se la strada dell’incidente di costituzionalità sia l’unica percorribile, ovvero se vi fossero spazi alternativi per promuovere una questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia. Due le questioni pregiudiziali astrattamente prospettabili.

La prima, avente ad oggetto l’interpretazione degli artt. 3, 4 e 4 *bis* della decisione-quadro 2002/584, avrebbe potuto ricalcare i profili che il giudice rimettente nel caso di specie ha sollevato dinnanzi alla Consulta, rivendicando il rispetto dei diritti fondamentali quale generale contro-limite all’operatività dell’obbligo di consegna di fonte eurounitaria. Tuttavia, si teme, la Corte di Giustizia avrebbe affrontato il problema ponendosi in linea di continuità con la propria giurisprudenza (sentenze Aranyosi e Caldaru). Anche da ultimo, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sul motivo di rifiuto della consegna relativo alla minore età della persona richiesta, la Corte di Giustizia ha, infatti, chiarito che le ipotesi ostative alla consegna correlate al rischio di violazione dei diritti fondamentali devono essere affrontate guardando all’autorità giudiziaria emittente il mandato d’arresto europeo³⁹, confermando quindi

³⁷ Sul punto, ordinanza in commento, p. 8.

³⁸ Così l’ordinanza in commento, p. 9.

³⁹ «È vero che la Corte ha già ammesso che, in circostanze eccezionali, possono essere apportate limitazioni ai principi di reciproco riconoscimento e di fiducia reciproca tra Stati membri. Inoltre, come emerge dall’articolo 1, paragrafo 3, della decisione quadro 2002/584, non può essere modificato per effetto di quest’ultima l’obbligo di rispettare i diritti fondamentali quali sanciti, segnatamente, dalla Carta (v., in tal

implicitamente l'impostazione che imporrebbe allo Stato richiesto di accertare, in concreto, il rischio di violazione dei diritti fondamentali derivante dalla consegna.

La seconda questione pregiudiziale, che si porrebbe, invece, in linea di cesura con l'impostazione adottata dalla Corte d'appello di Milano, avrebbe potuto attenersi all'interpretazione dell'art. 23 par. 4 della decisione-quadro 2002/584, nella parte in cui prevede che «la consegna può, a titolo eccezionale, essere temporaneamente differita per gravi motivi umanitari, ad esempio se vi sono valide ragioni di ritenere che essa metterebbe manifestamente in pericolo la vita o la salute del ricercato. Il mandato d'arresto europeo viene eseguito non appena tali motivi cessano di sussistere». Anche in tal caso, tuttavia, pare che i precedenti della giurisprudenza sovranazionale, proprio con riguardo al procedimento di sospensione della consegna (sebbene sotto il diverso angolo prospettico della sussistenza di circostanze di forza maggiore) non avrebbero potuto consentire una soluzione, in via pregiudiziale, ai temi che ci occupano nel caso di specie. Infatti, chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 23 par. 3 della decisione-quadro, la Corte di Giustizia ha avuto modo di ribadire la natura derogatoria delle ipotesi di sospensione, che impone pertanto una interpretazione restrittiva dei casi ivi previsti, salvo comunque il rispetto dei diritti fondamentali di cui all'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali, rimesso all'autorità giudiziaria dell'esecuzione che «dovrà effettuare un esame concreto della situazione di cui trattasi, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti»⁴⁰.

7. (segue) La strada obbligata della questione di legittimità costituzionale: una questione mal posta?

La strada dell'incidente di costituzionalità pare, quindi, l'unica percorribile nel caso di specie. Residuano, tuttavia, alcune perplessità sulla selezione dei parametri normativi richiamati con la questione di legittimità. Il giudice remittente, infatti, chiede alla Consulta di voler dichiarare l'incostituzionalità degli artt. 18 e 18 *bis* della l. 69/2005 «nella parte in cui non prevedono quale motivo di rifiuto ragioni di salute croniche e di durata indeterminabile che comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta»⁴¹. Se la Corte costituzionale accogliesse la questione, così come proposta, determinerebbe, per il tramite di una pronuncia additiva, l'introduzione, nella

senso, sentenza del 5 aprile 2016, Aranyosi e Caldaru, C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punti 82 e 83), e, nella fattispecie, in particolare dall'articolo 24 della stessa, relativo ai diritti dei minori, il cui rispetto s'impone agli Stati membri nell'attuare detta decisione quadro. Tuttavia, nel caso di un procedimento riguardante un mandato d'arresto europeo, la garanzia di tali diritti spetta in primo luogo allo Stato membro emittente, che si deve presumere rispetti il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo [v., in tal senso, parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 191 e giurisprudenza citata]; così espressamente Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, Piotrowski, cit., §§49-50.

⁴⁰ Il richiamo è a Corte di Giustizia UE, 25.1.2017, Vilkas, C-640/15, in *eur-lex.europa.eu*, in particolare §§39-43.

⁴¹ Così espressamente l'ordinanza in commento, pag. 9.

legge interna di attuazione del mandato d'arresto europeo, di un motivo di rifiuto della consegna che non trova corrispondente normativo nella decisione-quadro 2002/584. Vero è che non sarebbe il primo caso di scollamento tra fonte euro-unitaria e legge interna, posto che la l. 69/2005 annovera, all'art. 18, una serie di casi del tutto privi di corrispondenza con gli artt. 3, 4 e 4 *bis* della decisione-quadro⁴².

Inoltre, sicuramente la tutela del diritto alla salute e delle sue interferenze con il processo penale è tematica di rilievo primario, oltre che di drammatica attualità. Ne costituiscono esempi i molteplici interventi normativi che si sono susseguiti negli ultimi mesi, funzionali a tutelare la salute tanto collettiva quanto del singolo, prevedendo tra l'altro: la temporanea sospensione delle attività giudiziarie non indifferibili; la celebrazione del processo con modalità telematiche o a contraddittorio cartolare; il rinvio delle attività per comprovate esigenze di salute con contestuale sospensione dei termini di prescrizione. È evidente che tali interventi sono inseriti in un quadro emergenziale e, quindi, per loro natura, temporaneo; mentre il profilo di tutela della salute che ci occupa con l'ordinanza in commento trova uno dei tratti caratteristici che giustificano il promovimento della questione di legittimità proprio nello stato duraturo ed irreversibile della malattia.

Residuano, però, anche nella soluzione proposta dal giudice *a quo*, profili di dubbio, peraltro evidenziati nella stessa ordinanza di rimessione. L'introduzione di un motivo di rifiuto per tutela di condizioni di salute croniche ed irreversibili, se da un lato risolverebbe l'immediato evitando la consegna del soggetto in esecuzione di un mandato d'arresto processuale, lascerebbe scoperti altri due fronti: il primo, che attiene all'esercizio del diritto di difesa nel processo penale celebrato all'estero (che, nel caso di specie della Croazia per esempio, ammette la celebrazione *in absentia*); il secondo, che riguarda, in caso di condanna, la richiesta di mandato d'arresto europeo esecutivo. Tema, quest'ultimo, che se non si porrebbe nel caso di specie, operando per il soggetto richiesto il meccanismo di consegna condizionata di cui all'art. 19 lett. c) l. 69/2005, ben potrebbe porsi con riguardo ad altri, in difetto delle condizioni per l'esecuzione in Italia della sentenza straniera.

L'unica alternativa sarebbe stata quella di sollecitare il vaglio della Consulta sulla procedura di sospensione della consegna, promuovendo una questione di legittimità dell'art. 23 comma 3 l. 69/2005 che ne dichiarasse l'incostituzionalità – sempre per violazione dell'art. 32 Cost. – nella parte in cui non prevede che la sospensione della consegna sia dichiarata, dal Presidente della Corte d'appello con decreto motivato, anche nel caso in cui le gravi ragioni che mettono in pericolo la vita o la salute del soggetto abbiano carattere irreversibile.

La questione, posta in questi termini, avrebbe forse potuto essere risolta in via interpretativa dalla Corte costituzionale, posto che, a differenza dell'omologo art. 23 par.

⁴² Sul punto, in dottrina E. ZANETTI, *Commento all'art. 18 l. 69/2005*, in G. Illuminati – L. Giuliani, *Commentario breve* (cit.), pp. 3608, distingue tra casi di non esecuzione derivanti dalla decisione quadro (quelli previsti dall'art. 18 lett. i), l), m), n), o)); casi di non esecuzione derivanti dai considerando nn. 12-13 della decisione quadro (quelli previsti dall'art. 18 lett. a), d), h)); casi di non esecuzione estranei alla decisione quadro (quelli previsti dall'art. 18 lett. b), c), e), f), g), p), q), r) s)).

4 della decisione-quadro 2002/584, l'art. 23 comma 3 della l. 69/2005 non fa alcun riferimento espresso alla temporaneità del differimento. L'attivazione del meccanismo di sospensione *ad libitum* potrebbe determinare, inoltre, effetti sospensivi anche sulla celebrazione del processo nello Stato richiedente (effetti che andrebbero evidentemente accertati anche in relazione all'ordinamento di riferimento). Resta tuttavia, insuperabile, l'osservazione spesa dalla Corte d'appello di Milano, che rende non del tutto soddisfacente nemmeno questa soluzione: «la sospensione è assimilabile a una parentesi, che una volta aperta deve anche chiudersi»⁴³.

⁴³ Così l'ordinanza in commento, p. 7, che richiama espressamente Corte cost. 45/2015, cit.

REGOLE CAUTELARI ELASTICHE IN AMBITO STRADALE E PREVEDIBILITÀ IN CONCRETO DELL'EVENTO

Nota a [G.U.P. Bologna, sent. 9 luglio 2020, giud. Zioldi](#)

di Matteo Leonida Mattheudakis

Il contributo dedica riflessioni ampiamente adesive a una pronuncia di merito che ha assolto una guidatrice alla quale si contestava di aver investito colposamente due pedoni. Il caso e il suo inquadramento da parte del giudice consentono all'autore del commento di soffermarsi su numerose questioni di primaria importanza nell'economia della responsabilità colposa in genere e di quella stradale in particolare. Speciale attenzione è riservata alla fisionomia delle regole cautelari elastiche, alla prevedibilità in concreto dell'evento nonché al principio di affidamento e alla sua applicazione nel caso in esame, che lascia trasparire una convincente valorizzazione dell'autoresponsabilità delle "vittime".

SOMMARIO: 1. Il fatto (l'investimento di due pedoni) e le regole cautelari al centro dell'imputazione – 2. La distinzione tra regole preventive elastiche e fattori concreti di "innesco" dell'obbligo di attuare le cautele – 3. Prevedibilità in concreto e principio di affidamento – 4. Epilogo: il dispositivo assolutorio.

1. Il fatto (l'investimento di due pedoni) e le regole cautelari al centro dell'imputazione.

Con la sentenza in commento, resa in sede di giudizio abbreviato, il G.U.P. del Tribunale di Bologna ha condivisibilmente assolto una guidatrice a cui si contestava di aver investito con colpa due cercatori di tartufo che stavano percorrendo a piedi con i loro cani una strada extraurbana secondaria dopo il tramonto del sole. Dall'impatto tra l'automobile condotta dall'imputata e i due pedoni era derivata la morte di uno di questi e il ferimento dell'altro, reso incapace di attendere alle ordinarie occupazioni per 40 giorni, cioè per un lasso di tempo appena insufficiente ai fini della piena attrazione del caso nello spettro applicativo della disciplina introdotta dalla l. 23 marzo 2016, n. 41 – già vigente al momento dell'incidente, avvenuto in una sera di maggio del 2017 – che si occupa infatti di tutte le ipotesi di «omicidio stradale» e di quelle di «lesioni personali stradali» che però siano «gravi o gravissime».

