

SP

**SISTEMA
PENALE**

FASCICOLO

4/2021

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 Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, 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 Dovero, 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. Kistoris, 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.

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)*, 1/2020, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

A. ALBERICO, <i>Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio</i>	5
L. SCOLLO, <i>La corruzione senza accordo: notazioni in tema di elementi costitutivi</i>	25
L. SALAZAR, <i>L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini</i>	53
M. GAMBARDELLA, <i>Nessuna abolitio criminis nella vicenda dei reati alimentari</i>	75
S. PRANDI, <i>I limiti dell'incriminazione del falso in autodichiarazione: una pronuncia nel segno della valorizzazione della prospettiva funzionale</i>	89
E. RIVA, <i>Le fattispecie di danneggiamento informatico: una comparazione tra Italia e Cina</i>	105
M. CROCE, <i>Cyberlaundering e valute virtuali. La lotta al riciclaggio nell'era della distributed economy</i>	127

LE VECCHIE INSIDIE DEL NUOVO ABUSO D'UFFICIO

Nota a [Cass., Sez. VI, sent. 9 dicembre 2020 \(dep. 8 gennaio 2021\),
n. 442, Pres. Fidelbo, Rel. Giorgi](#)

di Andrea Alberico

Il lavoro analizza le prime problematiche che si sono poste nella prassi all'indomani della modifica della fattispecie di abuso d'ufficio. L'A., dopo aver ripercorso le principali criticità che hanno contraddistinto la storia dell'incriminazione, si sofferma sugli elementi che distinguono il precetto oggi vigente e, prendendo spunto dalla decisione annotata, segnala come persistano profonde incertezze nella esatta perimetrazione del fatto punibile. Preso atto, infatti, della parziale abolitio criminis realizzata dal d.l. 76/2020, traspare ancora la difficile convivenza nel rapporto tra i formanti extra-penal del tipo e le condizioni della responsabilità penale. La stessa sentenza annotata, pur dopo aver proposto un indirizzo particolarmente rigoroso nella definizione della portata dell'abolitio parziale – incentrato sul significato da conferire alla espressione “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità” – risulta meno sicura nella posizione presa in relazione alla perdurante rilevanza penale dello sviamento di potere. Infine, si segnala come – prima della decisione in commento – la stessa Suprema Corte sembrava orientata a riconoscere un significato meno tranchant alla citata locuzione legislativa, abilitando anche la violazione di legge interposta tra le condizioni di sussistenza del tipo criminoso.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vicenda oggetto di giudizio. – 3. Testo e contesto di una fattispecie alla perenne ricerca di sé: breve rassegna delle riforme passate. – 3.1. Le contromisure adottate e lo spettro dell'amministrazione difensiva. – 3.2. La riforma del 2020: tecnica normativa e coerenza politico-criminale. – 3.3. La “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”. – 4. Gli effetti di diritto intertemporale nella decisione in commento. – 4.1. L'obiter sullo sviamento di potere. – 5. Una notazione in punto di dolo intenzionale. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

La sentenza che si annota costituisce una delle prime occasioni di intervento del giudice di legittimità sulla novellata fattispecie di abuso di ufficio. La Corte, chiamata a sindacare gli effetti di diritto intertemporale connessi alla riscrittura dell'art. 323 c.p., si intrattiene sulle *modifiche strutturali* che hanno interessato una delle due modalità

alternative di integrazione del tipo criminoso, accreditando la tesi della *abolitio criminis* parziale già sostenuta dalla dottrina¹.

I numerosi commenti pubblicati all'indomani del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120), oltre a ripercorrere le tribolate vicende dell'art. 323 c.p., hanno inevitabilmente colto come la riforma si sia mossa nella direzione della restrizione del recinto applicativo della fattispecie, ritenuta dal legislatore – a torto o a ragione – foriera di *tensioni decisionali* da parte dei pubblici funzionari e, dunque, di un complessivo rallentamento – ove non addirittura di una inerzia² – dell'agire amministrativo, viepiù intollerabile nella complessa epoca che il mondo intero sta attraversando.

La necessità di *far ripartire* il “sistema Paese”, messo a dura prova dal protrarsi della emergenza pandemica, ha indotto l'esecutivo, con l'ormai ricorrente formula della approvazione “salvo intese” del testo in Consiglio dei Ministri, ad abbandonare gli itinerari politico-criminali della repressione cieca e incondizionata, di recente sperimentati con orgoglio dal Governo precedente proprio nel settore dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (ma non solo) ad opera della l. 3/2019, per approdare sulla sponda esattamente opposta della restrizione dell'intervento penale e, quindi, della esclusione della pena.

Questo dato costituisce il primo mattone su cui edificare una seria riflessione sulla riforma. Si badi, gli spunti di approfondimento che il testo offre – a cominciare dalle procedure prescelte per innovare il sistema penale – sono molteplici e di matrice diversa. Ma ciò che colpisce di più è forse proprio l'inversione di tendenza che, a distanza di poco più di un anno e mezzo, viene operata nel medesimo ambito di intervento penale: si passa dall'incremento dei compassi edittali e dall'estensione delle disposizioni penitenziarie che impediscono l'accesso ai benefici in fase esecutiva alla parziale *abolitio* della fattispecie generale e residuale di quello stesso settore punitivo.

¹ T. PADOVANI, [Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8; G.L. GATTA, [Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' \(e la riserva di legge?\)](#), in questa *Rivista*, 17 luglio 2020; M. GAMBARDELLA, [Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio](#), in questa *Rivista*, 2020, 7, pp. 133 ss.; G. INSOLERA, [Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76](#), in *disCrimen.it*, 31 luglio 2020; B. BALLINI, [Note minime sulla riformata fattispecie di abuso d'ufficio](#), in *disCrimen.it*, 10 agosto 2020; M. NADDEO, [I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.](#), in *penaledp.it* del 10.8.2020; A. PERIN, [L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza](#), in *legislazionepenale.eu* del 23 ottobre 2020; A. NISCO, [La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile](#), in questa *Rivista*, 20 novembre 2020; B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso d'ufficio*, Pisa, 2021. Da ultimo, N. PISANI, *L'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, pp. 9 ss.; A. MERLO, [Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza](#), in questa *Rivista*, 1° marzo 2021.

² Di necessità di «scongiorare l'inerzia» parla M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. 135, che però esprime forti dubbi circa la possibilità che l'abuso d'ufficio nella precedente formulazione potesse essere causa della «scarsa efficienza della nostra pubblica amministrazione» e «costituire un ostacolo alla ripartenza», p. 136.

Né vale opporre che l'abuso d'ufficio non sia stato interessato dalle modifiche indotte dalla "spazzacorrotti", atteso che *i*) l'art. 323 c.p. presenta comunque una cornice sanzionatoria non trascurabile; *ii*) essa costituisce molto spesso l'alternativa punitiva in tutte quelle vicende in cui si 'percepisce' la commissione di un fatto corruttivo ma non si riesce a fornirne la prova, nonché nelle ipotesi di distrazione non appropriativa del denaro pubblico³.

Insomma, l'abuso d'ufficio non era un corpo estraneo nell'arsenale repressivo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, né un ramo secco, incapace di portare frutti alla difesa del bene protetto.

Certo, come è stato notato, era una fattispecie in cui statisticamente era possibile apprezzare uno iato significativo tra il numero di procedimenti penali iniziati ed il numero delle condanne inflitte⁴, ma questo non può automaticamente significare che si trattasse di una disposizione inutile.

2. La vicenda oggetto di giudizio.

La vicenda sottoposta al vaglio della Cassazione – dopo una "doppia conforme" di condanna – presenta tratti di precipuo interesse che inducono a ripercorrerne i passaggi essenziali.

Il fatto si inserisce nell'attività del servizio sanitario: all'imputato era contestato di aver illegittimamente dequalificato il Servizio Prevenzione e Protezione, portandolo da struttura complessa a struttura semplice. Tale 'trasformazione' aveva generato effetti pregiudizievoli in capo al Direttore di tale struttura, sia sul piano del trattamento economico, sia su quello operativo, confluyendo sotto la gerarchia del dirigente del Servizio tecnico.

Sul versante dell'elemento soggettivo, nei gradi di merito si era ritenuto sussistente il dolo intenzionale in ragione di una serie di indicatori, tra i quali l'assenza della necessità di riorganizzare l'Azienda, la mancata adozione del cd. atto aziendale e, quanto ai rapporti intersoggettivi, il diniego di incontri per fornire chiarimenti all'interessato e finanche alle rappresentanze sindacali.

La difesa dell'imputato aveva però valorizzato la mancanza di un pregresso atto aziendale che avesse elevato il Servizio Prevenzione e Protezione a struttura complessa e nominato il relativo vertice Direttore di struttura complessa. Insomma, il Servizio in questione era stato 'promosso sul campo' circa un decennio addietro rispetto all'intervenuto ridimensionamento e per consuetudine gli si era mantenuta la qualifica di struttura complessa in assenza di una formale investitura.

Si verte, come è evidente, in un'ipotesi di abuso in danno⁵, per il quale pure deve sussistere il requisito della doppia ingiustizia: la condotta *contra ius* deve aver cagionato

³ Su tale aspetto, N. M. MAIELLO, *Determinatezza e offesa nel delitto di peculato: il banco di prova delle spese di rappresentanza*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2759 ss.

⁴ M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. 137 ed ivi per ulteriori riferimenti.

⁵ La conclusione pare sorretta anche dalla nozione molto ampia di danno accolta dalla giurisprudenza, che

un danno che a sua volta deve qualificarsi come ingiusto. Tale danno, infine, coerentemente con il dolo intenzionale che qualifica la tipicità soggettiva, deve rappresentare «lo scopo in vista del raggiungimento del quale il soggetto realizza la condotta abusiva»⁶.

Se queste sono le componenti minime della struttura portante della fattispecie, ci si dovrà interrogare anche sul rapporto tra discrezionalità – ritenuta sussistente e dirimente nel *decisum* di legittimità – e dolo intenzionale: sussistendo la volontà di conseguire un obiettivo funzionale agli scopi dell'azione amministrativa è lecito dubitare che si possa mai integrare il dolo intenzionale.

3. Testo e contesto di una fattispecie alla perenne ricerca di sé: una breve rassegna delle riforme passate.

Per procedere ad un compiuto commento della decisione che si annota è necessario approfondire i temi presentati in premessa: la riforma dell'art. 323 c.p., infatti, va esaminata al di là delle modifiche apportate al lessico della disposizione incriminatrice, indagandone le ragioni politico-criminali (anche in chiave storica) e le modalità di attuazione, tenuto conto del ruolo svolto dalla fattispecie nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione.

L'idea della criminalizzazione dell'abuso di potere, infatti, ha accompagnato tutte le codificazioni penali promosse a partire dal *secolo dei Lumi*⁷, al punto che può essere affermata la dipendenza logica tra la esistenza di un potere pubblico e il rischio del suo uso indebito.

Il rischio paventato è tanto tangibile quanto generico: in tutti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione sussiste una componente di abuso di potere latamente intesa⁸, sicché la tipizzazione determinata del “mero abuso” si rivela operazione a tratti ardua.