L'imputazione, al di là della riproposizione della tralatizia clausola di stile onnicomprensiva rispetto alla colpa generica («imprudenza, negligenza e imperizia»)¹, si basava, a ben vedere, più che altro su profili di colpa specifica, in particolare sull'ipotesi di un'inadeguata modulazione della velocità di marcia al contesto concreto e del mancato impiego dei fari abbaglianti. Le indagini avevano invece escluso esplicitamente una condizione di alterazione dovuta all'assunzione di alcolici o stupefacenti e nemmeno risultava che la guidatrice fosse impegnata in conversazioni telefoniche al momento dell'incidente.

La sentenza, che non ha ritenuto provata la responsabilità dell'imputata, si segnala per un approccio attento ai profili di necessaria concretezza del giudizio di prevedibilità dell'evento dannoso, in uno scenario la cui complessità – come ci si accinge a dire – è arricchita dal riferimento a regole cautelari elastiche e dalla violazione di norme del codice della strada da parte delle stesse persone investite, così da richiamare l'attenzione anche sul principio di affidamento.

Una più puntuale ricostruzione del contesto fattuale e normativo in cui l'incidente si è verificato risulta fondamentale per cogliere le plurime sfumature della vicenda e quindi saggiare l'effettivo grado di concretizzazione del giudizio di colpa e la tenuta complessiva di tale giudizio.

L'incidente si è verificato in una strada di pianura posta al di fuori del centro abitato di un comune della provincia bolognese. Il materiale probatorio disponibile ha fatto emergere le precise condizioni del tratto interessato, in cui la strada è risultata essere «molto stretta, priva di illuminazione pubblica e invasa dall'erba alta» ai lati (p. 5).

Le condizioni appena richiamate rendono ragionevole un netto contenimento della velocità di marcia rispetto al limite di 90 km/h vigente (in generale) in quella strada, a maggior ragione in caso di percorrenza dopo il tramonto del sole. Proprio sull'adeguamento della velocità al contesto concreto, come prescritto dall'art. 141 c.d.s., si è infatti concentrata l'ipotesi accusatoria, che però è stata giudicata infondata. La stima ritenuta più attendibile dal Giudice è quella per cui l'automobilista, prima dell'impatto, stesse marciando a 50/55 km/h, quindi a una velocità decisamente inferiore a quella massima consentita e, in definitiva, adeguata alle condizioni che le si presentavano quella sera.

L'orario di verifica dell'incidente, fissato dal Giudice dopo le ore 21, quando la luce del giorno era ormai del tutto svanita, è un aspetto importante della vicenda

¹ Si tratta di una tendenza che, almeno in ambito sanitario, sembra destinata a cedere il passo a una qualificazione più precisa, alla luce dell'esplicita concentrazione della disciplina vigente di esclusione della punibilità sull'imperizia. In giurisprudenza, almeno rispetto alle motivazioni della sentenza, si tende ora ad esigere una presa di posizione chiara sulla forma di colpa sussistente: «Una motivazione che tralasci [...] di specificare di quale forma di colpa si tratti, se di colpa generica o specifica eventualmente alla luce di regole cautelari racchiuse in linee-guida, se di colpa per imperizia, negligenza o imprudenza [...] non può, oggi, essere ritenuta soddisfattiva né conforme a legge» (Cass. pen., Sez. IV, 22 giugno 2018, n. 37794, in *DeJure*). In dottrina, di recente, sottolinea il consolidarsi di questo orientamento, pur dando opportunamente conto delle complicazioni connesse alla «frammentazione della colpa in varie distinzioni e suddivisioni», F. PALAZZO, [La colpa medica: un work in progress](#), in *Giustizia Insieme*, 11 novembre 2020, par. 4.

anche ai fini di una diversa regola cautelare codificata, cioè quella relativa all'impiego dei proiettori di profondità, i quali avrebbero consentito, secondo l'accusa (in ciò confortata dalla "propria" consulenza tecnica), l'avvistamento tempestivo dei due pedoni e quindi la prevenzione dell'evento. Si tratta di uno dei punti più controversi affrontati dalla sentenza, non solo e non tanto perché l'imputata ha riferito di non ricordarsi se al momento dell'impatto ne stesse facendo uso, quanto, piuttosto, perché è stato messo in dubbio, in radice, il carattere vincolante di alcune delle disposizioni che si riferiscono all'uso degli stessi fari abbaglianti.

Come prontamente notato dalla difesa della guidatrice, l'art. 153 c.d.s. è categorico nel configurare – per così dire, in negativo – un obbligo di non utilizzo («non devono essere usati») o di «disattivazione» dei proiettori di profondità (che «i guidatori devono spegnere») in determinate condizioni, mentre sembra contemplare una mera facoltà quando dispone che «i proiettori di profondità possono essere utilizzati fuori dei centri abitati quando l'illuminazione esterna manchi o sia insufficiente». La divergenza terminologica si può constatare anche con riferimento alle luci di minor intensità («luci di posizione», «luci della targa», «luci di ingombro» e «proiettori anabbaglianti»), che, a seconda delle circostanze, «si devono» tenere accese. Suggestiva poi è una lettura diacronica del dato normativo, che permette di osservare come l'art. 110 del previgente d.p.r. 15 giugno, n. 393, ma anche la formulazione originaria dell'art. 153 c.d.s., prevedessero un obbligo (nel primo caso addirittura presidiato da una sanzione penale) di ricorso agli abbaglianti sostanzialmente negli stessi casi per i quali oggi è prevista la possibilità del loro impiego.

Il Giudice ha impostato la decisione al riguardo ritenendo più verosimile che la guidatrice stesse marciando con i soli fari anabbaglianti accesi. Si è reso quindi necessario prendere posizione sulla doverosità del ricorso ai proiettori di profondità. Su tale aspetto, la sentenza dapprima rileva che «l'imputata faceva legittimamente uso dei soli fari anabbaglianti» sul presupposto già accennato che la normativa attuale, «contrariamente alla disciplina previgente», prevede – questa la sintesi del Giudice – che «il conducente possa utilizzare i proiettori di profondità al di fuori dei centri abitati, quando l'illuminazione manchi o sia insufficiente, ma che tuttavia non sia obbligato a farlo» (p. 5). Appena dopo, però, si trova una considerazione apparentemente poco coerente, in particolare quando si afferma di trovarsi al cospetto, «quindi, di una norma cautelare c.d. elastica, la cui osservanza va gradata in relazione alle circostanze di tempo e luogo» (p. 5). La sentenza non ritorna più esplicitamente sul punto, preferendo in seguito pronunciarsi soltanto sull'efficacia concreta dell'impiego degli anabbaglianti, ma in sede di commento la questione pare meritare almeno qualche cenno di chiarimento.

2. La distinzione tra regole preventive elastiche e fattori concreti di "innesco" dell'obbligo di attuare le cautele.

Parlare di norme cautelari elastiche, come fa il Giudice, non significa evocare condotte meramente facoltative. La loro messa in pratica non è rimessa a un giudizio insindacabile del soggetto a cui l'ordinamento le riferisce. La "scelta" che al riguardo

compie l'agente è pienamente valutabile ai fini del giudizio di colpa, esattamente come quando la pretesa cautelare è espressa in via più perentoria rispetto ai contorni modali della stessa. L'unica differenza è che la difficoltà di predeterminare precisamente la condotta cauta rende preferibile rivolgere un'indicazione di massima – in questo senso elastica – all'agente, lasciando che sia quest'ultimo a modulare i dettagli del proprio comportamento, calibrandolo alla luce delle particolarità del contesto concreto².

È ciò che l'ordinamento richiede, ad esempio, nell'ambito delle già richiamate disposizioni dell'art. 141 c.d.s., che non prescrivono di marciare a velocità specifiche (che, spesso, valgono soltanto come limite massimo) ma impongono al conducente di «regolare la velocità del veicolo in modo che, avuto riguardo alle caratteristiche, allo stato ed al carico del veicolo stesso, alle caratteristiche e alle condizioni della strada e del traffico e ad ogni altra circostanza di qualsiasi natura, sia evitato ogni pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose ed ogni altra causa di disordine per la circolazione» (così il 1° c., seguito da disposizioni che, per lo più, ne declinano il contenuto in determinati casi)³. Non c'è dubbio che fattispecie del genere, pur se non preconfezionate in tutti i loro dettagli modali, siano dotate di vincolatività – lo dimostrerebbe, peraltro, la previsione di sanzioni amministrative – e, soprattutto, che la loro radicale inosservanza, ma anche, più semplicemente, il loro malgoverno da parte del guidatore, siano elementi suscettibili di integrare la tipicità dell'illecito colposo d'evento in caso di incidente dannoso per terzi.

Quanto fin qui considerato sembra alimentare le perplessità sopra affacciate sulla conciliabilità delle affermazioni del Giudice, per cui le disposizioni sull'uso dei proiettori di profondità, pur codificando norme cautelari elastiche, non vincolerebbero il conducente, ma gli conferirebbero, sostanzialmente, una facoltà di scelta sul da farsi. A ben vedere, la contraddizione ipotizzata, che sul piano teorico pare effettivamente difficile da superare, non trova riscontro in concreto, poiché entrambi gli assunti su cui si basa paiono suscettibili di lettura differente.

Quanto ai profili deontici del ricorso ai fari abbaglianti, non risulta semplice individuare una ragione dell'attribuzione di un "potere" al conducente diversa dal fine di consentirgli un ampio dominio dei profili di rischio, come inequivocabilmente suggerisce la menzione delle circostanze (che evocano una visibilità limitata) in cui l'accensione di tali fari è dichiarata "possibile". Il significato cautelare della disciplina in esame è quindi riscontrabile in tutte le sue disposizioni richiamate e non soltanto nelle ipotesi in cui è necessario non avere attive tali luci. L'accensione, dunque, non può essere inquadrata come una facoltà esercitabile dal guidatore in piena libertà e quindi

² Riferimento dottrinale fondamentale è G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 237, il quale si riferisce a regole la cui precisazione necessita «di un legame più o meno profondo, e più o meno esteso, con le circostanze del caso concreto». Più in generale, sulla struttura tendenzialmente "aperta" della fattispecie colposa, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, pp. 162 ss.

³ Nella manualistica, per ulteriori esempi ricavati proprio dalla disciplina della circolazione stradale al fine di mettere a fuoco la distinzione tra regole cautelari rigide ed elastiche, S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Bologna, 2017, p. 474.

insindacabile; quantomeno, non lo è ai fini del giudizio di colpa in caso di verifica di un incidente.

La parte più persuasiva del ragionamento del Giudice sul punto è pertanto quella in cui ritiene di poter parlare di norma cautelare, ma proprio ciò avrebbe suggerito di non sbilanciarsi in una netta divaricazione di potere e obbligo. In condizioni di visibilità ridotta (e in assenza delle cause ostative più volte menzionate, per lo più temporanee), non sembra esatto affermare che in capo al conducente non incomba mai, in concreto, un obbligo di utilizzo degli abbaglianti. Del resto, presupposto dell'accensione è che («fuori dei centri abitati») «l'illuminazione esterna manchi o sia insufficiente». Se si ragiona, in particolare, sulla possibile insufficienza dell'illuminazione esterna, ci si può accorgere che, in sostanza, il legislatore non fa altro che indicare all'utente della strada un modo per compensare quella che è oggettivamente una condizione deficitaria («insufficiente» appunto), in termini di sicurezza, del contesto circostante, a fronte della quale non convince la pretesa di ritagliare comunque (cioè anche a prescindere dall'effettiva accensione dei proiettori di profondità) un'area di rischio consentito. Il menzionato mutamento di formulazione della disciplina rispetto al passato, per quanto sia indubbiamente un elemento suggestivo su cui comprensibilmente ha fatto leva la difesa dell'imputata, sembra quindi destinato a un ridimensionamento; pena, altrimenti, una grave illogicità della disciplina in esame, la quale, più semplicemente, sembra aver inteso responsabilizzare maggiormente il conducente nell'apprezzamento delle circostanze concrete, anche alla luce di una nutrita casistica di eccezioni che prima finivano forse per prevalere, quantitativamente, sulla regola.

A questo punto della riflessione dovrebbe pure apparire chiaro che, in ogni caso, non si è in presenza di una vera e propria regola cautelare elastica, perché non si tratta di delegare al destinatario della regola stessa le modalità precise di adeguamento a una strategia preventiva individuata soltanto sommariamente, come è invece nel caso dell'art. 141 c.d.s. in tema di velocità. Qui, più che altro, il legislatore assegna all'agente il compito di verificare il ricorrere, in concreto, dell'*Anlass*⁴, cioè delle riconoscibili condizioni che “innescano” l'obbligo cautelare, ma, una volta stabilita la sussistenza di tali condizioni, la misura di intervento è piuttosto chiara e non va ulteriormente declinata: occorre procedere all'accensione dei proiettori di profondità; né più né meno. Tutt'al più, si potrebbe pensare di valutare l'uso degli abbaglianti in associazione alla velocità di percorrenza⁵, ma, ancora una volta, ci si riferirebbe più alle condizioni per la messa in pratica della cautela che alla definizione dei profili modali della stessa.

⁴ Su questo concetto, in particolare, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 211 ss., specialmente pp. 217 e 261 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., pp. 595 ss.; F. GIUNTA, *Culpa, culpa*, in *Criminalia*, 2018, pp. 582 ss.

⁵ È evidente che, in condizioni oggettive di visibilità limitata, più la velocità si alza più (proporzionalmente) il guidatore dovrebbe sentirsi indotto a compensare il deficit dell'ambiente esterno ricorrendo proprio ad accorgimenti come l'accensione dei proiettori di profondità, così da conservare un controllo sufficiente dei rischi della guida.

3. Prevedibilità in concreto e principio di affidamento.

La pronuncia va accolta positivamente per ciò che riguarda la valutazione della prevedibilità dell'evento concreto verificatosi, tenendo conto, in particolare, della condotta dei cercatori di tartufo investiti. Nel contegno di questi ultimi sono stati ravvisati plurimi profili di illiceità, tali da indurre il Giudice a riconoscere, in favore della guidatrice, la sussistenza del principio di affidamento⁶, che, contrariamente a quanto avviene in non pochi casi in cui se ne trova menzione, non finisce per incontrare limitazioni nella vicenda in esame.

Il principio di affidamento è stato dapprima teorizzato proprio nell'ambito della circolazione stradale, in particolare nell'ordinamento tedesco (ove è noto come *Vertrauensgrundsatz*) del periodo nazionalsocialista, in cui l'aspettativa statuale di fedeltà dei consociati alle regole, comprese quelle cautelari, era un aspetto caratterizzante il sistema. È noto come tale principio si sia sviluppato pure negli ordinamenti liberali contemporanei, in cui rappresenta un capitolo sempre più ineludibile della teoria del reato colposo, considerata l'odierna normalità di una compartecipazione di più soggetti nella gestione della maggior parte delle attività pericolose alla base di una responsabilità penale colposa. Basta infatti guardare ai tre principali settori in cui è contestata la responsabilità per omicidio colposo e lesioni personali colpose, ossia quello sanitario, quello lavorativo e quello stradale, per comprendere quanto sia fisiologico l'intervento sincronico o diacronico di più soggetti sulla medesima sfera di rischio. In tali scenari, il principio di affidamento è in grado di incidere sui contenuti del dovere cautelare, quindi sul perimetro della tipicità colposa, consentendo ordinariamente a ciascuno di non preoccuparsi dell'operato altrui e quindi di confidare che gli altri soggetti con cui si interagisce rispettino le regole di cautela di loro spettanza. È così che, emancipato dal contesto istituzionale in cui è stato concepito, il principio di affidamento ha potuto palesare appieno le sue funzionalità di garanzia individuale in favore del *Vertrauende* (il soggetto che confida nel corretto operare altrui), declinando sul terreno della responsabilità colposa le istanze dell'art. 27 Cost., ma si è anche rivelato, specialmente in settori come quello sanitario, un fattore di protezione dei beni giuridici coinvolti, permettendo a ciascuno dei partecipanti all'attività plurisoggettiva di dedicarsi al

⁶ Ad oggi, la più compiuta trattazione in lingua italiana sul principio di affidamento resta lo studio monografico di M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997. Nella dottrina tedesca, dove l'argomento è stato ampiamente affrontato, inquadrandolo per lo più come un'espressione della teorica dell'*erlaubtes Risiko* (rischio consentito) – lo testimonia C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4^a ed., München, 2006, p. 1070, in particolare nota 35 – si veda ora N. BAUTISTA PIZARRO, *Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht. Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht*, Baden-Baden, 2017. Tra gli studi di riferimento nella letteratura di lingua spagnola, in particolare, M. MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cizur Menor, 2009; S. ABRALDES, *Delito imprudente y principio de confianza*, Santa Fe, 2010.

Chi scrive ha avuto modo di soffermarsi sull'argomento in più occasioni, più compiutamente in M.L. MATTHEUDAKIS, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1220 ss., a cui sia consentito il rinvio, più che altro per gli opportuni riferimenti relativi ai passaggi successivi del testo.

meglio alla propria prestazione e di non disperdere concentrazione e preziose energie in obblighi di controllo di terzi.

Occorre riconoscere che, nell'esperienza giudiziaria italiana, quella del principio di affidamento è per lo più la storia di una promessa non mantenuta. In buona parte dei casi in cui il principio ha trovato espressa menzione in Cassazione, per lo più su sollecitazione della difesa degli imputati, i giudici ne hanno poi escluso l'applicazione in concreto, tramite un costante *distinguishing* volto a evidenziare le peculiarità della vicenda sotto giudizio e quindi la pertinenza di dinamiche di imputazione alternative. Hanno cioè spesso prevalso le eccezioni sulla regola, ossia quelli che sono noti come limiti al principio di affidamento e che possono avere carattere "occasionale", come quando si è in presenza di segnali indizianti l'inaffidabilità sul piano cautelare degli altri individui con cui si interagisce, oppure carattere "funzionale", come quando si afferma che soggetti a capo di un'*équipe* sanitaria sono titolari di una posizione di garanzia di speciale profondità e quindi devono coordinare e verificare le prestazioni altrui⁷.

Ciò che vale la pena aggiungere alla luce delle peculiarità della vicenda in esame è che il principio di affidamento può ben essere riconosciuto anche riguardo all'osservanza di regole indirizzate alle potenziali persone offese del reato colposo. Ciò è meno frequente nell'ambito sanitario, dove normalmente si valuta la fiducia riposta nei confronti di altri professionisti del settore coi quali si collabora nell'interesse di un soggetto terzo, ossia il paziente. Discorso diverso vale, almeno in astratto, in ambiti come quello della sicurezza sul luogo di lavoro oppure quello della circolazione stradale. Il lavoratore, che è il principale "beneficiario" della disciplina antinfortunistica (condensata soprattutto nel d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), è esso stesso destinatario di regole cautelari volte a prevenire il suo coinvolgimento in un incidente. Analogamente, ogni utente della strada è destinatario di regole di comportamento che hanno (anche) finalità cautelare e il cui mancato rispetto potrebbe essere pregiudizievole non solo per terzi ma pure per sé stessi. Ciò è particolarmente evidente per i pedoni, che sono i soggetti esposti al rischio più elevato per la propria incolumità in caso di scontro con altri utenti della strada. Proprio per questo, la loro condotta deve attenersi a una serie di indicazioni che il codice della strada prevede al fine di evitarne l'investimento⁸.

Nella vicenda di cui ci si sta occupando, i pedoni erano dediti alla ricerca di tartufi in una fascia oraria, quella notturna, in cui tale attività non è consentita dalla relativa disciplina nazionale (art. 5 l. 16 dicembre 1985, n. 752) e regionale (art. 12 l.r. Emilia Romagna 2 settembre 1991, n. 24). Inoltre e soprattutto, i due uomini

⁷ Evidenziano, anche terminologicamente, il rapporto tra regola ed eccezioni riguardo al principio di affidamento e ai suoi limiti, in particolare, A. MASSARO, *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, in Cass. pen., 2011, pp. 3860 ss.; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013, pp. 71 ss.; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, pp. 247 ss.

⁸ Per un approfondimento critico della giurisprudenza in argomento, da ultimo, G. MARINO, [Il contributo contra se della vittima, con particolare riferimento all'investimento del pedone imprudente](#), in Leg. pen., 17 gennaio 2020, il quale evidenzia condivisibilmente l'eccessivo svilimento dell'autoresponsabilità della figura del pedone.

percorrevano a piedi in modo illecito una strada di campagna a doppio senso di marcia. La loro condotta era scorretta, in quanto, in assenza di marciapiede, procedevano nello stesso senso di marcia dei veicoli e non in senso opposto, come invece previsto dall'art. 190, 1° c., c.d.s., il quale dispone altresì che, dopo mezz'ora dal tramonto del sole, «ai pedoni che circolano sulla carreggiata di strade esterne ai centri abitati, prive di illuminazione pubblica, è fatto obbligo di marciare su unica fila»; obbligo anche questo violato secondo il Giudice, che ha accertato che i due soggetti investiti «camminavano l'uno di fianco all'altro», peraltro «al centro della carreggiata» (p. 5). La loro visibilità era compromessa pure dall'abbigliamento prescelto, non solo di colore scuro ma persino mimetico, mentre per il Giudice sarebbe stato opportuno, al contrario, indossare un giubbotto catarifrangente⁹.