I compilatori del Codice Rocco, consapevoli del difficile compito che li attendeva *in subjecta materia*, con una scelta comunque consona ad un ordinamento autoritario,

«non ricomprende le sole situazioni giuridiche attive a contenuto patrimoniale ed i corrispondenti diritti soggettivi, ma è riferita anche agli interessi legittimi, in particolare quelli di tipo pretensivo, suscettibili di essere lesi dal diniego o dalla ritardata assunzione di un provvedimento amministrativo» (Cass., Sez. 6, Sentenza n. 44598 del 18/07/2019 Ud. (dep.31/10/2019) Rv. 277380).

⁶ S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, in S. FIORE, G. AMARELLI, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2021, p. 298. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., Sez. 6, Sentenza n. 12974 del 08/01/2020 Ud. (dep. 27/04/2020) Rv. 279264.

⁷ A. MANNA, *Abuso di ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, p. 4 ss.

⁸ Per la dottrina di inizio '900 l'illiceità amministrativa è presupposto di quella penale, e il penalista deve necessariamente comprendere gli estremi della prima per decifrare l'oggetto del reato nei delitti contro la pubblica amministrazione. In questo senso ART. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, p. 497 ss.

preferirono licenziare un *Tatbestand* “innominato”⁹, connotato da estrema vaghezza¹⁰ ed imperniato sul binomio prevaricazione/favoritismo, ma temperato da una clausola di sussidiarietà espressa altrettanto onnivora, tale da far soccombere la fattispecie al cospetto di qualsiasi altro reato (e da renderla nella sostanza del tutto marginale¹¹). Qualora, invece, l’abuso si fosse sostanziato nello sfruttamento del potere per fini privati, si sarebbe integrata la più grave e pregnante ipotesi dell’interesse privato in atti d’ufficio, scolpita dall’ormai abrogato art. 324 c.p.

L’assetto appena descritto, pur tra alterne vicende¹², è rimasto in vigore per ben sessant’anni, fino a che anche le figure in parola (e con esse quella correlata del peculato per distrazione) non furono interessate dalla poderosa riforma attuata con la l. 86 del 1990¹³. Come è noto, nel mutato assetto del Capo I del Titolo II scomparivano tanto l’art. 324 quanto la figura del peculato per distrazione, i cui *fatti* confluivano nel riscritto art. 323¹⁴, che acquisiva una portata applicativa sconosciuta in precedenza ed un ruolo centrale nel sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.

Sotto certi aspetti la riforma del 1990 fece più danni di quanti ne volesse scongiurare. La fattispecie, infatti, ruotava attorno alla condotta – non meglio precisata – dell’*abusare* dell’ufficio (estesa anche all’incaricato di pubblico servizio), lasciando al dolo specifico il compito (fallito) di selezionare più analiticamente il confine del tipo ed autolimitando la propria incidenza attraverso la clausola di sussidiarietà espressa a favore di qualsiasi più grave reato.

L’indeterminatezza del precetto divenne il grimaldello attraverso cui la magistratura inquirente poté accedere al sindacato delle scelte dei pubblici funzionari¹⁵, adombrando il costante spettro dell’avvio di indagini in loro danno.

⁹ Già sotto la vigenza dell’abuso innominato si era posto il nodo del rapporto tra la fattispecie e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici. Cfr. V. PATALANO, *La sindacabilità dell’atto amministrativo e la configurazione del reato di abuso innominato di ufficio*, in *Foro pen.*, 1966, p. 63 ss.

¹⁰ Ma nondimeno passato indenne sotto la scure del giudizio di legittimità costituzionale: Corte cost. 19 febbraio 1965, n. 7, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 985 ss., con nota di F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell’art. 323*.

¹¹ A. DI MARTINO, *Abuso di ufficio*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, p. 237.

¹² Non è possibile soffermarsi in questa sede sugli orientamenti giurisprudenziali che avevano portato all’espansione applicativa della fattispecie di cui all’art. 324 c.p. Per gli opportuni approfondimenti, v. A. DI MARTINO, *Abuso di ufficio*, cit., p. 237 ss.

¹³ F. BRICOLA, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p. 18 ss.

¹⁴ In dottrina, tra i tanti contributi, si vedano A. M. STILE, *Commento all’art. 16, l. 24/6/1990, n. 86*, in *Leg. pen.*, 1990, p. 331 ss.; C. F. GROSSO, *L’abuso di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 320 ss.; T. PADOVANI, *L’abuso d’ufficio*, in M. C. Bassiouni, A. R. Latagliata, A. M. Stile (a cura di), *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, I, Milano, 1991, p. 584 ss.; A. SESSA, *Osservazioni sul nuovo delitto di abuso di ufficio*, in *Arch. pen.*, 1993, p. 356 ss.; M. PARODI GIUSINO, voce *Abuso di ufficio*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII (app. agg.), Torino, 1994, p. 600 ss. Per una puntuale ricognizione delle “metamorfosi” dell’abuso d’ufficio, G. DI VETTA, [L’abuso d’ufficio: cronaca di un «ritorno»](#), in *Criminalia*, 2016, p. 457 ss.

¹⁵ C. CUPELLI, *L’abuso d’ufficio*, in B. Romano, A. Marandola (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2020, p. 274 e bibliografia ivi riportata.

È dunque nella riforma del 1990 che il problema (ormai atavico) del “monitoraggio penale” dell’agire amministrativo affonda le proprie radici, al punto da spingere il legislatore, nemmeno un decennio dopo, a riscrivere la fattispecie¹⁶ proprio al fine di ridefinire lo spazio di sicurezza decisionale dei pubblici funzionari.

Nacque in tale contesto il problema di quella che oggi viene definita ‘burocrazia difensiva’: una costante di lungo periodo nel difficile equilibrio tra tutela penale e discrezionalità amministrativa.

La riforma del 1997, alla quale «sarebbe ingeneroso non riconoscere il merito di un apprezzabile progresso»¹⁷, venne salutata con favore da una parte della dottrina, che ravvisò in essa terreno fertile per il superamento della «paura della firma»¹⁸ che dal 1990 aveva attanagliato i pubblici funzionari: l’abuso, che prima costituiva il nucleo essenziale della tipicità, rimaneva confinato nella rubrica della disposizione, mentre la condotta si concentrava sulla violazione di legge o di regolamento; al dolo specifico si sostituiva quello intenzionale; veniva infine richiesto il verificarsi dell’evento di danno o di vantaggio¹⁹.

Anche l’enfasi nei confronti della riforma del 1997²⁰ fu breve, spegnendosi a poco a poco sotto i colpi ben assestati della giurisprudenza di legittimità.

Le questioni sono ben note, ed in questa sede possono essere solo rapidamente accennate²¹. Il primo fendente fu inferto riconducendo l’art. 97 Cost. – “nella sua parte precettiva”²² – nell’ambito della “violazione di legge” necessaria a qualificare la condotta del funzionario²³.

Altro squarcio nella tela del *tipo* è venuto dall’impiego della teoria della “norma interposta” (o della “violazione mediata”) tutte le volte in cui non fosse apprezzabile una diretta violazione di legge o di regolamento. Il caso più discusso è stato quello dell’emanazione di titoli abilitativi in violazione delle previsioni di Piano. Tutt’oggi – lo chiariremo meglio in seguito – la Cassazione afferma che la violazione del Piano (fonte non regolamentare) integra, in via interposta, la violazione delle disposizioni di legge

¹⁶ Sui propositi riformatori, V. MANES, *Abuso d’ufficio e progetti di riforma: i limiti dell’attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1219 ss.

¹⁷ M. ROMANO, *Comm. sist., I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2020, pp. 351-352.

¹⁸ V. PATALANO, *Amministratori senza paura della firma con i nuovi vincoli alle condotte punibili*, in *Guida dir.*, 1997, n.29, p. 18 ss.

¹⁹ Sulla riscrittura della fattispecie, tra i tanti, C. CUPELLI, *L’abuso d’ufficio*, in A.A. Dalia, M. Ferraioli (a cura di), *La modifica dell’abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, Milano, 1997, p. 236 ss.; A. D’AVIRRO, *L’abuso di ufficio. Le legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, Milano, 1997, p. 154 ss.; V. MANES, *Abuso di ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, II, 1998, p. 393 ss.; S. SEMINARA, *sub art. 323*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003, p. 938 ss.; E. INFANTE, *Abuso di ufficio*, in *Trattato di diritto penale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Torino 2008, p. 320 ss.

²⁰ Si veda ad esempio Cass., Sez. 2, Sentenza n. 877 del 04/12/1997 Ud. (dep. 22/01/1998) Rv. 210224.

²¹ Per approfondimenti, v. S. MASSI, *Parametri formali e “violazione di legge” nell’abuso d’ufficio*, in *Arch. pen.*, 5 febbraio 2019.

²² Indirizzo sostanzialmente costante nel nuovo millennio, e ribadito di recente in Cass., Sez. 2, Sentenza n. 46096 del 27/10/2015 Ud. (dep. 20/11/2015) Rv. 265464.

²³ Ampiamente, A. MERLO, *L’abuso d’ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, p. 82 ss.

che affidano a tale atto (il piano appunto) il compito della definizione dell'assetto del territorio (nella fattispecie gli artt. 12-13 d.P.R. 380/2001)²⁴.

Questione ancora controversa, invece, è quella che attiene alla capacità integratrice delle linee guida ANAC: secondo una interpretazione, trattandosi di disposizioni adottate secondo la procedura di cui all'art. 213, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, anche rispetto ad esse sarebbe praticabile la logica della norma interposta²⁵; secondo altri, invece, le linee guida resterebbero meri atti amministrativi generali, in quanto atti di regolazione di un'Autorità indipendente²⁶.

Infine, l'apertura della violazione di legge allo sviamento di potere da parte delle Sezioni unite "Rossi"²⁷. Come è stato correttamente rilevato in dottrina, aderendo a questa impostazione la violazione di legge si trasforma in «violazione della legalità amministrativa *tout court*»²⁸, riportando la fattispecie in una dimensione che aveva conosciuto «sessanta o settant'anni fa»²⁹.

In definitiva, gli effetti della riforma del '97 – che si era mossa nella direzione di restringere «l'area penalmente rilevante dello sfruttamento dell'ufficio»³⁰ e di contenere le invasioni del giudice penale nella sfera di discrezionalità dell'azione amministrativa³¹ – sono stati sostanzialmente annullati dalla giurisprudenza, che ha intercettato e coltivato le «pressanti esigenze di moralizzazione dell'azione amministrativa»³², stigmatizzando con l'azione penale tutti i comportamenti ritenuti non consoni.

3.1. Le contromisure adottate e lo spettro dell'amministrazione difensiva.

La flessibilizzazione del tipo ottenuta dal diritto vivente ha suscitato reazioni diverse.

Taluna giurisprudenza di merito, pur se in modo non ineccepibile, ha imboccato la strada maestra del sindacato di legittimità costituzionale³³, ed in effetti La Corte

²⁴ Da ultimo, Cass., Sez. 6, sent. 12 novembre 2020 n. 31873.

²⁵ V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. appalti*, 2018, p. 145 ss.

²⁶ V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, p. 22 ss., le cui riflessioni trovano riscontro nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, Parere n. 855/2016.

²⁷ Cass., Sez. un., Sentenza n. 155 del 29/09/2011 Ud. (dep. 10/01/2012) Rv. 251498. Sul rapporto tra eccesso di potere ed abuso d'ufficio, A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 139 ss.; di recente A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., p. 7 ss.

²⁸ C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in B. Romano, A. Marandola (a cura di), cit., p. 283.

²⁹ Il giudizio è di T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 8, il quale però lo rivolge specificamente sulla massima riportata nel testo, piuttosto che sulla fattispecie.

³⁰ M. ROMANO, *Comm. sist.*, cit., p. 359.

³¹ Per ampie riflessioni anche sull'evoluzione storica del problema, A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, Napoli, 2012; ID., [Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio](#), in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2012.

³² M. ROMANO, *Comm. sist.*, cit., p. 358.

³³ Corte cost., ord. 1° giugno 2016 n. 177.

costituzionale, pur dichiarando la manifesta inammissibilità della questione³⁴, ha aperto qualche spiraglio nella direzione di un'interpretazione restrittiva del precetto, invitando implicitamente a patrocinare interpretazioni del precetto conformi a Costituzione.

Una parte della dottrina, invece, si impegnò in maniera molto seria ad avanzare al legislatore proposte di riscrittura della fattispecie³⁵. Il riferimento è alla cd. proposta Castaldo-Naddeo, che suggeriva di arricchire il testo dell'art. 323 c.p. con l'esplicita previsione di un nesso di rischio tra condotta ed evento dannoso-vantaggioso per evitare di punire infrazioni puramente formali³⁶. Inoltre, il progetto prevedeva (in linea con l'attuale disciplina dell'art. 590^{sexies} co. 2 c.p.) la non punibilità del pubblico agente che si fosse attenuto alle linee guida o ai pareri formalmente resi dall'autorità regionale di controllo.

Il ricorso a linee guida nell'azione amministrativa è stato da più parti giudicato come una mera suggestione, essendo comunque un settore non governato da leggi scientifiche né dalla ripetibilità – anche solo statistica – dei fenomeni. In ogni caso, è sembrato discutibile attingere a stereotipi comportamentali, ove mai ipostatizzabili, per decidere della punibilità di un delitto accompagnato dal dolo intenzionale³⁷.

I pubblici funzionari, dal canto loro, hanno prediletto atteggiamenti di estrema prudenza ove chiamati a decidere su pratiche che li avrebbero esposti a future censure in ragione delle valutazioni date e delle conseguenti decisioni prese. Questa 'resistenza decisoria', foriera di un complessivo rallentamento dell'azione amministrativa, e della conseguente perdita di *chances* del cittadino, talvolta condannato ad interminabili attese di una decisione favorevole, ha suscitato nella mente di alcuni Autori³⁸ il rinvio *per analogia* alla medicina difensiva: anche nella pubblica amministrazione si sarebbe attuato un movimento difensivo contro il perenne "attenzionamento" da parte degli Uffici inquirenti, che si è concretizzato nelle ritardate definizioni dei procedimenti amministrativi più delicati. E proprio per ovviare all'inefficienza dell'azione amministrativa, il legislatore di riforma si sarebbe orientato nel senso della contrazione dello spazio della punibilità.

³⁴ Perché «dall'ordinanza di remissione non si comprende per quale delle condotte indicate sia ipotizzabile la fattispecie criminosa».

³⁵ A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018; M. DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, ivi, p. 94 ss., nonché M. NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, ivi, p. 31 ss. Da ultimo, anche in prospettiva comparatistica, F. COPPOLA, [Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office](#), in *Arch. pen.*, n. 2/2020, *passim*, nonché G. SALCUNI, *La "disciplina altrove". L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, 2019, spec. p. 205 ss.

³⁶ A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 11.

³⁷ A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., p. 16.

³⁸ C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in B. Romano, A. Marandola (a cura di), cit., p. 291 ss.

3.2. La riforma del 2020: tecnica normativa e coerenza politico-criminale.

La riforma del 2020 ha inteso restringere il perimetro applicativo della fattispecie di abuso d'ufficio, elevando, almeno nelle intenzioni del legislatore, la discrezionalità amministrativa ad elemento negativo del fatto. L'esercizio di potere discrezionale, in altri termini, segnerebbe il limite della condotta di abuso, di modo che fin dove sussista discrezionalità non ci sarà esercizio abusivo del potere³⁹.

Prima di verificare se gli obiettivi prefissati possano dirsi raggiunti, va svolta qualche riflessione sulla scelta di procedere alla riforma con decreto legge⁴⁰ ed in ordine alla complessiva coerenza del messaggio di politica-criminale offerto dallo stesso legislatore che, nell'anno precedente, aveva licenziato la "terribile" riforma che avrebbe dovuto "spazzare via" i funzionari infedeli.

Il ricorso (quasi spasmodico) alla decretazione d'urgenza in materia penale negli ultimi decenni è un dato tanto censurabile quanto consolidato. Nonostante, infatti, la dottrina segnali costantemente come quasi mai le ragioni *extra ordinem* di necessità ed urgenza, volta a volta addotte, giustifichino la rinuncia alla riserva d'organo, la prassi raramente restituisce episodi di freno ad una simile deriva, e comunque solo grazie all'intervento postumo della Corte costituzionale⁴¹.

Se poi, come accaduto nell'*iter* del D.L. "Semplificazioni", la conversione in legge avviene previa proposizione della "questione di fiducia", il Parlamento viene definitivamente esautorato dal compito di valutare nel merito le scelte operate dal Governo.

Nel caso di specie viene da dire che, al netto della necessità e dell'urgenza di far ripartire il "sistema Paese", ma anche dell'eterogeneità di materia tra l'emergenza sanitaria e la disciplina della fattispecie di abuso d'ufficio, il tema della riforma dell'art. 323 c.p. fosse tutt'altro che *extra ordinem*, benché necessario.

La necessità di ridefinire la portata del precetto, infatti, può farsi risalire proprio (ed almeno) agli interventi giurisprudenziali che hanno consentito di sussumere nel modulo di tipicità dell'art. 323 c.p. tanto la violazione dell'art. 97 Cost., quanto lo sviamento di potere (*supra*, cfr. Sez. Un., sentenza n. 155/2012).

³⁹ M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, p. 4.

⁴⁰ Sulla compatibilità tra l'impiego del decreto legge in materia penale ed il principio di riserva di legge, *ex multis* e con diversi accenti, F. BRICOLA, *Il II ed il III comma dell'art. 25*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, XXI, Bologna, 1981, p. 238 ss.; L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, Roma, XVIII, 1990, p. 1 ss.; V. MAIELLO, *'Riserva di codice' e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, in A.M. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, p. 167 ss.; M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2008, p. 32; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 27-32; M. RONCO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2010, p. 23, p. 58; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, p. 27 ss.

⁴¹ Per un esempio recente, Corte cost., sentenza 5 marzo 2014, n. 32.

La scelta di sottrarre al Parlamento il compito di definire ponderatamente il volto della nuova fattispecie ci pare discutibile per due ulteriori ordini di ragioni. In primo luogo, il messaggio mandato si è rivelato non del tutto attendibile (al pari di quanto accaduto per altre “riforme” varate nel corso della legislatura, come ad esempio in tema di legittima difesa⁴²), sgretolandosi, come vedremo, fin dalla prima pronuncia di legittimità sul “nuovo” abuso d’ufficio. L’impunità promessa non trova al momento – né è certo che troverà in futuro – riscontro, con seri problemi in punto di accessibilità del precetto⁴³.

Inoltre, il mancato coordinamento con la precedente “spazzacorrotti” reca con sé il rischio di generare un certo disorientamento negli uffici dell’amministrazione.

Attraverso testi normativi autonomi e non coevi vengono mandati messaggi antitetici: tranquillizzanti rispetto all’art. 323 c.p., allarmanti nel resto.

3.3. *La “violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.*

Il cuore della riforma sta nella sostituzione dell’inciso “in violazione di legge o di regolamento” con l’articolata formula “in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

Il primo dato che colpisce è il richiamo espresso agli atti aventi forza di legge. Trattasi di evidente pleonaso, non residuando dubbi sul fatto che il rinvio alla *fonte* legge sia esteso a tutti gli atti normativi di rango primario. Né, del resto, si era mai dubitato in passato che l’oggetto della violazione potesse essere un atto equipollente alla legge.

Ben più serio il dubbio che suscita la locuzione “regole di condotta espressamente previste dalla legge”⁴⁴, che si presta a due letture antitetiche.

In un senso, molto restrittivo, si può sostenere che il legislatore pretenda che sia la legge a contenere la regola di condotta specifica⁴⁵; nell’altro, espansivo, è sufficiente che la regola di condotta specifica sia il frutto di un potere autorizzato dalla legge. In effetti, il testo della nuova fattispecie non impone che la regola di condotta sia prevista *direttamente* dalla (o ancor meglio contenuta nella) legge.

⁴² In argomento, G. L. GATTA, [Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il presidente della repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019](#), in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2019; in giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, sentenza 20 febbraio 2020 – 21 luglio 2020, n. 21794 in *Foro it.*, 2020, con nota di F. PARISI, “La difesa non è sempre legittima”. La Cassazione si pronuncia sulla legittima difesa domiciliare dopo la legge n. 36 del 2019.

⁴³ Come denunciato da A. PERIN, *L’imputazione per abuso d’ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, cit., p. 21 ss.

⁴⁴ Interessanti considerazioni in N. PISANI, *L’abuso d’ufficio nell’era della semplificazione*, cit., p. 15.

⁴⁵ Così A. NISCO, *La riforma dell’abuso d’ufficio*, cit., p. 7.

Il primo indirizzo – a quanto è dato apprendere da fonti giornalistiche⁴⁶ – è stato convalidato in alcune recentissime decisioni di merito (rese addirittura nella fase predibattimentale delle indagini ovvero dell’udienza preliminare)⁴⁷.

La seconda lettura, invece, ha trovato riscontro nella giurisprudenza di legittimità⁴⁸. La questione si è posta – prima ancora della sentenza in commento – in relazione al caso del rilascio di un permesso di costruire illegittimo per violazione degli strumenti urbanistici. La Corte, ribadendo la vitalità della tesi della violazione di legge interposta, ha concluso che il permesso di costruire costituisce l’epigono della regola di condotta specifica prevista dalla legge, dovendo conformarsi alle indicazioni degli artt. 12-13 T.U.E., con conseguente *perpetuatio* della responsabilità penale⁴⁹.

Il requisito appena discusso viene arricchito di un ulteriore elemento qualificativo, atteso che dalle regole di condotta *de quibus* non devono residuare *margini di discrezionalità*.

In sede di primo commento, autorevole dottrina⁵⁰ ha rilevato come il legislatore abbia «inteso proclamare con irta tassatività che l’abuso si deve risolvere nell’inosservanza di un dovere vincolato nell’*an*, nel *quid* e nel *quomodo* dell’attività», precisando immediatamente, però, che «i casi in cui la legge determina il se, il cosa e il come di una condotta imposta ad un agente pubblico sono non solo rari, ma attinenti ad una sfera minuta dell’attività amministrativa: quella di mera esecuzione».