A fronte di tale quadro, la sentenza ha ravvisato opportunamente una tenuta del principio di affidamento in capo alla guidatrice, a cui non poteva ragionevolmente richiedersi di mettere in conto una condotta così imprudente da parte dei pedoni. Al di là di ciò che riguarda il grado della colpa “concorrente” delle stesse persone investite, non negata nemmeno dall'accusa – che aveva infatti modellato l'imputazione richiamando la circostanza attenuante ad effetto speciale dell'art. 589-bis, 7° c., c.p., destinata a operare «qualora l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole» – il principio di affidamento non può qui ritenersi limitato più che altro per via della mancanza di qualsiasi segnale concreto volto a indiziare la presenza delle due persone a piedi. Coglie nel segno un passaggio in cui il Giudice evidenzia che il tratto di strada interessato è in aperta campagna, lontano da abitazioni e che in quel momento, nei dintorni, non c'erano nemmeno auto in sosta, che avrebbero forse potuto accendere un campanello d'allarme – anche qui sembra possibile parlare di *Anlass* – circa la presenza di pedoni. Questi, dunque, gli argomenti chiave, mentre il divieto di andare in cerca di tartufi in quella fascia oraria sembra valere essenzialmente quale elemento non decisivo di per sé ma richiamabile *ad adiuvandum* – ne sembra consapevole il Giudice quando si riferisce a un'«imprevedibilità» che (semplicemente) «trova conferma nella disciplina relativa alla raccolta dei tartufi» (p. 6) – inducendo tendenzialmente a scartare una soltanto delle possibili cause della presenza di pedoni (alcune delle quali non certo illecite e nemmeno necessariamente incaute) e quindi a renderne in generale un po' meno probabile l'incontro.

Insistere sulla deroga del principio di affidamento soltanto in presenza di indizi davvero concreti di inosservanza cautelare di terzi sembra condizione indispensabile per poter accettare l'ambigua massima che ampiamente ricorre nel contesto stradale e che anche il Giudice richiama testualmente: «la possibilità di fare affidamento sull'altrui

⁹ Il riferimento all'opportunità di indossare un abbigliamento ben più visibile non è ricavato dal Giudice dalla disciplina dell'art. 190 c.d.s., silente al riguardo, parendo piuttosto il risultato di una sorta di applicazione analogica delle misure previste per segnalare un veicolo fermo in condizioni di visibilità limitata. Al riguardo, il combinato disposto dei commi 1 e 4-ter dell'art. 162 c.d.s. prevede infatti che l'apposizione del segnale mobile di pericolo debba avvenire soltanto dopo aver indossato «giubbotto o bretelle retroriflettenti ad alta visibilità». La sentenza sembra mutuare tale prospettiva estensiva da un precedente di legittimità che viene poi richiamato esplicitamente dal Giudice poco dopo per concludere nel senso dell'imprevedibilità dell'evento verificatosi: Cass. pen., Sez. IV, 14 aprile 2016, n. 35834, in *DeJure*.

correttezza in tale ambito trova opportuno temperamento nell'opposto principio secondo il quale l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui, purché rientri nel limite della prevedibilità» (p. 5)¹⁰. Tutto si gioca, evidentemente, sul senso da attribuire alla prevedibilità della violazione altrui e in particolare sul suo grado di concretezza. Se, infatti, si tende a riconoscere la prevedibilità di un comportamento scorretto dei soggetti con cui si interagisce per il semplice fatto che una condotta del genere, indipendentemente dalla sua probabilità concreta, non può essere radicalmente esclusa in quel contesto, non si procede a ribadire un fisiologico equilibrio tra regola ed eccezioni, ma si finisce, piuttosto, per svuotare del tutto di linfa operativa la prima. A quel punto, il principio di affidamento finirebbe per essere richiamato in favore dell'imputato, quale mera clausola di stile, soltanto quando non avrebbe in realtà più alcuna utilità, cioè nei casi di pressoché assoluta imprevedibilità della condotta inosservante.

Se, come si è già avuto modo di constatare, nella vicenda in commento non vi erano elementi tali da indiziare concretamente la presenza di pedoni in quel tratto di strada, l'astratta possibilità di incontrarli non pare sufficiente per sostenere che la conducente dovesse, per ciò solo, adeguare ulteriormente (cioè oltre un già sensibile contenimento della velocità rispetto al limite) la propria condotta di guida, peraltro in maniera tale da far fronte persino allo scorretto posizionamento delle persone sulla carreggiata. L'evento concretamente verificatosi sembra pertanto esulare dal fuoco preventivo – detto altrimenti: dallo scopo di protezione – delle regole cautelari ricostruibili in capo alla guidatrice, finendo per essere attratto in un'area coperta

¹⁰ La sentenza richiamata in associazione a tale massima è Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 2017, n. 7664, in *DeJure*. Per una riproposizione del medesimo principio di diritto con riferimento a un caso di investimento di un pedone, Cass. pen., Sez. IV, 10 maggio 2017, n. 27513, per esteso in *DeJure* (ma commentata, con condivisibili riserve critiche, da A. CAPPELLINI, *Circolazione stradale e principio di affidamento: l'impervio cammino della personalizzazione dell'illecito colposo*, in *Parola alla difesa*, 2017, pp. 643 ss.). Più di recente, si veda Cass. pen., Sez. IV, 18 dicembre 2019, n. 138, in *DeJure*, che aggiunge un passaggio importante per comprendere appieno l'approccio della giurisprudenza in tema di circolazione stradale rispetto al principio di affidamento, che – si precisa – «viene meno allorché l'agente sia gravato da un obbligo di controllo o sorveglianza nei confronti di terzi o, quando, in relazione a particolari contingenze concrete, sia possibile prevedere che altri non si atterrà alle regole cautelari che disciplinano la sua attività: ciò che è quanto si verifica nella materia *de qua*, in ragione del rilievo che il contesto della circolazione stradale è meno definito rispetto, per esempio, a quello di *équipe* proprio della responsabilità derivante dall'esercizio delle professioni sanitarie, ma anche in ragione dell'ulteriore rilievo che alcune norme del codice della strada estendono al massimo l'obbligo di attenzione e prudenza, sino a ricomprendervi il dovere dell'agente di prospettarsi le altrui condotte irregolari». Coglie nel segno, dunque, la lettura di quella dottrina che ha da tempo individuato nella particolare disciplina positivizzata nel c.d.s. uno dei fattori decisivi per il limitato riconoscimento del principio di affidamento nel contesto di cui ci si sta occupando. In questo senso, si veda soprattutto M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., p. 56, con riferimento all'art. 145 c.d.s., che disciplina sì il diritto di precedenza, ma, altrettanto e con «priorità» – evidenzia l'Autore – prescrive un obbligo di comportamento sostanzialmente antitetico, in particolare per i conducenti con diritto di precedenza: «I conducenti, approssimandosi ad una intersezione, devono usare la massima prudenza al fine di evitare incidenti» (1° c.). Con un certo pragmatismo, si concentra più che altro sugli spazi riconoscibili all'affidamento (almeno) ai fini dell'applicazione dell'«attenuante delle concause» prevista dal c. 7 degli artt. 589-bis e 590-bis c.p. N. PISTILLI, *Profili penali della colpa stradale*, Milano, 2019, pp. 13, 14 e 125 ss.

dall'autoresponsabilità delle due vittime¹¹, le quali “pagano” così la scelta di essersi esposte a un rischio assai difficile da fronteggiare per gli altri utenti della strada incontrabili.

4. Epilogo: il dispositivo assolutorio.

Opportunamente, la sentenza si conclude in termini favorevoli all'imputata, in “assonanza” rispetto a una presa di posizione della Cassazione su un caso simile¹² e, soprattutto, in coerenza con la considerazione che il Giudice esprime in apertura della parte dedicata alle vere e proprie motivazioni: «va innanzitutto rilevato come il comportamento tenuto alla guida dall'imputata sia stato del tutto rispettoso delle norme del codice della strada e concretamente adeguato alle particolari condizioni di marcia presenti al momento del sinistro stradale» (p. 5). Una premessa così “liberatoria” avrebbe giusto fatto pensare a un epilogo persino più netto rispetto al ricorso al 2° c. dell'art. 530 c.p.p., su cui il Giudice ritiene “prudenzialmente” di ripiegare – così argomenta – «non essendovi la prova certa che l'evento fosse prevedibile e altresì che l'avvistamento dei due pedoni fosse possibile» (p. 6). A parte le perplessità che può alimentare lo “sdoppiamento” tra prevedibilità dell'evento e possibilità di avvistare i pedoni, come se la seconda non fosse (mentre invece è) strettamente funzionale alla prima, se si matura sin dall'inizio la convinzione che non ci sia violazione cautelare alcuna, allora non si vede perché riabilitare un dubbio sulla possibilità di prevenire comunque la verifica dell'evento.

¹¹ Oltre ai contributi specifici di A. CAPPELLINI, *Circolazione stradale e principio di affidamento*, cit., in particolare pp. 646 ss. e G. MARINO, *Il contributo contra se della vittima*, cit., in particolare pp. 6 ss., si vedano, più in generale sull'autoresponsabilità della vittima, cioè sulla valorizzazione della sua libertà di autodeterminazione ai fini dell'esclusione di responsabilità penale del terzo, O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, *passim* (più di recente, in EAD., [L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?](#), in *Leg. pen.*, 13 maggio 2019); S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, già nella parte introduttiva: pp. 19 ss.; L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma, 2012, in particolare pp. 51 ss.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, pp. 207 ss. e, in particolare, pp. 261 ss.; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017, in particolare pp. 91 ss. e 277 ss.; D. CASTRONUOVO, [Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?](#), in *Arch. pen. (web)*, 2019/2; M. HELFER, [Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull'autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale](#), in *Leg. pen.*, 9 dicembre 2020, in particolare pp. 8 ss., in cui ampi riferimenti comparatistici, specialmente alle esperienze giuridiche tedesca e austriaca, nell'ambito delle quali il riconoscimento di spazi decisivi all'autoresponsabilità è da tempo maggiormente tangibile rispetto all'Italia; M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Baden-Baden, Torino, 2020.

¹² Cass. pen., Sez. IV, 14 aprile 2016, n. 35834, cit., la quale, nella parte che qui più interessa – la stessa richiamata nella pronuncia che si sta commentando – afferma che «l'art. 141 c.d.s. riguarda esclusivamente gli eventi che ricadono nella sfera di prevedibilità ed il comportamento di un pedone che procede in strada extraurbana, al buio, senza giubbotto retroriflettente e contromano costituisce una condotta che ben potrebbe esulare dalla suddetta sfera di prevedibilità».

Infine, il rispetto delle regole cautelari, in quanto tale capace di escludere la tipicità dell'illecito colposo, avrebbe consentito di assumere come formula assolutoria di riferimento quella per cui «il fatto non sussiste». Affermare che l'agente ha rispettato tutte le regole cautelari rivoltegli equivale a smentire ciò che l'imputazione ipotizza quando descrive (proprio) il fatto come affetto da negligenza, imprudenza, imperizia oppure (se non in aggiunta) da violazione di indicazioni preventive positivizzate. Ancor prima di valutazioni sulla concreta rimproverabilità della condotta, viene così a mancare, in radice, la possibilità di considerare l'accaduto come qualcosa di minimamente conforme alla descrizione della fattispecie astratta. A fronte di questa premessa, l'assoluzione perché «il fatto non costituisce reato» (preferita, in genere, per salvaguardare istanze risarcitorie in sede extrapenale alla luce dell'art. 652 c.p.p.), invece che venire in rilievo in tutti i casi di non colposità del comportamento, potrebbe ben essere riservata alle ipotesi di carenza della (mera) dimensione di colpevolezza colposa¹³.

¹³ Tra le indagini dottrinali più approfondite sulle formule di proscioglimento, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, 2014.