Provando a fornire una ricostruzione dell’*intentio legis*, sembrerebbe ipotizzabile che il legislatore abbia voluto escludere dal fatto tipico le decisioni prese dal funzionario a fronte di alternative di pari dignità, tutelando la scelta discrezionalmente effettuata⁵¹. Tale iniziativa, finalizzata a limitare il sindacato del giudice penale sulle decisioni dell’amministrazione, pare determinare un esito esattamente opposto. Sul punto si tornerà in seguito; qui basti anticipare che anche nella sentenza in commento, con una sorta di *obiter* preliminare, la Suprema Corte ribadisce che in caso di sviamento di potere continuerà a trovare applicazione l’art. 323 c.p.

⁴⁶ Si veda l’articolo pubblicato sul quotidiano “La Repubblica” del 21 gennaio 2021, a firma di Corrado Zunino “[La riforma dell’abuso d’ufficio pietra tombale per i concorsi falsi](#)”, ove si indicano tre decisioni concernenti indagini su concorsi celebrati presso le Università di Foggia, Pescara e Macerata.

⁴⁷ G.U.P. Pescara, sentenza 23 dicembre 2020, citata nell’articolo di stampa di cui alla nota che precede, secondo cui “*L’inosservanza delle regole contenute nel bando di concorso non può avere rilievo per la configurabilità del reato all’articolo 323 del codice penale atteso che trattasi di violazione di un mero atto amministrativo*”.

⁴⁸ Cfr. la già citata Cass., Sez. 6, sent. 12 novembre 2020 n. 31873. La decisione è segnalata anche da A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 5.

⁴⁹ In argomento, M. GAMBARDELLA, *Abuso d’ufficio e concessione edilizia illegittima: il problema delle norme di legge a precetto generico o incompleto*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 350 ss.

⁵⁰ T. PADOVANI, *op. cit.*, pp. 8-9, che aggiunge: «L’idea di erigere una cinta immunitaria intorno alla discrezionalità amministrativa rappresenta, di per sé, una flagrante violazione del principio di uguaglianza. Si tratta, né più né meno, di attribuire all’agente pubblico un potere dispositivo assoluto sottratto al vaglio giudiziale».

⁵¹ Il problema è affrontato anche da M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. 142, che segnala proprio come l’eccesso di potere possa configurarsi solo al cospetto di una attività discrezionale.

Ma volendo anche prescindere dal tema del sindacato penale sulle scelte di esercizio del potere da parte dei funzionari⁵², il rinvio a *residui margini* di discrezionalità appare scivoloso per via delle incertezze che accompagnano il concetto stesso di discrezionalità amministrativa.

Il primo aspetto da considerare è che la discrezionalità non costituisce una categoria uniforme; al contrario, essa è *agita* in modi diversi a seconda dei contesti in cui si opera. Basti menzionare le ipotesi di discrezionalità *tecnica*⁵³, ovvero di discrezionalità *vincolata* per dubitare della precisione dell'iniziativa del legislatore di riforma.

Inoltre, ove anche esista un potere discrezionale del funzionario, questo non può essere esercitato in violazione dei presupposti normativi del potere stesso, a partire dall'imparzialità, pena la trasformazione della discrezionalità in arbitrio.

Infine, vi è da considerare che il rinvio ai margini di discrezionalità rende il precetto in parte "bianco". Trattandosi, a nostro avviso, di un elemento di reale integrazione⁵⁴ (seppur negativo⁵⁵), il giudice penale sarà ancor più incentivato ad intervenire nelle scelte amministrative, indagando il fondamento del potere discrezionalmente esercitato. Essendo la disposizione incriminatrice resa "bianca" in relazione ad un elemento extra-penale di incerta definizione, si rischia di far derivare la tassatività del precetto dalla interpretazione giudiziale delle disposizioni extra-penali che attribuiscono e regolano poteri discrezionali connessi alla funzione.

In sintesi, ove si imponga l'indirizzo interpretativo che continua a riconoscere rilevanza alla violazione di legge interposta, la riforma potrebbe segnalarsi per una singolare eterogenesi dei fini, dando la stura ad un intervento ancor più penetrante della giurisdizione penale in ambito amministrativo. Come acutamente rilevato da Massimo Donini, ragionando su una *riforma imposta da una prassi giudiziale deviante*, «Non si può pensare di eliminare il penale con semplici eccessi di frammentarietà, perché così facendo esso ritornerà per altre vie, ermeneutiche o legislative. La troppa frammentarietà produce, invece di evitare, le analogie e le ermeneutiche di lotta. La giurisprudenza che fa analogia si trova spesso di fronte prassi che suscitano uno "schifo morale". Quando ciò avviene rimane solo il penale a fare da argine all'assenza di etica pubblica: perché "se non è penale si può fare". E la supplenza giudiziaria è espressione di una malattia della società, prima che del sistema giuridico»⁵⁶.

⁵² Su cui, ampiamente, M. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002.

⁵³ Esclusa dall'area del penalmente rilevante secondo M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., p. 143.

⁵⁴ Non essendo possibile attingere alla *sfera parallela dei laici* per colorare di significato l'elemento, specie in ragione dell'esistenza di molteplici diramazioni della discrezionalità amministrativa. Sui presupposti del fenomeno di reale integrazione del precetto, G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, p. 92 ss.

⁵⁵ T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁶ M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., p. 20.

4. Gli effetti di diritto intertemporale nella decisione in commento.

Il principale punto di interesse della sentenza che si annota è rappresentato dalla componente del *decisum* afferente agli effetti intertemporali della modifica del tipo di cui all'art. 323 c.p. Nonostante l'intervenuta prescrizione del reato, la Corte ha proceduto alla verifica della sussistenza della continuità normativa per l'eventuale pronuncia di una sentenza ampiamente liberatoria nei confronti del ricorrente, anche in ragione della presenza di una parte civile costituita.

A nostro avviso l'opera di chiarificazione diacronica proveniente dalla Corte si muove su due piani distinti: uno, che potrebbe definirsi *principale*, è quello che procede al raffronto strutturale tra le disposizioni in avvicendamento; l'altro, che risulta *apparentemente secondario* ai fini della decisione, attiene invece alla continuità interpretativa di taluni elementi della tipicità.

Per introdurre il piano *principale* del giudizio, la Corte ricorda che l'abuso di ufficio è fattispecie posta a presidio dei «valori fondanti dell'azione della Pubblica amministrazione, che l'art. 97 della Costituzione indica nel buon andamento e nella imparzialità», per poi inquadrare «i nuovi elementi di fattispecie (...) introdotti dalla più recente riforma»: «si pretende oggi che la condotta produttiva di responsabilità penale del pubblico funzionario sia connotata, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa, che per un verso siano fissate dalla legge (non rilevano dunque i regolamenti, né eventuali fonti subprimarie o secondarie) e per altro verso siano specificamente disegnate in termini completi e puntuali. Di qui il lineare corollario della limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, qualora le regole comportamentali gli consentano di agire in un contesto di discrezionalità amministrativa, anche tecnica: intesa, questa, nel suo nucleo essenziale come autonoma scelta di merito - effettuata all'esito di una ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici e quelli privati - dell'interesse primario pubblico da perseguire in concreto». Su queste basi, la Corte conclude che la nuova disposizione ha un ambito applicativo ben più ristretto di quella previgente, «sottraendo al giudice penale tanto l'apprezzamento dell'inosservanza di principi generali o di fonti normative di tipo regolamentare o subprimario (neppure secondo il classico schema della eterointegrazione, cioè della violazione "mediata" di norme di legge interposte), quanto il sindacato del mero "cattivo uso" - la violazione dei limiti interni nelle modalità di esercizio - della discrezionalità amministrativa».

Questi due passi della sentenza sono decisivi sia perché costituiscono il prelude all'affermazione dell'effetto di parziale *abolitio criminis*, sia proprio tra i due capoversi virgolettati si colloca l'*obiter* che definisce il piano della decisione prima qualificato come *apparentemente secondario*.

Condividendo una impostazione già avanzata dalla dottrina⁵⁷, la Corte individua i tre aspetti che segnalano l'intervenuto ridimensionamento dell'estensione del fatto

⁵⁷ G. L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.,

tipico: la fonte (la legge), l'oggetto (le regole specifiche) e il contenuto (l'assenza di discrezionalità) della violazione commessa dal pubblico funzionario.

Nessun dubbio sulla linearità e correttezza del raffronto strutturale: effettivamente i profili di specialità della nuova disposizione sono tanto evidenti da non dare adito a dubbi.

Si può concludere, dunque, che il piano *principale* della decisione si muova lungo un tracciato incontrovertibile: la novella ha restituito una disposizione unilateralmente speciale rispetto a quella generale previgente, determinando un'*abolitio criminis* parziale⁵⁸.

Il secondo dei due passi prima riportati contiene un'ulteriore indicazione interpretativa di particolare interesse, che attiene proprio alla *fonte* della violazione comportamentale del pubblico funzionario. La Corte, infatti, si pronuncia per la sopravvenuta irrilevanza penale dell'inosservanza *dei principi generali* (alludendo evidentemente all'art. 97 Cost.) e di tutte le fonti di rango subprimario, la cui inosservanza non sarà più punibile neppure secondo lo schema della *violazione di norme di legge interposte*. Se rispetto ai principi generali la conclusione appare salutare e coerente con il testo della disposizione, specie considerando che dall'art. 97 Cost. non «possano ricavarsi espresse e specifiche regole di condotta a carattere vincolante»⁵⁹, più controversa risulta la moratoria nei confronti della violazione di norme interposte.

Come segnalato in precedenza, la non inequivoca stesura del precetto si apre a due letture opposte e dunque la sentenza che si annota mostra di aderire a quella più restrittiva, valorizzando l'avverbio *espressamente* che campeggia nella disposizione riformulata.

Ci sembra una presa di posizione forte, specie ribadendo come, pochi mesi prima, la Corte aveva patrocinato un epilogo interpretativo diametralmente opposto e favorevole alla perdurante rilevanza della violazione di legge interposta, qualificando la violazione della fonte subprimaria (nella specie, il regolamento edilizio definito come un *atto amministrativo generale*) come «presupposto di fatto della violazione legale».

Simile impostazione suggerisce un confronto con alcune nozioni di diritto amministrativo. Gli *atti amministrativi generali* sono quegli atti capaci di produrre effetti nei confronti di una generalità di soggetti, titolari di determinati rapporti cui l'atto stesso si riferisce (si pensi ai bandi di concorso, o agli atti di aggiornamento dei canoni di concessione di beni demaniali). Gli atti amministrativi generali «sono ricollegabili allo schema *norma-potere-effetto*: la legge non produce direttamente l'effetto in quanto attribuisce il relativo potere all'amministrazione», ma la produzione dell'effetto «non necessita di un ulteriore esercizio di poteri»⁶⁰. In sostanza, la produzione dell'effetto non risale immediatamente alla legge, ma questa attribuisce ad un soggetto il potere di

⁵⁸ Per le ulteriori indicazioni di metodo funzionali all'accertamento dell'*abolitio*, G.L. GATTA, [Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis](#), in questa Rivista, 2 dicembre 2020.

⁵⁹ A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit., p. 8.

⁶⁰ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 330.

emanare atti che determinino quell'effetto. La legge attribuisce il potere, il cui esercizio mediante provvedimenti amministrativi produce l'effetto che la legge vuole.

Ne dovrebbe conseguire che dove c'è un atto amministrativo generale non può essere la legge a individuare le specifiche regole di condotta che il funzionario deve seguire.