**DIFFAMAZIONE E PENA DETENTIVA: IN ATTESA DEL LEGISLATORE,
DALLA CASSAZIONE NUOVI SPUNTI SUL DIFFICILE EQUILIBRIO
FRA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO
E TUTELA DELLA REPUTAZIONE**

*Nota a [Cass., Sez. V, sent. 9 luglio 2020 \(dep. 22 settembre 2020\),
n. 26509, Pres. Vessichelli, est. Borrelli](#)*

di Fiorenza Oriana

La sentenza in oggetto, relativa ad un caso di diffamazione commessa dal direttore di una testata giornalistica, delinea alcuni punti fermi nel difficile percorso di individuazione di una soluzione all'antinomia fra libertà di espressione, da una parte, e protezione dell'onore individuale, dall'altra. La Cassazione, sulla scia della giurisprudenza della Corte EDU e della recente pronuncia della Corte costituzionale, ha annullato la sentenza impugnata quanto al trattamento sanzionatorio, ritenendo la pena della reclusione sproporzionata nei casi di offese alla reputazione, per la ragione che una tale sanzione rischia di avere un effetto dissuasivo sull'attività giornalistica. In attesa di un intervento del legislatore, cui è stato affidato dalla Consulta l'arduo compito di dirimere il conflitto attraverso una compiuta riforma del delitto di diffamazione, la sentenza in esame consente di svolgere alcune riflessioni in prospettiva di riforma.

SOMMARIO: 1. I fatti. – 2. La libertà di manifestazione del pensiero nel dialogo fra Corti. – 3. La libertà di espressione fra giustificazione e fatto tipico. – 4. Conclusioni: quale futuro per la tutela dell'onore?

1. I fatti.

Con la sentenza in oggetto, la Cassazione torna a pronunciarsi in merito al trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione. L'occasione è offerta dalla condotta del direttore di una testata giornalistica, ritenuto responsabile di diffamazione a mezzo stampa, commessa ai danni di alcuni ufficiali e sottufficiali dei Carabinieri. In particolare, uno dei militari, in servizio presso il Nucleo Investigativo del Reparto Operativo del Comando Provinciale di Cosenza, veniva accusato di complicità con un pericoloso latitante, al quale avrebbe persino comunicato la presenza di microspie installate per catturarlo; gli altri, invece, sempre secondo quanto pubblicato negli articoli, avrebbero deciso il trasferimento di alcuni sottufficiali, in forza al medesimo

Nucleo Investigativo, i quali avevano segnalato ai superiori tale asserita complicità, peraltro omettendo o ritardando le ulteriori informative di loro competenza.

La Suprema Corte ha, *in primis*, rigettato il motivo di ricorso relativo all'errata qualificazione giuridica del reato: secondo la tesi difensiva, infatti, la diffamazione era stata erroneamente attribuita all'imputato quale autore degli scritti diffamatori, nonostante gli articoli fossero in parte anonimi ed in parte firmati con un acronimo e potendo quindi quest'ultimo rispondere soltanto dell'omesso controllo nella sua veste di direttore responsabile della testata. Al riguardo, la Cassazione ha rilevato che le conformi sentenze di merito avevano, al contrario, condannato l'imputato ai sensi dell'art. 57 c.p. e che, in ogni caso, non sarebbe questione deducibile con il ricorso per cassazione, non essendo stata precedentemente oggetto di specifica censura in sede di appello. Sul punto, ci si limita a osservare come, peraltro, anche il direttore responsabile di periodico possa essere chiamato a rispondere come diretto autore del reato nel caso di pubblicazione di un articolo diffamatorio anonimo o firmato con uno pseudonimo non identificabile, quando vi sia prova della consapevole adesione dello stesso al contenuto dello scritto: la ragione della riconducibilità dello scritto anonimo (o firmato con pseudonimo) al direttore responsabile deriva, secondo giurisprudenza costante, dall'assunzione di responsabilità da parte dello stesso – intesa come adesione e condivisione del contenuto – a causa della mancanza di altra paternità dello scritto¹.

In secondo luogo, la Cassazione ha ritenuto di aderire alla decisione della Corte di appello di Catanzaro quanto alla ricostruzione dei fatti, atteso che il giudice del merito correttamente aveva escluso la sussistenza della scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca; in effetti, nel caso di specie, difettava il requisito della verità nella notizia, per la ragione che, accanto a fatti veri, erano stati riportati altresì accadimenti falsi, frutto di ipotesi e congetture non suffragate da alcuna fonte attendibile. I comportamenti attribuiti ai militari, infatti, erano stati smentiti dall'istruttoria dibattimentale, di talché la Corte territoriale aveva adeguatamente motivato circa l'insussistenza della scriminante citata, condannando quindi l'imputato a otto mesi di reclusione.

Orbene, è proprio in relazione a tale ultimo profilo, ossia la determinazione della pena, che la Suprema Corte ha accolto la specifica doglianza proposta con il ricorso, per violazione dell'art. 133 c.p. e, cioè, per la ragione che era stata inflitta una pena troppo severa in rapporto alla gravità dei fatti, avendo i giudici del merito irrogato al direttore responsabile una pena detentiva, in luogo di quella pecuniaria, peraltro non condizionalmente sospesa.

Le motivazioni della pronuncia in esame, seppur brevi, consentono di fare alcune riflessioni sullo stato dell'arte in merito al reato di diffamazione.

¹ Cfr. *ex plurimis*, Cass., sez. V, 30 maggio 2019, n. 27631, in *www.dejure.it*; Cass., sez. V, 28 settembre 2017, n. 52743 in *Dir. giust.*, 21 novembre 2017.

2. La libertà di manifestazione del pensiero nel dialogo fra Corti.

La sentenza in oggetto inizia il proprio percorso argomentativo in merito al trattamento sanzionatorio del delitto di diffamazione richiamando, quale autorevole riferimento in materia, la recente ordinanza n. 132 del 2020 pronunciata a seguito della camera di consiglio del 9 giugno 2020 (e depositata il 26 giugno) dalla Corte costituzionale, la quale era stata investita dai Tribunali di Salerno e Bari² della questione di costituzionalità degli artt. 595 c.p. e 13 l. n. 47 del 1948, nella parte in cui prevedono, per effetto di quest'ultima disposizione, l'irrogazione della pena detentiva della reclusione da uno a sei anni, cumulativamente alla pena pecuniaria della multa non inferiore a 250 euro, nel caso di diffamazione commessa col mezzo stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, per violazione dell'art. 117, comma primo Cost. e art. 10 CEDU, come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

La decisione assunta dalla Corte di legittimità è stata quella di rinviare la trattazione delle questioni all'udienza pubblica del 22 giugno 2021, per consentire alle Camere di intervenire *medio tempore* con una nuova disciplina della materia, affidando pertanto al legislatore il compito di risolvere il contrasto con l'art. 10 della Convenzione, così come interpretato dai Giudici di Strasburgo, per la ragione che la soluzione di tale questione richiede una "complessa operazione di bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della reputazione della persona, diritti entrambi di importanza centrale nell'ordinamento costituzionale" e che "una rimodulazione di questo bilanciamento, ormai urgente alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, spetta in primo luogo al legislatore"³.

Tale pronuncia, pur limitandosi a sollecitare un intervento parlamentare al riguardo, individua alcune direttrici di riforma ben precise, segnando uno snodo importante nell'evoluzione giurisprudenziale in materia.

In effetti, tradizionalmente, la delicata operazione di bilanciamento fra tutela dell'onore ed esercizio di libertà costituzionali che, rispetto alla lesione di tale bene giuridico, possono avere efficacia scriminante (quali, in particolare, il diritto di cronaca e di critica) è stata affidata all'incessante lavoro della giurisprudenza: sappiamo, infatti, che i limiti all'esercizio di dette libertà – verità, continenza e interesse pubblico – sono stati individuati attraverso "un lungo processo giurisprudenziale"⁴ e, seppur mai

² Trib. Salerno, ord. 9 aprile 2019, n. 140, in www.gazzettaufficiale.it, e v. commento di D. BUTTURINI, *La problematica della pena detentiva come limitazione del diritto di informazione tra Costituzione e CEDU. Spunti di riflessione a partire da una questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2019 dal Tribunale penale di Salerno*, in *Riv. dir. media*, 2019, 3, p. 61, e Trib. Bari, ord. 16 aprile 2019, n. 149, in www.cortecostituzionale.it.

³ C. cost., ord. 9 giugno 2020, n. 132, in www.cortecostituzionale.it. Sul tema v. G.L. GATTA, [Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema-Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno](#), in questa *Rivista*, 10 giugno 2020, M.C. UBIALI, *Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva: la Corte costituzionale dà un anno di tempo al Parlamento per trovare un punto di equilibrio tra libertà di espressione e tutela della reputazione individuale, in linea con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 3, p. 1476 e ss. e L. TOMASI, [Diffamazione a mezzo stampa e libertà di espressione nell'orizzonte della tutela integrata dei diritti fondamentali](#), in questa *Rivista*, 21 gennaio 2021.

⁴ E. MUSCO, voce *Stampa*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. XLIII, 1990, p. 645. Il riferimento corre in particolare alla

ratificati dal legislatore, rappresentano ancora oggi i criteri validi a delineare la linea di confine tra condotte offensive dell'onore e legittimo esercizio delle libertà costituzionali.

Come si è accennato, negli ultimi anni ad arricchire il dibattito, già animato, in materia di diffamazione è intervenuta la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, con numerose pronunce, lo ha orientato verso una direzione ben precisa.

La stessa sentenza che si annota ha ripercorso l'iter ermeneutico svolto dalla Corte sovranazionale, poi recepito dalle nostre Corti, evidenziando come non si possa prescindere da un'interpretazione convenzionalmente orientata.

La Corte di Strasburgo, in particolare, si è espressa in materia di delitti contro l'onore e libertà di manifestazione del pensiero principalmente secondo due direttrici: da una parte, si è occupata dell'esercizio del diritto di critica, avendo particolare riguardo per la critica politica, nel tentativo di individuare dei parametri validi per l'esercizio di un diritto così delicato, vista l'importanza degli interessi in gioco.

In secondo luogo, le pronunce sovranazionali hanno avuto ad oggetto, per l'appunto, il trattamento sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa, punita con sanzioni severe nella maggior parte degli ordinamenti europei.

In entrambi gli ambiti, la logica ispiratrice degli interventi della Corte è stata quella di evidenziare il ruolo di primaria rilevanza che la stampa riveste in una società democratica ed in particolare la funzione riconosciuta ai giornalisti quali "cani da guardia" delle istituzioni pubbliche⁵.

Il primo raggio d'azione ha avuto ad oggetto l'individuazione dei margini entro cui è concesso ai giornalisti l'esercizio del diritto di critica, nel bilanciamento tra la libertà prevista dall'art. 10 CEDU e la tutela dell'onore, di cui al 2° comma del medesimo articolo, e della vita privata, di cui all'art. 8 CEDU.

A tal proposito, la Corte dei diritti ha stabilito negli ultimi anni come la ponderazione tra questi due valori si debba attuare con pesi e misure profondamente differenti quando la libertà di stampa abbia ad oggetto questioni politiche e di pubblico interesse, ovvero tocchi la persona di soggetti politici, cui si richiede un alto tasso di resistenza e di tolleranza alla critica, soprattutto allorché quest'ultima si inserisca in un contesto di agone politico, ove prevale l'interesse a tenere alto il livello di dibattito pubblico. Affinché il confronto politico, inteso come il "cuore della democrazia", possa svolgersi il più liberamente possibile, è così ammesso il ricorso ad affermazioni esagerate, provocatorie e persino smodate⁶.

La Corte ha affermato a più riprese come la libertà di dibattito politico sia la più ampia forma di manifestazione della libertà di espressione il cui esercizio – che avviene tradizionalmente attraverso il pubblico comizio, l'intervista, il mezzo della stampa, anche tramite l'uso di altri media e di internet – misura il tasso di democrazia raggiunto

nota sentenza della Cassazione civile, che ha elaborato il cd. "Decalogo del giornalista" (Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Foro it.*, 1984, I, p. 2711), approdo interpretativo fondamentale in materia.

⁵ Per un approfondimento sul tema, v. A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Aracne editrice, Roma, p. 36 e ss.

⁶ Come affermato nella sentenza Corte eur. dir. uomo, *Diugioiecki c. Polonia* (23806/03), 24 febbraio 2009, par. 37, in www.hudoc.echr.coe.int.

in un paese, in quanto è precipuamente finalizzato a fornire al pubblico un mezzo per scoprire e formarsi un'opinione sulle idee e le attitudini dei diversi soggetti che si confrontano nell'arena politica⁷.

Pertanto, la Corte EDU ha via via individuato alcuni criteri in materia di critica politica, che si possono così riassumere: l'"ingerenza delle autorità pubbliche" nell'esercizio della libertà di espressione deve essere prevista per legge, deve essere ispirata ad uno o più scopi legittimi in base all'art. 10 par. 2 e deve essere "necessaria, in una società democratica"⁸ per raggiungere tale o tali scopi.

Una volta appurato che nell'ordinamento di provenienza del ricorrente sono previste disposizioni legislative che incriminano le offese all'onore e che la sanzione comminata nello specifico sia ispirata ai medesimi scopi previsti dall'art. 10 par. 2 CEDU, la valutazione della Corte si incentra soprattutto sulla "necessità, in una società democratica" di tale ingerenza. Essa deve essere intesa come "prevalente necessità sociale" e la Corte sancisce il proprio diritto di accertare se l'ingerenza dello Stato sia "proporzionata allo scopo legittimo perseguito" e se le motivazioni addotte dai tribunali per giustificarla siano "pertinenti e sufficienti"⁹.

A tal proposito, si stabilisce significativamente che la libertà di pensiero si deve considerare cardine essenziale di una società democratica non solo in relazione alle informazioni o alle idee accolte con favore o ritenute inoffensive o indifferenti, ma anche rispetto a "quelle che offendono, feriscono o turbano", in ossequio al pluralismo, alla tolleranza e allo spirito di apertura senza i quali non vi è società democratica¹⁰.

Inoltre, la libertà di stampa fornisce all'opinione pubblica uno degli strumenti migliori per conoscere e giudicare le idee e le attitudini della classe dirigente e alla funzione della stampa, che consiste nel diffondere tali informazioni, si aggiunge il diritto, per la collettività, di riceverle¹¹.

⁷ Cfr. Corte eur. dir. uomo, *Von Hannover c. Germania*, 24 giugno 2004, in www.hudoc.echr.coe.int e *Lingens c. Austria*, 8 luglio 1986, n. 103, in www.hudoc.echr.coe.int, con cui la Corte ha accolto il ricorso di un giornalista austriaco che era stato condannato per il reato di diffamazione per aver pubblicato sul giornale *Profil* un articolo con il quale definiva il comportamento tenuto da un noto uomo politico improntato al "più detestabile opportunismo politico", "immorale" e "privo di dignità", oltre ad avergli attribuito, in termini molto duri, contatti con una personalità politica sospettata di essere stata attivista nazista.

⁸ Cfr. Corte eur. dir. uomo, *Barthold c. Germania*, 25 marzo 1985, ric. 8734/79, par. 43, in www.hudoc.echr.coe.int.

⁹ Cfr. sentenze *Barthold* e *Lingens*. In quest'ultima, in particolare, la Corte ha avuto anche modo di svolgere la seguente riflessione: neppure il fatto che l'articolo giudicato diffamatorio dal tribunale nazionale sia stato pubblicato, così che l'autore si è comunque riuscito ad esprimere, consente di ritenere rispettata la libertà di manifestazione del pensiero, atteso che egli è stato in qualche modo "censurato" a causa della sanzione della confisca delle copie che gli è stata successivamente comminata. Orbene, nel contesto del dibattito politico, una simile condanna rischia di dissuadere i giornalisti dal contribuire alla pubblica discussione di questioni che interessano la vita della collettività. Per questa stessa ragione, è tale da ostacolare la stampa nello svolgimento della sua funzione di informazione e di controllo.

¹⁰ Corte eur. dir. uomo, *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, serie A n. 24, par. 49, in www.hudoc.echr.coe.int. Nello stesso senso, *Oberschlick c. Austria*, 1° giugno 1997, ric. 20934/92, in www.hudoc.echr.coe.int.

¹¹ Cfr. sentenza Corte eur. dir. uomo, *Lingens e Sunday Times c. Regno Unito*, serie A n. 30, 26 aprile 1979, par. 65, in www.hudoc.echr.coe.int.

Come si può osservare, la tendenza della Corte dei diritti è quella di ampliare notevolmente il campo di liceità delle offese all'altrui reputazione da parte di organi della stampa, estendendo le maglie del diritto di cronaca e di critica¹².

La preferenza accordata dalla Corte EDU alla tutela della libertà di espressione, a scapito della protezione dell'onore, è dimostrata anche nei casi in cui la condotta lesiva della reputazione altrui non sia giustificata dall'esercizio dei diritti sopra richiamati: in tali casi, la riflessione della Corte si è spostata dal piano della liceità a quello del trattamento sanzionatorio previsto dal reato di diffamazione, soffermandosi, in particolare, sull'adeguatezza della pena detentiva.

L'esigenza che emerge dalle pronunce sovranazionali è quella di individuare strumenti repressivi efficaci delle condotte lesive dell'onore, garantendo però al contempo un'ampia libertà d'azione ai giornalisti, i quali non si sentano limitati nella loro attività – che è di importanza, si potrebbe dire, “costituzionale” – di controllo dell'operato delle istituzioni.

Al fine di trovare il giusto temperamento fra gli interessi in gioco, la Corte di Strasburgo ha incentrato la questione dell'individuazione di una sanzione congrua e proporzionata non tanto valutando la necessità di abrogare il reato di diffamazione – e cioè con l'intento di lasciare agli strumenti civilistici il compito di tutelare l'onore –, quanto piuttosto soffermandosi sulla diversa alternativa tra reclusione ed altre sanzioni: ad essere oggetto di critica, in altre parole, è la previsione della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa.

Tale scenario viene inquadrato per la prima volta nella significativa sentenza *Cumpănă e Mazăre v. Romania*¹³, relativa al caso di due giornalisti rumeni condannati per aver pubblicato articoli diffamatori nei confronti di politici in relazione all'utilizzo di fondi pubblici: la Grande Camera ha al riguardo affermato che il sistema sanzionatorio previsto dallo stato aderente, che applica nei casi di diffamazione la pena detentiva e pecuniaria, la sospensione di alcuni diritti civili e l'interdizione dallo svolgimento della professione giornalistica, fosse incompatibile con la Convenzione, in quanto un siffatto apparato repressivo poteva avere un effetto dissuasivo sull'attività giornalistica (cd. *chilling effect*), a nulla rilevando che il condannato non avesse, nel caso concreto, effettivamente scontato la pena in regime detentivo o che essa potesse astrattamente essere convertita in sanzione pecuniaria¹⁴.

Tali principi vengono poi ripresi dalla nota sentenza *Kydonis c. Grecia*¹⁵, con la quale la Corte ha avuto modo di ribadire che “una sanzione detentiva inflitta per un reato a mezzo stampa non è compatibile con la libertà di espressione giornalistica, garantita dall'art. 10 della Convenzione, se non in circostanze eccezionali, precisamente

¹² Limiti più stringenti sono, invece, quelli previsti dalla Corte EDU a proposito della cd. “critica giudiziaria”, principalmente per la ragione che si tratta di funzioni pubbliche il cui esercizio è di regola legato all'osservanza di particolari doveri di riservatezza e vengono in considerazione altresì riflessi legati alla fiducia dei cittadini nelle istituzioni giudiziarie.

¹³ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 17 novembre 2004, ric. 33348/96, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

¹⁴ Per una completa ricostruzione della vicenda giudiziaria e per altri precedenti della Corte sul tema, v. GULLO, *op. cit.*, p. 59 e ss.

¹⁵ Corte eur. dir. uomo, 2 aprile 2009, ric. 24444/07, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

quando sono gravemente lesi altri diritti fondamentali, come nelle ipotesi, a titolo di esempio, di diffusione di messaggi che inneggiano all'odio o incitano alla violenza".

Con tale affermazione, la giurisprudenza della Corte fa un notevole passo in avanti, pur collocandosi nel solco delle precedenti pronunce, che già ponevano – come visto – una presunzione di prevalenza del diritto di informare sulla tutela dell'onore, quando sia in gioco il "sacro" ruolo dell'informazione in una società democratica¹⁶.

Da tale presa di coscienza deriva la riflessione sulla proporzione della pena prevista per i reati commessi a mezzo stampa che, anche laddove non siano scriminati dalla sussistenza delle libertà convenzionali, devono essere puniti tenendo in adeguata considerazione i valori che interferiscono con la commissione di tali reati.

Tale impostazione ermeneutica, che ha inaugurato un indirizzo ormai consolidato da una quindicina d'anni, ha avuto notevoli ripercussioni anche nel nostro ordinamento, il quale, come si è detto, punisce severamente il delitto diffamazione, soprattutto a causa della previsione di cui all'art. 13 della legge n. 47 del 1948 (cd. "legge sulla stampa"), che sanziona con la pena detentiva da uno a sei anni, congiunta alla pena pecuniaria, la diffamazione a mezzo stampa commessa mediante l'attribuzione di un fatto determinato.

Per tale ragione, la Corte dei diritti ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni anche in relazione al trattamento sanzionatorio previsto dal nostro ordinamento per il reato di diffamazione: sono note le vicende dei direttori di periodico Belpietro¹⁷ e Sallusti¹⁸, nelle quali, pur non ravvisandosi in concreto la sussistenza della

¹⁶ V. in tal senso C. MELZI D'ERIL – G.E. VIGEVANI, *La Corte Europea dei Diritti e la libertà d'espressione*, in *Quad. cost.*, 2009, 4, p. 955.