Proprio in ambito urbanistico, la legge (artt. 12-13 d.P.R. 380/2001) si limita a individuare il soggetto (art. 13, il dirigente o responsabile dello sportello unico) titolare del potere al rilascio di un determinato provvedimento (il permesso di costruire), che produrrà l'effetto, prescrivendo che quel potere sia esercitato secondo le indicazioni di atti diversi dalla legge stessa (art. 12, gli strumenti urbanistici e i regolamenti edilizi, nonché la disciplina urbanistico-edilizia vigente). In altri termini, non è certo la legge a definire le specifiche regole di condotta; essa piuttosto individua gli atti cui è demandato tale compito.

Ora, se la giurisprudenza intende qualificare questi atti come "presupposti" della violazione di legge da una parte coglie certamente nel segno, perché è innegabile che solo violando l'atto generale (incaricato dalla legge di dettare la disciplina) si possa violare (indirettamente) la legge; dall'altra, però, travisa il precetto, poiché abilita la rilevanza penale della violazione di regole di condotta non previste in via espressa dalla legge.

In attesa della maturazione di un indirizzo interpretativo affidabile vi è comunque da dire che molto difficilmente la fonte primaria contiene regole specifiche dell'azione amministrativa, sia per la tendenza alla delegificazione che è tipica del diritto pubblico, sia perché è fisiologico che la legge lasci a fonti subordinate il compito della definizione minuta delle modalità di esercizio del potere. Breve: l'adesione all'indirizzo restrittivo, per quanto in linea con la costruzione lessicale del precetto, lo confinerebbe all'inapplicabilità.

Per concludere sul punto, però, non si può trascurare di segnalare che, proprio nel caso oggetto di giudizio nella sentenza in commento, la Corte non precisi se la delibera oggetto di censura sia stata resa "in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge": è bensì accertato che la riorganizzazione aziendale realizzata dal ricorrente difettesse della preventiva adozione del cd. atto aziendale, ma la Corte non chiarisce se questo fosse espressamente richiesto dalla legge. Ed infatti la decisione vira sulla esistenza (nel caso oggetto di ricorso) di un margine residuo di discrezionalità "oggi sottratto al sindacato di rilievo penale".

Anche questa impostazione appare incongruente: se la Corte ha premesso che oggi rilevano solo le violazioni di regole di condotta contenute nelle fonti primarie, è quanto meno singolare che non si sia preoccupata di indagare se la irregolarità contestata al ricorrente rinvenisse o meno nella legge la propria disciplina.

4.1. L'obiter sullo sviamento di potere.

Si è volutamente posticipato l'approfondimento dell'*obiter dictum* della decisione dedicato al giudizio di perdurante rilevanza penale dello sviamento di potere e collocato incidentalmente tra i due passaggi salienti prima riportati⁶¹.

La scelta espositiva non ci pare casuale, nella misura in cui la Corte collega la puntualizzazione in discorso alla riflessione sulla discrezionalità amministrativa e la antepone all'affermazione di parziale *abolitio*: il residuo di discrezionalità impedisce l'attivazione della risposta penale «*sempreché l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito*»⁶².

Lo sviamento di potere, dunque, rappresenta l'eccezione generale all'*abolitio*.

Chiaro come la Corte intenda ribadire la validità dell'orientamento sancito dalle Sezioni unite "Rossi"; meno evidenti i referenti testuali a sostegno di questa opzione. La precisazione, in effetti, appare a tratti apodittica, poiché non ulteriormente argomentata, ed a tratti contraddittoria, nella misura in cui essa rimanda alla violazione dei principi dell'imparzialità e del buon andamento dei quali, nel capoverso precedente, la Corte aveva sancito la sopravvenuta inutilizzabilità nella ridefinizione del precetto.

Anche in questo ambito non appare superfluo un confronto con il diritto amministrativo, specie considerando che la dottrina di settore ritiene che il tema dell'eccesso di potere «è di una vastità tale da risultare nella sua pienezza intrattabile»⁶³. Nella manualistica si insegna che «il vizio di eccesso di potere è il risvolto patologico della discrezionalità. Esso sussiste quando la facoltà di scelta spettante all'amministrazione non è correttamente esercitata»⁶⁴. Trasferendo queste nozioni nel giudizio sull'art. 323 c.p., si accresce il sospetto di trovarsi innanzi ad una contraddizione. L'eccesso di potere, infatti, «è predicabile soltanto con riferimento agli atti discrezionali. (...) Classica forma dell'eccesso di potere è lo sviamento, che ricorre allorché l'amministrazione persegue un fine differente da quello per il quale il potere le è stato conferito»⁶⁵. Se si condividono queste premesse, l'*obiter* in discorso si colloca ben oltre l'interpretazione *praeter legem* con funzione di compatibilità costituzionale recentemente avallata dalla giurisprudenza delle Sezioni unite⁶⁶, ma appare addirittura *contra legem*, nella misura in cui abilita l'applicazione della fattispecie in un contesto

⁶¹ Sull'eterno problema dell'eccesso di potere, A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., p. 62 ss.

⁶² Cfr. sentenza in commento, p. 5. L'altra eccezione, che qui non prendiamo in considerazione perché non direttamente rilevante e soprattutto perché figlia dell'applicazione ordinaria della disciplina della successione delle leggi penali nel tempo, attiene alla possibilità di riqualificare il fatto nei termini di cui alla seconda parte dell'art. 323 c.p., e dunque sotto forma di omessa astensione. Il passaggio in questione è sottolineato anche da A. MERLO, *Lo scudo di cristallo*, cit., p. 7.

⁶³ E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo) (I agg.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2012, 1 ss.

⁶⁴ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 491.

⁶⁵ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 492.

⁶⁶ Cass., Sez. un., Sentenza n. 8770 del 21/12/2017 Ud. (dep. 22/02/2018).

ontologicamente caratterizzato dalla presenza della discrezionalità, condizione che, proprio secondo il testo della disposizione, dovrebbe impedirne l'operatività. In altri termini, se il presupposto dello sviamento di potere è la presenza di discrezionalità e se l'art. 323 c.p. non dovrebbe trovare applicazione ogniqualvolta residui un margine di discrezionalità in capo al funzionario agente, lo sviamento di potere dovrebbe collocarsi al di fuori del recinto di tipicità dell'abuso d'ufficio.

L'*obiter* in esame, dunque, rafforza il sospetto che il nuovo assetto della disposizione codicistica favorisca un intervento ancor più penetrante della giurisprudenza penale nell'azione dei pubblici funzionari, approfittando delle peculiari criticità che il nuovo testo presenta. Basterà, infatti, andare alla ricerca dello sviamento di potere per garantire la persistente vitalità dell'abuso d'ufficio.

5. Una notazione in punto di dolo intenzionale.

Il caso oggetto di giudizio suggerisce un'ultima considerazione, che guarda alla componente soggettiva del tipo criminoso.

Come è noto, la giurisprudenza affida l'accertamento del dolo ad una serie di «indici fattuali»⁶⁷ tra i quali assume rilievo principale la «macroscopica illegittimità dell'atto»⁶⁸.

Una delle più interessanti questioni che si pongono in argomento attiene al giudizio di sussistenza del dolo intenzionale qualora l'agente persegua anche una finalità pubblicistica. La giurisprudenza si mostra particolarmente sensibile al problema, precisando che non sarà integrato il dolo di fattispecie qualora «il perseguimento dell'interesse pubblico costituisca l'obiettivo esclusivo o primario dell'agente»⁶⁹: in simili ipotesi, infatti, si assisterà alla «degradazione del dolo di danno o di vantaggio da dolo di tipo intenzionale a mero dolo diretto od eventuale»⁷⁰.

Muovendosi lungo siffatte coordinate, il giudizio sul caso di specie appare ancor più singolare. Nelle fasi di merito, infatti, gli indici sintomatici della sussistenza del dolo intenzionale erano stati individuati «nella assenza di una seria ed urgente finalità riorganizzativa dell'Azienda», nel «difetto del necessario presupposto dell'adozione del cd. atto aziendale» e nel «diniego di incontri per chiarimenti» con il soggetto (che poi sarebbe stato) danneggiato dall'atto di riorganizzazione aziendale.

Come si ricorderà, però, la dequalificazione del Servizio Prevenzione e Protezione rispondeva alla necessità di ripristinare la legalità violata: quello stesso Servizio, infatti, era stato elevato a struttura complessa senza alcun atto aziendale.

A fronte di questi elementi, la Corte conclude che la delibera resa dall'imputato, non sussistendo conflitto di interessi, né una «oggettiva distorsione dai fini pubblici di buon andamento, efficienza ed economicità perseguiti dallo stesso ente», «rientra tra

⁶⁷ Così da ultimo Cass., Sez. 5, Sentenza n. 37517 del 02/10/2020 Ud. (dep. 28/12/2020) Rv. 280108.

⁶⁸ Cass., Sez. 6, Sentenza n. 52882 del 27/09/2018 Ud. (dep. 23/11/2018) Rv. 274580.

⁶⁹ Ancora Cass., Sez. 5, Sentenza n. 37517 del 02/10/2020 Ud. (dep. 28/12/2020) Rv. 280108.

⁷⁰ Cass., Sez. 6, Sentenza n. 51127 del 17/09/2019 Ud. (dep. 18/12/2019) Rv. 278938.

quelle scelte di merito che, nel contesto della discrezionalità amministrativa, la nuova formulazione dell'art. 323 cod. pen. sottrae al giudice penale».

Ora, se è sempre preferibile che l'assoluzione dell'imputato intervenga per l'insussistenza degli elementi della fattispecie oggettiva, a nostro avviso nel caso di specie risultava altresì palese la mancanza del dolo intenzionale, e forse la Corte avrebbe dovuto spendere qualche parola al riguardo.

Il ricorrente, infatti, aveva agito per rimediare ad una decennale violazione della legalità amministrativa, perseguendo un fine pubblico destinato a prevalere rispetto a qualsiasi movente privato eventualmente sottostante.

6. Riflessioni conclusive.

La sentenza in commento lascia trasparire tutta la difficoltà che accompagna la dimensione *in action* del nuovo art. 323 c.p. Se, infatti, *in the books* l'effetto di *abolitio criminis* parziale è di immediata percezione, la prudenza con cui la Corte approccia al tema dello sviamento di potere e le incertezze che accompagnano l'indagine su violazione di regole di condotta e residui di discrezionalità destano più d'una perplessità.

Le affermazioni di principio, infatti, non appaiono sorrette dal metodo del giudizio: la sentenza non si interroga sulla tipologia di violazione sussistente nel caso di specie, ma concentra le proprie attenzioni sulla presenza di un margine di discrezionalità che viene peraltro affermato senza ulteriori spiegazioni. Non viene menzionata la fonte di siffatta discrezionalità, venendone piuttosto sancita la sussistenza in fatto, peraltro attraverso una formula dubitativa: la Corte, invero, afferma solo che «non sembra estraneo alla sfera dei poteri di riorganizzazione dell'Azienda ospedaliera (...) un margine consentito di discrezionalità amministrativa».

Eppure, dietro questa affermazione c'è un giudizio sul merito amministrativo di particolare pervasività, oltre che di sospetta arbitrarietà in assenza di ulteriori chiarimenti a sostegno del convincimento espresso.