¹⁷ Maurizio Belpietro, direttore del quotidiano "Il Giornale", era stato condannato alla pena di quattro mesi di reclusione, con il beneficio della sospensione condizionale della pena, per aver omesso il controllo – dovuto a norma dell'art. 57 c.p. – sul contenuto dell'articolo "Mafia, tredici anni di scontri tra P.M. e Carabinieri" pubblicato, a firma di un noto senatore e giornalista, il 7 novembre 2004. Nello scritto, si accusavano i magistrati della Procura della Repubblica di Palermo di avere, tra le altre cose, posto in essere "comportamenti espressivi di un utilizzo distorto dei poteri istituzionali, tra i quali una vera e propria "persecuzione" nei confronti del Generale Mori, il "giocchetto" consistente nell'apertura di procedimenti penali destinati a finire in nulla, l'omissione di indagini su certi uomini politici ed imprenditori, e la possibilità, lasciata al pentito Di Maggio, di commettere omicidi". Tale vicenda si è conclusa con la sentenza con cui la Corte EDU ha affermato la violazione dell'art. 10 della Convenzione, v. Corte eur. dir. uomo, sez. II, 24 sett. 2013, *Belpietro c. Italia*, ric. n. 42612/10, in www.hudoc.echr.coe.int. Per una ricostruzione più precisa dell'intera vicenda giudiziaria, v. A. GIUDICI, [Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 CEDU](#), in *Dir. pen. cont.*, 26 settembre 2013 e A. GULLO, *op. cit.*, p. 109 e ss.

¹⁸ Alessandro Sallusti, direttore responsabile del quotidiano "Libero", era stato condannato dalla Cassazione (*Cass., sez. V, 26 settembre 2012, n. 41249*, in www.archiviodpc.diritto penaleuomo.org) per aver omesso il controllo su un articolo, a firma "Dreyfus", comparso sul quotidiano in data 18 febbraio 2007, con il quale si riportava la storia di una minore, asseritamente costretta ad abortire dai genitori e dal giudice tutelare contro la sua volontà. La vicenda, descritta in maniera analoga in un altro articolo firmato dal giornalista Monticone, pubblicato nella medesima edizione, era, però, stata ricostruita in maniera differente, ossia come libera scelta della minore, da altri canali di comunicazione nazionale il giorno precedente la pubblicazione degli articoli diffamatori. Nel caso in oggetto, la sanzione inflitta dalla Cassazione era ben più elevata rispetto a quella comminata a Belpietro – e a quelle mediamente irrogate nei casi di diffamazione –, ossia 14 mesi di pena detentiva (derivante dal riconoscimento dell'aggravante di cui all'art. 13 legge sulla stampa, in assenza di attenuanti) e, soprattutto, senza concessione della sospensione condizionale della pena, a causa

scriminante del diritto di critica e dunque ritenendosi legittime le condanne inflitte dal giudice nazionale ai direttori di giornale, si è ribadito come gli Stati non possano reprimere le condotte lesive dell'onore mediante "misure che indebitamente trattengano i mezzi di informazione dall'adempire alla propria funzione di sensibilizzazione dell'opinione pubblica in ordine all'abuso, manifesto o solo supposto, dei pubblici poteri"¹⁹.

In tali casi, infatti, la Corte dei diritti, pur considerando le condanne un'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione, ha ritenuto che fosse rispettato il requisito della previsione per legge della violazione, stante la disposizione di cui all'art. 595 del nostro codice penale; inoltre, tale ingerenza era ispirata ad uno scopo legittimo in base all'art. 10 par. 2, ossia quello di tutelare la reputazione delle persone offese.

La Corte, quindi, pur ribadendo il ruolo dei giornalisti come "*watch-dogs*" della democrazia, che deve garantire loro un'ampia libertà di espressione, anche in materia giudiziaria, non ha ritenuto le condanne di per sé contrarie all'art. 10 della Convenzione, per vari ordini di ragione (la gravità e infondatezza delle accuse, la veste grafica degli articoli diffamatori che contribuiva a dare risalto alle notizie, ecc.). L'attenzione della Corte, però, si è soffermata sulla specie e sulla gravità della sanzione irrogata al ricorrente, ritenendo eccessiva la pena detentiva, atteso che non ricorrevano quelle "circostanze eccezionali" lesive di altri diritti fondamentali, come nel caso delle condotte di "*hate speech*", in base a quanto stabilito con la sentenza *Kydonis*.

L'affermazione dell'illegittimità "convenzionale" della pena della reclusione per la fattispecie di diffamazione a mezzo stampa ha avuto un effetto significativo anche nel nostro ordinamento, che ha tentato di adeguarsi *in primis* in via legislativa, come dimostrato dalla presentazione di numerose proposte di riforma del delitto di diffamazione negli ultimi quindici anni²⁰, tutte volte ad eliminare la pena detentiva sia dall'art. 595 c.p. che dalla fattispecie di diffamazione a mezzo stampa, disciplinata all'art. 13 della legge n. 47 del 1948.

In secondo luogo, in attesa di una compiuta riforma della materia – che a questo punto non sembra essere ulteriormente procrastinabile, visto l'invito/monito della Corte costituzionale –, il nostro ordinamento si è adeguato per via giurisprudenziale,

dei numerosi precedenti penali dell'imputato. Inoltre, la sua responsabilità è stata riconosciuta sia a titolo di concorso, per quanto riguarda l'articolo diffamatorio scritto da autore ignoto, sia quale omesso controllo nella propria qualità di direttore ex art. 57 c.p. per il pezzo scritto da Monticone, anche a causa del titolo di questo secondo articolo ("Costretta ad abortire da genitori e giudice") e della sua veste grafica, i quali sono frutto di una scelta redazionale, e dunque riconducibili al direttore. Per una ricostruzione dell'iter processuale, v. F. VIGANÒ, [Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti](#), in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2012, A. GULLO, *op. cit.*, p. 42 e ss. e S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, 2014, p. 250 e ss.

Anche tale vicenda si è conclusa con la condanna dell'Italia da parte della Corte EDU per violazione dell'art. 10 CEDU, v. C. eur. dir. uomo, sez. I, *Sallusti c. Italia*, 7 marzo 2019, ric. 22350/13, in [www.hudoc.echr.coe.int](#). Per un commento, v. S. TURCHETTI, [Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia da parte della Corte EDU](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019.

¹⁹ Cfr. sentenza Belpietro.

²⁰ Si vedano ad esempio i disegni di legge C. 925 del 13 maggio 2013, consultabile in [www.camera.it](#), e S. 812 del 20 settembre 2018 in [www.senato.it](#).

attraverso alcune pronunce che, come quella in esame, hanno affermato la necessità di riservare l'applicazione della pena della reclusione alle sole ipotesi di diffamazione connotate da una maggiore gravità, dovendosi altrimenti prediligere la sanzione pecuniaria²¹.

3. La libertà di espressione fra giustificazione e fatto tipico.

La sentenza in oggetto, che si conforma alla recente ordinanza della Corte costituzionale, dimostra di aderire totalmente all'orientamento sovranazionale, accordando così una netta prevalenza alla tutela della libertà di manifestazione del pensiero, a scapito della salvaguardia della reputazione individuale, tanto che, come è stato correttamente osservato da alcuni²², è legittimo dubitare che l'onore sia ancora un bene giuridico penalmente tutelato.

In effetti, seppure la valutazione in merito all'individuazione del punto di equilibrio tra la libertà di stampa e la tutela della reputazione individuale sia stata rimessa all'auspicato intervento del legislatore, si è già stabilito in via interpretativa che, in ogni caso, le violazioni delle norme poste a tutela dell'onore non possono essere punite, salvo casi eccezionalmente gravi, con la pena detentiva.

In buona sostanza, il "peso" della libertà di pensiero non gioca un ruolo decisivo soltanto sul piano della giustificazione (che permette di risolvere il conflitto fra due interessi protetti dall'ordinamento nel singolo caso concreto, senza "toccare" la fattispecie incriminatrice in astratto²³), ma giunge persino ad interferire con la costruzione della norma penale, in quanto quest'ultima deve ora essere "rimodellata" tenendo conto della rilevanza del bene "antitetico", attraverso un'esegesi che va molto oltre quanto previsto dal mero dato normativo.

²¹ In tal senso, v. anche Cass., sez. V, 11 dicembre 2013, n. 12203, in *Guida dir.*, 2014, 24, p. 81. Per una ricostruzione della vicenda, v. A. GULLO, [Diffamazione e pena detentiva](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2016. Si osserva, inoltre, come il criterio ermeneutico fornito dalla Corte di Strasburgo sia stato di recente recepito anche al di fuori dell'ambito dal quale origina e trova fondamento, ossia la diffamazione commessa dagli organi di informazione, per essere esteso anche ad altri casi: in particolare, si è affermato come la sussistenza del reato di diffamazione aggravata non legittimasse la pena detentiva, applicabile solo come *extrema ratio*, in un caso di diffamazione a mezzo *social network*, rispetto al quale è stata richiamata la giurisprudenza della Corte sovranazionale, cfr. Cass., sez. V, 20 maggio 2019, n. 33495, in *Quot. giur.*, 2019, secondo cui "fondato è, invece, il quarto motivo, non apparendo sufficientemente motivata la ragione che ha indotto a ritenere adeguata e congrua la pena detentiva, tenuto anche conto, come evidenziato dal ricorrente, dell'età dell'imputato, e che la scelta di tale tipo di sanzione rispetto alla tipologia del reato in contestazione – secondo l'interpretazione della Corte EDU, cfr. sentenze 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*; 22 aprile 2010, *Fatallayev c. Azerbaijan* e 6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia* – esige la ricorrenza di circostanze eccezionali, costituendo essa, per tale fattispecie delittuosa, *extrema ratio*".

²² M. MANTOVANI, [Dalla Consulta un requiem per la tutela penale dell'onore?](#), in *disCrimen*, 2 ottobre 2020.

²³ Sul rapporto tra giustificazione e incriminazione come antinomia giuridica sussistente fra due disposizioni, entrambe astrattamente applicabili ad una medesima fattispecie concreta, v. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, p. 61 e ss.

A tal proposito si osserva, infatti, come la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo non disponga nulla in merito al trattamento sanzionatorio delle fattispecie penali poste a tutela dell’onore; anzi, nel tutelare la libertà di espressione, prevede espressamente, sempre all’art. 10, che l’esercizio di tale libertà possa essere limitato dalla necessità di proteggere la “reputazione” altrui. Pertanto, a fungere da parametro di (il)legittimità della pena detentiva è l’interpretazione che di tale articolo viene fornita dalla Corte preposta a vigilare sul rispetto delle disposizioni convenzionali.

Peraltro, la sentenza in esame, richiamando quanto affermato sul punto dall’ordinanza della nostra Corte costituzionale, ha sottolineato come debba essere salvaguardata anche la reputazione della persona, che “costituisce al tempo stesso un diritto inviolabile ai sensi dell’art. 2 Cost., una componente essenziale del diritto alla vita privata di cui all’art. 8 CEDU, nonché un diritto espressamente riconosciuto dall’art. 17 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici”.

Viene sottolineata, inoltre, l’esigenza di salvaguardare la dignità della persona dalla divulgazione di notizie false o attinenti alla propria vita privata, così ribadendo come l’esercizio dei diritti di cronaca e critica debba operare attraverso i noti criteri della verità e dell’interesse pubblico.

Quest’ultimo profilo, però, viene pretermesso quando si tratta di scegliere la pena da applicare in concreto: la lesione della reputazione, per quanto grave, non può mai giustificare il ricorso alla pena della reclusione, che risulta sempre, al di fuori di ipotesi eccezionali, sproporzionata per eccesso.