Allo stesso tempo, l'esistenza di un orientamento di legittimità meno rigido di quello adottato dalla decisione annotata, e fondato sul giudizio – operato dal giudice penale – circa il rapporto tra fonte suprema e precetto, contribuisce a rafforzare la preoccupazione di future tensioni tra la legalità della *disposizione* e il vissuto della *norma*⁷¹.

Per negare l'*abolitio* e piegare il nuovo precetto dell'art. 323 c.p. alle ragioni della punibilità dei funzionari pubblici sarà sufficiente inquadrare il fatto nello sviamento di potere, ovvero riconoscere la violazione di un presupposto di fatto della violazione di legge, inteso quale qualsivoglia atto cui la legge rimanda per la definizione dell'assetto degli interessi in gioco.

⁷¹ Per una recente ricostruzione storica del *diritto penale giurisprudenziale*, A. MANNA, [La storia del diritto penale "giurisprudenziale"](#), in [dirittodidifesa.eu](#) del 14 febbraio 2021. Per approfondimenti nel rapporto tra riserva di legge e 'diritto dei giudici', V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020.

Il paventato sospetto di una eterogenesi dei fini della riforma rischia, dunque, di concretizzarsi ove non intervenga una seria e definitiva presa di posizione della giurisprudenza a favore della rigida interpretazione letterale della disposizione.

Infine, come pure rimarcato nella sentenza in commento, la seconda modalità realizzativa dell'abuso d'ufficio – ossia l'omessa astensione in presenza di un conflitto di interessi – è rimasta insensibile all'ultima riforma, le cui limitazioni operano esclusivamente per la condotta di violazione di legge.

Anche sotto questo profilo, vanno condivisi i timori della dottrina circa il possibile recupero interpretativo di quello spazio di tipicità per colmare il vuoto lasciato dalla intervenuta *abolitio criminis* parziale.

LA CORRUZIONE SENZA ACCORDO: NOTAZIONI IN TEMA DI ELEMENTI COSTITUTIVI

di Luigi Scollo

L'articolo propone una riflessione sugli elementi costitutivi dei delitti di corruzione, illustrandone alcune conseguenti implicazioni. Dapprima, affronta il tema della natura dell'accordo quale elemento costitutivo della corruzione, analizzandone la rilevanza in termini di consumazione del reato, ed offrendo precisamente una lettura alternativa allo schema duplice, sino ad ora descritto dall'interpretazione offerta dalla Suprema Corte di Cassazione. Nei paragrafi successivi, prosegue soffermandosi, in particolare, sul tema della rilevanza penale della corruzione priva di accordo, sino ad ora unanimemente esclusa. Su tali premesse, conclude con alcune riflessioni a margine in tema di concorso di reati, di norme e di persone.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La centralità dell'accordo nella corruzione a «fisionomia negoziale». – 2.1. L'accordo come elemento costitutivo. – 2.2. L'accordo come momento consumativo: schema duplice o schema alternativo? – 3. La corruzione senza dazione e la corruzione senza promessa. – 4. L'accordo senza corruzione: la configurabilità del tentativo. – 5. La corruzione senza accordo: dell'irrelevanza penale e delle altre ipotesi. – 6. L'accertamento dell'accordo. – 6.1. La prova della dazione come prova dell'accordo. – 6.2. L'oggetto dell'accordo ed il concorso di reati. – 6.3. La causa dell'accordo ed il concorso di norme. – 6.4. Le parti dell'accordo ed il concorso di persone. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Le prime disposizioni anticorruzione risalgono al Codice di Hammurabi: perciò, da allora, molto – e forse tutto – è già stato detto in tema di corruzione¹. Tuttavia, la corrente interpretazione della disciplina contenuta negli artt. 318 e ss. del Codice penale, a tacere degli interventi di riforma e di «lotta» del legislatore contemporaneo, non sembra aver pienamente risolto la questione del *perché* punire².

¹ La novità, del resto, non costituisce l'obiettivo principale del riflettere, meno ancora dello scrivere. Perciò – come ebbe a premettere F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto penale*, Giusti, Lucca, 1867, p. 5 – «non a dire cose nuove, ma vere» o, perlomeno, al tentativo di farlo sono rivolti questi paragrafi.

² La disciplina della corruzione è tra gli elementi che compongono la prospettiva «inquietante» del futuro del diritto penale del «nemico». L'espressione è di F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2020, p. 698. Diffusamente, Sul tema del diritto penale del nemico, v. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, fasc. 2., p. 735 ss.

La materia è vasta e complicata, nonché assai rilevante nel contesto italiano (e non solo³), in cui il fenomeno si caratterizza – come noto – per una diffusione sistemica⁴, che infesta tutte le sedi sociali⁵, anche le più nobili, a tal punto che occorrerebbe studiarlo e discuterne in latino⁶.

Ammesso che residui ancora spazio per alcune brevi notazioni, il tema che ci si propone di affrontare in questa sede è, anzitutto, quello della rilevanza e della tipicità dell'accordo, anche ai fini della qualificazione giuridica del fatto illecito di corruzione⁷. Precisamente, si tratta del tentativo di comprendere – nei paragrafi che seguono – se plurime elargizioni illecite e plurimi comportamenti assunti dal pubblico ufficiale non integrino necessariamente più fatti di corruzione, qualora siano riconducibili alla medesima pattuizione. Difatti, come anche di recente ha affermato la Suprema Corte, in tal caso, non dovrebbe aver luogo un concorso materiale di reati, e non troverebbe applicazione la disciplina del reato continuato. Al contrario, la pluralità di azioni dovrebbe essere considerata e, ricorrendone i presupposti, punita come «unico» fatto di corruzione⁸.

Perciò, si aggiunge la centralità dell'accertamento dell'esatto contenuto dell'accordo e dei soggetti che vi partecipano, giacché vi dipendono implicazioni rilevanti in ordine alla sussistenza del fatto, alla qualificazione giuridica, al rapporto tra corruzione propria e corruzione per l'esercizio della funzione, ed – in ultimo – al trattamento sanzionatorio.

Un interrogativo, tuttavia, giunge pressante. Specie dopo aver affermato la centralità dell'accordo quale elemento costitutivo indefettibile della corruzione. Si tratta, cioè, di comprendere se sia possibile punire la corruzione senza l'accordo, ossia circa la rilevanza penale delle elargizioni accertate dal processo, rimasto tuttavia scevro di prove circa le cause delle stesse. In sostanza, soluzioni alternative. A questi interrogativi saranno dedicati i paragrafi seguenti.

³ V., sul punto, gli sforzi profusi dagli organismi internazionali per rispondere ad un fenomeno di dimensione sconfinata e di globale portata. In argomento, su tutti, cfr. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, *passim*.

⁴ V., sul punto, *ex multis* P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, 2007, *passim*; D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Mani impunte. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Laterza, 2007, *passim*.

⁵ V., sul punto, T. PADOVANI, *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 461.

⁶ L'espressione è di P. CALAMANDREI, *Patologia della corruzione parlamentare*, Storia e Letteratura, 2017, p. 1 ss.

⁷ In argomento, irrinunciabile il riferimento a V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 3, p. 1126 ss. Per altro verso, in tema di «smaterializzazione» della tipicità nella fattispecie statunitense di "Conspiracy" (intesa come "accordo" per commettere un fatto offensivo), applicabile e diffusamente applicata anche in relazione ai delitti di corruzione, v. G.L. GATTA, *La repressione della corruzione negli Stati Uniti: strategie politico-giudiziarie e crisi del principio di legalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, fasc. 3, p. 1281 ss. in cui l'A. osserva come l'applicazione di detta fattispecie sia divenuta centrale sul tema.

⁸ Il riferimento è a Cass., Sez. VI penale, 7 ottobre 2020 (dep. 23 ottobre 2020), n. 29549, De Simone, Rv. 279691.

2. La centralità dell'accordo nella corruzione a «fisionomia negoziale».

I delitti di corruzione sono tradizionalmente intesi come reati a fisionomia negoziale ed a schema duplice, in cui l'accettazione e la ricezione, rispettivamente della promessa o della dazione di denaro o altre utilità, costituiscono l'evento del reato e ne determinano il momento consumativo⁹.

Si tratta, com'è noto, di reati plurisoggettivi ed a concorso necessario, con struttura bilaterale, per cui l'interazione e la convergenza di volontà tra il pubblico agente o l'incaricato di pubblico servizio ed il privato corruttore, siano esse dirette o indirette, ossia espresse mediante intermediari, risultano entrambe necessarie per considerare integrata la fattispecie¹⁰.

⁹ V., sul punto, *ex multis* Cass., Sez. Un. penali, 25 febbraio 2010 (dep. 21 aprile 2010), n. 15208, Mills, Rv. 246583, in *Cass. Pen.*, 2010, fasc. 9, p. 1995 con nota di F. M. FERRARI, *La corruzione susseguente in atti giudiziari, un difficile connubio tra dolo generico e dolo specifico*. Nello stesso senso, e specificamente, come reato di evento v. Cass., Sez. VI penale, 26 marzo 1996 (dep. 26 luglio 1996), n. 7555, Garbato, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 3402. In dottrina, v., anzitutto, R. VENDITTI, voce *Corruzione (delitti di)*, in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 760.

¹⁰ Nel senso di reati a forma libera, plurisoggettivi, a concorso necessario e di natura bilaterale, v. *ex multis* Cass., Sez. VI penale, 04 maggio 2006 (dep. 05 ottobre 2006), n. 33435, Battistella, Rv. 234361 resa nelle note vicende IMI/SIR e Lodo Mondadori, in *Cass. Pen.*, 2006, fasc. 11, p. 3578 con osservazioni di G. SANTALUCIA. Nello stesso senso, più di recente, le pronunce rese nell'ambito della nota vicenda "Mafia capitale": Cass., Sez. VI penale, del 10 aprile 2015 (dep. 9 giugno 2015), n. 24535, Mogliani, in *Cass. Pen.*, 2016, fasc. 1, p. 87 con nota di A. APOLLONIO, *Rilievi critici sulle pronunce di "mafia capitale": tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*; Cass., Sez. VI penale, 22 ottobre 2019, (dep. 12 giugno 2020), n. 18125 in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, fasc. 2, p. 662 con nota di M.C. UBIALI, *Sul confine tra corruzione propria e corruzione funzionale: note a margine della sentenza della Corte di cassazione sul caso 'mafia capitale'*, in cui la Corte Suprema afferma che «il reato di corruzione, nelle sue varie ipotesi, integra un reato a forma libera, plurisoggettivo, fondato sul "pactum sceleris" tra privato e pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio). Si tratta di un illecito che si sostanzia in condotte convergenti, tra loro in reciproca saldatura e completamento, idonee ad esprimere, nella loro fisiologica interazione, un unico delitto».

In senso adesivo, in dottrina, v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 424; C. BENUSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, Cedam, p. 666; F. CINGARI, *I delitti di corruzione*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione, Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 165; R. DELL'ANDRO, *Osservazioni in tema di corruzione*, in *Arch. Pen.*, 1953, II, p. 188; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, I, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 218; G. FORNASARI, *Delitti di corruzione*, in A. BIONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, 2° ed., Giappichelli, Torino, 2008, p. 189; F. GRISPIGNI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Ed. Ricerche, Roma, 1953, p. 168; C. F. GROSSO, voce *Corruzione*, in *Dig. Dis. Pen.*, Utet, Torino, 1989, III, p. 155; G. LOSAPPIO, *Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*, in S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Mulino, Bologna, 2015, p. 171; G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, II, Zanichelli, Bologna, 1938, p. 140; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI, Cedam, Padova, 2020, p. 595; R. PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 1966, p. 114; M. PELISSERO, *I delitti di corruzione*, in C. F. GROSSO, M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 259; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, 4° ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. 161; A. SEGRETO, G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, III, Giuffrè, Milano, 1999, p. 287; S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico culturale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, fasc. 10, p. 1235; R. VENDITTI, voce *Corruzione (delitti di)*, cit., p. 755; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2008, p. 196.

In tale contesto, l'accordo si palesa, perciò, come vero e proprio elemento costitutivo del delitto di corruzione, il cui accertamento risulta indispensabile, al pari degli altri elementi della fattispecie, per l'affermazione della responsabilità penale dei soggetti che vi partecipano¹¹.

2.1. L'accordo come elemento costitutivo.

I delitti di corruzione puniscono, anzitutto, la «ricezione» di denaro o altre utilità da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, ai sensi degli artt. 318 e 319 cod. pen., ovvero – secondo lo schema sussidiario – la «accettazione» della promessa¹².

La norma penale, tuttavia, precisa espressamente che la ricezione e la promessa accolta siano perseguibili laddove avvenute «per» l'esercizio delle funzioni o dei poteri, ovvero «per» il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, così qualificando la relazione con gli stessi in termini di «causa»¹³. A fronte di ciò, la configurabilità del delitto di corruzione, stante la fisionomia negoziale che esso assume nella oramai

In senso contrario, v. M. AMISANO TESI, *Le tipologie di corruzione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 50; G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Jovene, Napoli, 2003, p. 6; N. LEVI, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in E. FLORAN (coord.) *Trattato di diritto penale*, 4a ed., Vallardi, Milano, 1935, p. 264; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte Speciale*, 10ma, Milano, 2008, p. 187; A. SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 342.

¹¹ La convergenza delle volontà tra *intraneus* ed *extraneus* costituisce un segmento essenziale della fattispecie corruttiva, che ne differenzia i tratti dal delitto di concussione di cui all'art. 317 c.p. V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 21 maggio 2013, (dep. 16 luglio 2013), n. 30542, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 34-35, p. 70; Cass., Sez. VI penale, 05 ottobre 2010, (dep. 03 novembre 2010), n. 38650; Cass., Sez. VI penale, 19 ottobre 2001 (dep. 7 novembre 2001), n. 1170, Berlusconi, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 205. In argomento, la Suprema Corte di Cassazione ha osservato, infatti, che elemento caratterizzante il delitto di corruzione è proprio la ricorrenza della «*par condicio contractualis*» in cui – mediante l'incontro libero e consapevole della volontà delle parti, e senza alcuna costruzione o prevaricazione – si consolida l'accordo corruttivo. V., sul punto, Sez. Un. penali, 24 ottobre 2013, (dep. 14 marzo 2014), n. 12228, Maldera, in *Cass. Pen.*, 2014, fasc. 6, p. 1992 con nota di M. GAMBARDELLA, *La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita: i requisiti impliciti del "danno ingiusto" e "vantaggio indebito", i casi ambigui, le vicende intertemporali*. Di recente, v. Cass., Sez. VI penale, 22 settembre 2015, (dep. 21 dicembre 2015), n. 50065 in *Dejure*. Sul punto, in dottrina, v. E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1885, III, p. 62 in cui l'A. osserva che è possibile una «corruzione senza patto», allorché non è mossa da venalità, bensì – ad esempio – da deferenza, o da odio.

¹² Con riguardo allo schema duplice v. *ex multis* Cass., Sez. Un. penali, 25 febbraio 2010 (dep. 21 aprile 2010), n. 15208 cit.

¹³ La preposizione «per» è stata interpretata come finalistica, ovvero causale. Precisamente, nel caso della corruzione antecedente, la dazione e la promessa sarebbero finalisticamente orientate all'assunzione del comportamento del pubblico funzionario. Nel caso, invece, della corruzione susseguente sarebbe il pagamento o la dazione a trovare causa nel comportamento. Nel senso di ammettere entrambe le possibilità, v. Cass., Sez. VI penale, 13 luglio 2018, (dep. 15 novembre 2018), n. 51765 in *Cass. Pen.*, 2020, fasc. 5, p. 1012. In dottrina, v. T. PADOVANI, *La messa "a libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida dir.* 2012, fasc. 48, p. 9. In proposito, va tuttavia osservato come la relazione unicamente causale appaia senz'altro preferibile, dal momento che un nesso finalistico imporrebbe una convergenza sulle intenzioni del corruttore, mentre la disposizione normativa richiede unicamente una convergenza del corrotto sulla causa della dazione, ovvero della promessa.

costante interpretazione giurisprudenziale, presuppone non soltanto la ricezione di utilità o l'accettazione della promessa, ma altresì che sussista un rapporto specifico-qualificante tra queste (ossia, ricezione ed accoglimento) e l'esercizio delle funzioni, dei poteri, o con l'atto d'ufficio. In altre parole, non è sufficiente la mera sussistenza di eventuali percezioni o promesse, né la natura indebita del denaro e delle utilità accettate dal pubblico agente, in mancanza della prova circa la causa delle stesse, come elemento essenziale dell'accordo corruttivo, in assenza del quale non può considerarsi integrato il delitto in parola. Si tratta, cioè delle ragioni necessariamente coincidenti per cui, da un lato, il corruttore e, dall'altro, il corrotto hanno posto in essere la rispettiva condotta. Non basta, perciò, che il corruttore persegua una finalità corruttiva, né è richiesto che il pubblico agente debba dividerla¹⁴. Nel rapporto negoziale che si instaura, occorre invece che la prestazione dell'*extraneus*, e precisamente la dazione di denaro od altre utilità, trovi causa nel comportamento passato o futuro dell'agente, e che avvenga altrettanto per l'accettazione dell'*intraneus*¹⁵.

¹⁴ L'intenzione del corrotto, specie se recondita, non costituisce un elemento rilevante ai fini della configurabilità del delitto di corruzione, dal momento che la fattispecie penale non richiede il dolo specifico, e risulterà violata nel momento in cui la promessa o la dazione, con la predetta causa, verranno accolte dal pubblico agente. In questo senso, v. Cass., Sez. VI penale, 15 ottobre 1982 (dep. 25 gennaio 1983), Machiavelli, Rv. 157053, in *Cass. Pen.*, 1984, fasc. 2, p. 277 in cui la Suprema Corte osserva che, in osservanza dello schema civilistico del negozio giuridico, posta la convergenza sul contenuto dell'accordo e, in particolare, sulla causa della promessa o della dazione, non rileva la riserva mentale del promittente, o la simulazione allo scopo di denunciare o provocare l'intervento della polizia.

In materia di dolo, e precisamente per la definizione dei delitti di corruzione come reati a dolo generico v., con riguardo alla sola corruzione passiva, S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, fasc. 3, p. 969 in cui l'A. osserva che il funzionario «risponde di corruzione anche qualora agisce con la riserva mentale di non adempiere», poiché semmai è l'adempimento ad avere rilevanza in termini dimostrativi della causa del compenso ricevuto, e di riflesso consente di escludere la perseguibilità di donativi «teleologicamente non collegati ad alcuna prestazione». In senso analogo, M. DEL GAUDIO, *Corruzione*, in *Digesto pen.*, agg., I, Utet, Torino, 2000, p. 139; A. SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, cit., p. 323; nonché, in particolare, G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, cit., p. 111 in cui l'A. osserva che anziché costituire l'oggetto del dolo specifico, il mercimonio costituisce la causa della accettazione. Sul punto, v. anche V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino, 1982, p. 248; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 791.

In senso contrario, invece, v. C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 443; G. FORNASARI, *Delitti di corruzione*, cit., p. 204; C. F. GROSSO, voce *Corruzione*, cit., p. 160; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 218; R. VENDITTI, voce *Corruzione (delitti di)*, cit., p. 757. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. V penale, 02 maggio 1983 (dep. 8 ottobre 1983), n. 8043, Amitrano, Rv. 160483, in *Cass. Pen.*, 1984, p. 1936.

¹⁵ V., sul punto, *ex multis* Cass., Sez. VI penale, 06 maggio 2016 (dep. 20 settembre 2016), n. 39008, Biagi, in *Resp. Civ. Prev.*, 2016, fasc. 6, p. 2032 in cui la Suprema Corte afferma che «ai fini dell'accertamento del delitto di corruzione propria, nell'ipotesi in cui risulti provata la dazione di denaro o di altra utilità in favore del pubblico ufficiale, è necessario dimostrare che il compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio sia stato la causa della prestazione dell'utilità e della sua accettazione da parte del pubblico ufficiale, non essendo sufficiente a tal fine la mera circostanza dell'avvenuta dazione». In senso conforme, v. Cass., Sez. VI penale, 7 novembre 2011 (dep. 7 febbraio 2012), n. 5017, Bisignani, Rv. 251867, in *Cass. Pen.*, 2012, fasc. 11, p. 3767; Cass., Sez. VI penale, 25 marzo 2010 (dep. 28 giugno 2010), n. 24439, Bruno, Rv. 247382; Cass., Sez. VI penale, 15 maggio 2008 (dep. 28 agosto 2008), n. 34415, Sidoti, Rv. 240745.

Va poi osservato che l'assunzione effettiva di un comportamento o di un atto, da parte del pubblico agente corrotto, non costituisce di per sé una condizione necessaria, né altrimenti sufficiente, per considerare consumata una ipotesi di corruzione, dal momento che essi non rientrano tra gli elementi costitutivi del reato in parola, né – in effetti – debbono considerarsi parte dell'oggetto dell'accordo¹⁶. Tuttavia, come vedremo, essi potranno assurgere ad elemento indiziario della sussistenza di un patto corruttivo, laddove – per quanto si è detto – ne costituiscano la causa¹⁷. In proposito, va osservato che l'esatta definizione degli elementi dell'accordo – ossia, per l'appunto, anzitutto la causa, illecita e comune ad entrambe le parti, attinente al mercimonio delle funzioni, dei poteri, di uno o più atti dell'ufficio; l'oggetto, ossia la natura dell'utilità promesse od elargite, e le relative modalità di percezione delle stesse; i partecipanti alla formazione dell'accordo, ossia della convergenza delle condotte verso una causa comune ai correi – risulterà necessaria, oltre che per la corretta qualificazione giuridica dei fatti, anzitutto per accertare la sussistenza stessa della violazione della norma penale e l'identità dei soggetti cui la stessa potrà essere addebitata¹⁸.

Dunque, nella corruzione a fisionomia negoziale, la sussistenza dell'accordo assurge ad elemento costitutivo del reato, ed occorre accertarne precisamente l'oggetto (denaro o altre utilità elargite), la causa (il rapporto tra l'oggetto e l'atto od il comportamento del pubblico agente), i partecipanti alla formazione dell'accordo (*intraneus* ed *extraneus*, oltre ad eventuali concorrenti in virtù di condotte atipiche che accedono alla formazione della convergenza).