In altre parole, la determinazione della pena, solitamente graduabile secondo i parametri di cui all’art. 133 c.p., risulta in questo caso “blindata”, salvo i casi espressamente individuati dalla Corte dei diritti, i quali, peraltro, sono da ritenersi tassativi, onde evitare il rischio di comprimere la libertà di stampa attraverso un loro estensione in via analogica.

In effetti, la Corte dei diritti in alcune pronunce, come quella relativa al “caso Sallusti”²⁴, ha avuto modo di ribadire come il ricorso alla pena detentiva sia consentito soltanto nei casi di istigazione all’odio o alla violenza: nemmeno la divulgazione intenzionale di notizie false, volta a suscitare lo sdegno collettivo su fatti già smentiti da testate giornalistiche autorevoli il giorno precedente alla pubblicazione (fatti per giunta riguardanti una minore su un tema delicato come l’aborto), viene considerata, peraltro in maniera discutibile, un’ipotesi eccezionale tale da giustificare l’applicazione della pena della reclusione²⁵.

²⁴ Per una riflessione critica su tale sentenza, cfr. V. PACILEO, [Contro la decriminalizzazione della diffamazione a mezzo stampa. Note a margine del “caso Sallusti”](#), in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2013.

²⁵ Peraltro, anche il Consiglio d’Europa, pur invitando gli stati europei a perseguire la strada della decriminalizzazione delle offese alla reputazione (v. le Risoluzioni n. 1577 del 2007 e la n. 1920 del 2013 dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, in [www.eur-lex.europa.eu](#)), ha raccomandato in più occasioni la necessità di prevedere adeguate linee guida che regolino l’attività giornalistica, la quale deve essere esercitata nel rispetto di precisi obblighi deontologici, veicolando al pubblico informazioni attendibili e accurate (cfr. Risoluzione n. 2143 del 2017 dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, in [www.eur-lex.europa.eu](#)).

Inoltre, la specifica delimitazione dell'intervento della pena detentiva alle uniche due ipotesi dell'*hate speech* e dell'istigazione alla violenza denota come il profilo che si ritiene meritevole di tutela sia quello della pace sociale piuttosto che quello dell'onore; in altre parole, si avverte l'esigenza di tutelare non (tanto) la reputazione personale di ciascun individuo, quanto una dimensione "superindividuale" dell'onore, sostanzialmente coincidente con l'ordine pubblico²⁶.

La sentenza in esame, per la verità, prende in considerazione altresì l'opportunità di salvaguardare la reputazione delle vittime di eventuali abusi della libertà di stampa da parte dei giornalisti a causa degli effetti di rapidissima e duratura amplificazione degli addebiti diffamatori determinata dai *social networks* e dalla rete internet.

Si pensi, ad esempio, al fenomeno – non sempre tenuto in adeguata considerazione quando si approccia il tema della libertà di stampa – della divulgazione massiva di notizie false attuata attraverso internet (cd. "*fake news*"²⁷), che risulta essere una delle forme più pericolose di aggressione a beni giuridici individuali e collettivi di rango primario e che risulta ancor più dannosa, come si è potuto osservare di recente, se attuata in situazioni di emergenza globale²⁸.

Ciononostante, come si è detto, non vi è traccia nella sentenza in esame della necessità di imporre ulteriori limitazioni in tal senso alla libertà di manifestazione del pensiero, ma, anzi, si ribadisce come le ipotesi di eccezionale gravità siano solo quelle in cui "la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d'odio".

Partendo da tali premesse, la Cassazione ritiene che la scriminante non possa ritenersi configurata nel caso in oggetto, facendo buon governo dei principi sanciti a livello sovranazionali, secondo cui anche l'espressione di giudizi critici si deve basare su fatti veritieri²⁹; d'altra parte, però, annulla la sentenza impugnata limitatamente al trattamento sanzionatorio con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Catanzaro, rimettendo al giudice del merito l'apprezzamento della portata delle condotte diffamatorie allo scopo di valutare la meritevolezza della pena detentiva nel caso concreto.

²⁶ V. in tal senso, M. MANTOVANI, cit., p. 5.

²⁷ Per una compiuta analisi di tale fenomeno e del suo rapporto con il diritto penale, v. T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, in particolare p. 28 e ss.

²⁸ Sul rapporto tra epidemie e *fake news*, v. T. GUERINI, [La tutela penale della libertà di manifestazione del pensiero nell'epoca delle fake news e delle infodemie](#), in *disCrimen*, 15 giugno 2020.

²⁹ Cfr. sentenza *Lingens*, nella quale la Corte si è espressa sul criterio della verità nell'ambito della critica politica, affermando la necessità di distinguere fra giudizi di fatto e giudizi di valore: se la materialità dei primi può essere provata, i secondi non si prestano ad una dimostrazione della loro esattezza; pertanto, in relazione a questi ultimi, tale requisito risulta "irrealizzabile e pregiudica la libertà d'opinione stessa". Il parametro della verità, dunque, viene inteso in senso più elastico in relazione al diritto di critica, soprattutto politica, rispetto al diritto di cronaca, pur dovendo necessariamente riguardare i fatti oggetto di giudizio. Anche in sentenze successive, la scriminante dell'esercizio di critica è stata ritenuta sussistente per essere veri i fatti posti a fondamento delle convinzioni del giornalista e per essere l'argomento di pubblico interesse, cfr. V. Corte eur. dir. uomo, *Riolo c. Italia*, 17 luglio 2008, in [www.hudoc.echr.coe.it](#).

Tale soluzione, peraltro, risulta singolare, atteso che la condotta diffamatoria in esame non rientra senz'altro nelle ipotesi di istigazione all'odio e alla violenza e, secondo quanto si è visto finora, l'orientamento cui la Cassazione aderisce preclude al giudicante una diversa valutazione del caso concreto, essendo l'individuazione dei casi "eccezionale gravità" già stata compiuta in astratto dalla Corte EDU.

4. Conclusioni: quale futuro per la tutela dell'onore?

Alla luce della disamina che si è appena conclusa, ci sembra evidente il ruolo di primaria importanza assunto dalla libertà di espressione e di stampa, soprattutto nelle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che la consacra a massima espressione della democrazia: soltanto la libera manifestazione del pensiero può garantire quel controllo sull'operato delle istituzioni e impedire un "giornalismo difensivo" che, al pari della "medicina difensiva", avrebbe effetti esiziali sulla "salute" dell'informazione.

In altre parole, un'effettiva censura delle azioni dei funzionari pubblici può essere garantita soltanto in un ordinamento che assicuri realmente la libera espressione delle idee, senza che vi siano meccanismi repressivi di qualunque natura a disincentivarla: l'effetto, in quest'ultimo caso, sarebbe quello di produrre un'informazione debole, che si limita ad aderire alle decisioni adottate dai rappresentanti del popolo, senza suscitare alcun dibattito critico, con il conseguente rischio di tornare ad una stampa asservita al potere, tipica dei regimi totalitari.

È, quindi, di tutta evidenza come, nell'articolato scenario che emerge dall'analisi della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, l'onore, bilanciandosi con la protezione di altri beni giuridici, rischi di "perdere terreno", nonostante la sua rilevanza costituzionale (che ormai è assodata e non seriamente discutibile).

In ogni caso, ancora recentemente la Corte costituzionale ha affermato che dal riconoscimento di un diritto come "fondamentale" non discende, necessariamente e automaticamente, un obbligo di incriminazione, essendo sufficiente che esso sia adeguatamente tutelato anche per mezzo di altre sanzioni previste dall'ordinamento, limitando lo strumento più afflittivo solo alle offese più gravi³⁰.

³⁰ Cfr., proprio in tema di onore, C. cost., 23 gennaio 2019, n. 37, in www.cortecostituzionale.it, con cui la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale delle leggi n. 67 del 2014 e n. 7 del 2016, nella parte in cui dispongono l'abrogazione del delitto di ingiuria. Al riguardo la Corte, disattendendo l'impostazione del rimettente, volta a sottolineare il carattere fondamentale del diritto all'onore in base all'art. 2 Cost. e alle Convenzioni internazionali, ha significativamente affermato che "dal riconoscimento di un diritto come "fondamentale" non discende, necessariamente e automaticamente, l'obbligo per l'ordinamento di assicurarne la tutela mediante sanzioni penali: tanto la Costituzione quanto il diritto internazionale dei diritti umani lasciano, di regola, il legislatore (e più in particolare il Parlamento, naturale depositario delle scelte in materia penale in una società democratica) libero di valutare se sia necessario apprestare tutela penale a un determinato diritto fondamentale, o se – invece – il doveroso obiettivo di proteggere il diritto stesso dalle aggressioni provenienti dai terzi possa essere efficacemente assicurato mediante strumenti alternativi, e a loro volta meno incidenti sui diritti fondamentali del

Peraltro, sembra evidente come le spinte sovranazionali siano tutte di segno contrario, a dimostrazione di una sensibilità che è mutata rispetto all'interpretazione liberale-formale dell'onore adottata dal nostro codice del '30. In particolare, ad essere cambiata non è tanto la concezione del bene onore in sé per sé considerato, quanto piuttosto la sua relazione con la libertà di manifestazione del pensiero, che trova oggi una maggiore valorizzazione nelle società democratiche e pluraliste.

In questo articolato scenario, però, riformare la materia in esame limitandosi ad intervenire sul trattamento sanzionatorio della diffamazione e, cioè, espungendo la pena detentiva così come richiesto dagli organi sovranazionali, rischierebbe di dissolvere la tutela dell'onore e, in particolare, di lasciare privi di adeguata tutela i casi di offese cagionate dalla consapevole divulgazione di notizie false.

In effetti, i pericoli derivanti dalla diffusione intenzionale di informazioni non veritiere, che risultano notevolmente amplificati dall'incredibile sviluppo della rete internet, non sembrano essere adeguatamente valorizzati dall'indirizzo interpretativo della Corte dei diritti, che si è peraltro formato in un'epoca in cui lo strumento tecnologico non era così diffuso e invasivo e l'informazione era ancora di tipo professionale e, cioè, appannaggio di pochi eletti. In un'era in cui l'informazione risulta, invece, multiforme e policentrica, totalmente slegata da logiche editoriali e redazionali, non è più sufficiente nemmeno l'imposizione di precisi obblighi deontologici ai giornalisti, visto l'arretramento della stampa tradizionalmente intesa a favore di nuove forme di comunicazione, ben più diffuse.

Da qui, la necessità di disciplinare il fenomeno del cd. "*citizen journalism*", come dimostrato dalla presentazione di alcuni disegni di legge volti a regolamentare l'informazione *online* e, più nello specifico, i *social networks* e a contrastare la diffusione su internet di contenuti illeciti e delle *fake news*³¹.

In estrema sintesi, si ritiene necessario partire dal presupposto che la linea esegetica tracciata dalla Corte EDU non permetta di risolvere del tutto la delicata operazione di bilanciamento fra interessi contrapposti e permettere così ai due "filoni" di riforma, che allo stato si sovrappongono ma non "dialogano", di fondersi in una compiuta disciplina della materia in esame.

trasgressore, nella logica di ultima ratio della tutela penale che ispira gli ordinamenti contemporanei".

³¹ V. ad esempio i d.d.l. n. 2688 del 7 febbraio 2017 e n. 3001 del 14 dicembre 2017, entrambi in *www.senato.it*.