¹⁶ V., sul punto, *ex multis* Cass., Sez. VI penale, 04 maggio 2006 (dep. 05 ottobre 2006), n. 33435 cit.; Cass., Sez. VI penale, 25 gennaio 1982 (dep. 16 giugno 1982), n. 5913, Albertini, Rv. 154240, in *Cass. Pen.*, 1983, fasc. 9, p. 1966. In dottrina, v. anzitutto, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Firenze, 1911, 9a ed., V, p. 129, in cui l'A. osserva come l'offesa è perfetta nella «consumazione del contratto». La natura di «contratto illecito» è sottolineata, particolarmente da G. MAGGIORE, *PS, Diritto penale, parte speciale delitti e contravvenzioni*, tomo I, vol. II, Bologna, 1948, p. 148.

¹⁷ V., sul punto, *ex multis* Cass., Sez. VI penale, 22 giugno 2017 (dep. 13 settembre 2017), n. 41768 in *Guida dir.*, 2018, fasc. 7, p. 95; Cass., Sez. VI penale, 18 luglio 2017 (8 agosto 2017), n. 39020, in *Guida dir.*, 2017, fasc. 46, p. 86.

¹⁸ Per la configurazione del delitto in parola, occorre perciò accertare la convergenza delle volontà degli agenti, ossia l'accettazione dell'utilità o della promessa, da parte del pubblico ufficiale, nella corruzione d'iniziativa del privato, ovvero l'accoglimento della sollecitazione proveniente dal funzionario, nella corruzione d'iniziativa di quest'ultimo, come parte di un illecito accordo. Sul punto, v. espressamente Cass., Sez. VI penale, 22 ottobre 2019, (dep. 12 giugno 2020), n. 18125 cit. in cui la Corte afferma che «il reato si configura e si manifesta, in termini di responsabilità, solo tra le parti dell'accordo illecito e se entrambe le condotte – del corrotto e del corruttore – in connessione indissolubile, sussistano probatoriamente; il reato si realizza alternativamente al momento dell'accettazione della promessa ovvero con il ricevimento effettivo dell'utilità. Ciò che dunque deve essere processualmente accertato è se il pubblico ufficiale abbia accettato una utilità, se quella utilità sia collegata all'esercizio della sua funzione, al compimento di quale atto quella utilità sia connessa, se quell'atto sia o meno conforme ai doveri di ufficio».

2.2. L'accordo come momento consumativo: schema duplice o schema alternativo?

L'individuazione del momento di consumazione dei delitti di corruzione è, da sempre, un punto controverso. Tuttavia, come si vedrà, nell'individuazione del momento consumativo della corruzione a fisionomia negoziale, assume un ruolo dirimente l'accertamento dell'esatto contenuto del "*pactum sceleris*".

Nella configurazione della corruzione come reato "a duplice schema", uno principale – in cui figurano la dazione dell'utilità da parte del corruttore e la ricezione della stessa da parte del pubblico ufficiale –, uno sussidiario – in cui, invece, figurano la sola promessa, senza dazione, e l'accettazione della stessa –, si pone tradizionalmente il problema di collocare all'interno della fattispecie, ovvero, all'esterno del fatto tipo (come *post factum* non punibile), la ricezione di denaro o altre utilità preceduta dall'accettazione della promessa¹⁹.

Come noto, la giurisprudenza maggioritaria, in argomento, considera lo schema sussidiario sufficiente ad integrare la fattispecie incriminatrice, in una logica di massima tutela del bene giuridico protetto dalla norma penale. Per cui, allorquando si verifichi una progressione dell'offesa, e precisamente la ricezione dell'utilità la cui promessa era già stata accolta, secondo la medesima interpretazione giurisprudenziale, è al momento della ricezione che occorre guardare per determinare il momento di consumazione del reato, risultando la promessa assorbita nella dazione, e la eventuale molteplicità delle dazioni come un ulteriore e progressivo approfondimento dell'offesa al bene giuridico tutelato dalla fattispecie²⁰.

¹⁹ Con riguardo allo schema duplice ed alla collocazione all'interno del fatto tipo della dazione preceduta dall'accettazione della promessa v. già Cass., Sez. VI penale, 7 febbraio 1996 (dep. 28 maggio 1996), n. 5312, Sportelli, Rv. 205073; Cass., Sez. VI penale, 26 marzo 1996 (dep. 26 luglio 1996), n. 7555, Garbato, Rv. 205881; Cass., Sez. VI penale, 21 ottobre 1998 (dep. 28 gennaio 1999), n. 1167, Maraffi, Rv. 213331; Cass., Sez. VI penale, del 07 febbraio 2003 (dep. 17 maggio 2003), n. 23248, Zanotti, Rv. 225669 per cui «il delitto di corruzione è reato di evento, caratterizzato dalla particolarità di perfezionarsi alternativamente o con l'accettazione della promessa o con il ricevimento dell'utilità promessa: quando entrambi questi eventi si realizzano in logica successione temporale, il secondo non degrada a "post factum" irrilevante, giacché il reato si consuma in tal caso nel momento della dazione effettiva del compenso».

In senso contrario, invece, *ex multis* v. Cass., Sez. VI penale, 26 aprile 2004 (dep. 09 giugno 2004, n. 26071, Medici, Rv. 229780 per cui «il reato di corruzione propria è un fatto unico che, nelle modalità esecutive, si può articolare con la corresponsione frazionata in rate mensili del corrispettivo al p.u. da parte del privato corruttore. Ne consegue che, anche ai fini della prescrizione, il momento consumativo è unico cristallizzandosi nell'accettazione dell'accordo corruttivo da parte del p.u., anche se le modalità di esecuzione dell'accordo si articolano nel tempo».

²⁰ V., sul punto, definitivamente Cass., Sez. Un. penali, 25 febbraio 2010 (dep. 21 aprile 2010), n. 15208 cit. in cui la Suprema Corte afferma che «il reato di corruzione, nelle varie forme in cui è disciplinato, può attuarsi attraverso due distinte autonome ipotesi fattuali, quella della dazione e quella della promessa accettata, con le quali rispettivamente coincide, se rimangono alternative, il momento consumativo del reato. La sola promessa accettata, però, assume una propria autonomia ed è idonea a fissare il momento consumativo nelle sole ipotesi in cui non è seguita dalla dazione - ricezione, perché, ove quest'ultima segua alla promessa, si verificano l'approfondimento dell'offesa tipica e lo spostamento in avanti del momento consumativo. Il delitto di corruzione, dunque, si può realizzare con una forma ordinaria "promessa seguita dalla dazione" e una forma contratta o sussidiaria "promessa non seguita dalla dazione". Secondo lo schema principale, il reato si realizza attraverso due essenziali attività, legate tra loro e l'una funzionale all'altra: l'accettazione della promessa e il successivo ricevimento dell'utilità. Quest'ultimo tratto di condotta cristallizza nel tempo la consumazione del reato, che assume caratteristiche assimilabili a quelle del reato progressivo,

Secondo tale logica, perciò, il termine di prescrizione decorre dall'ultimo pagamento²¹.

Tuttavia, l'elargizione del denaro o di altre utilità, conseguente ad una promessa perfetta in tutti i suoi elementi e, conseguentemente, accettata da parte del funzionario, viene qualificata da alcuni come momento di mera esecuzione di un accordo di natura illecita già integralmente consumato, attribuendo così alla dazione la natura di mero *post factum* non punibile, dunque, irrilevante tanto per la determinazione del momento consumativo, tanto per il decorso del termine di prescrizione. Ciò, a maggior ragione, in osservanza della fisionomia negoziale che assumono i delitti di corruzione, in cui la convergenza di volontà dei correi dovrebbe essere di per sé sufficiente a ritenere perfettamente integrato il *pactum sceleris* poi manifestatosi nella concreta dazione. In tale contesto, infatti, a fronte della previa accettazione della promessa, la dazione sembra assumere i tratti di una azione conseguente ad un fatto che – secondo lo schema sussidiario, così come inteso tanto dalla giurisprudenza, tanto dalla differente opinione che si ravvisa in dottrina – assume già i tratti dell'illecito penale, e risulta perciò pienamente perseguibile allo stadio dell'intervenuto accordo, dovendo considerare in quel momento il delitto già integrato²².

verificandosi una sorta di passaggio necessario da un minus (la promessa) ad un maius (la dazione), e risultando offeso con gravità crescente un medesimo bene giuridico. La promessa accettata, quando è seguita dalla dazione - ricezione, resta assorbita in questa e perde la sua autonomia. E pur vero che la dazione non presuppone necessariamente la promessa, ma è altrettanto vero che, se le parti scelgono di percorrere l'iter promessa - dazione, la prima diventa un atto prodromico della seconda e ad essa si salda e con essa si confonde, concorrendo sostanzialmente entrambe, in progressione, al completamento della fattispecie criminosa in tutti i suoi aspetti».

Di recente, nello stesso senso, v. Cass., Sez. VI penale, 11 aprile 2019 (dep. 29 maggio 2019), n. 23823, Venturati, in cui la Suprema Corte, peraltro, afferma che la consumazione in virtù della mera pattuizione si giustifica in quanto, con la stessa, ricorre una piena offesa al bene giuridico protetto dalla fattispecie, ed individuabile nel prestigio della pubblica amministrazione; Cass., Sez. VI penale, 08 febbraio 2018 (dep. 06 novembre 2018), n. 50081, Rv. 274810; Cass., Sez. VI penale, 14 settembre 2017 (dep. 16 gennaio 2018), n. 1754, Bentini, Rv. 271967; Cass., Sez. VI penale, 25 luglio 2017 (dep. 25 ottobre 2017), n. 49056, Rv. 271563, in Guida dir., 2018, fasc. 3, p. 34 secondo cui «il delitto di corruzione è un reato a duplice schema e, pertanto, si perfeziona alternativamente con l'accettazione della promessa ovvero con la dazione-ricezione dell'utilità, e tuttavia, ove alla promessa faccia seguito la dazione-ricezione, è solo in tale ultimo momento che, approfondendosi l'offesa tipica, il reato viene a consumazione».

Così, in dottrina, ad es. S. RICCIO, voce *Corruzione (delitti di)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1964, p. 902; C. F. GROSSO, *sub artt. 318-322*, in T. PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Utet, Torino, 1996, p. 221; G. MARRA, *Corruzione: norma a più fattispecie o disposizione di legge con più norme?*, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 88; M. B. MIRRI, voce *Corruzione*, in *Enc. Giur. Tr.*, vol. IX, Roma, 1991, p. 6; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, vol. I, Milano, 2000, p. 220.

²¹ V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 1° dicembre 2016, (dep. 27 gennaio 2017), n. 4105, Ferroni, Rv. 269501; Cass., Sez. VI penale, 28 novembre 2014, (dep. 01 dicembre 2014), n. 50078, Cicero, Rv. 261540.

²² V., sul punto, *ex multis* G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, cit., p. 138; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 319; A. FERRARO, *Brevi note in tema di corruzione*, in *Cass. Pen.*, 1983, p. 1973; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 231; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 139; S. SEMINARA, *Cb sub art. 318, IX, 2*; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 212.

In giurisprudenza, v. Cass., Sez. VI penale, 25 marzo 1994 (dep. 2 luglio 1994), n. 7505, Caputo, Rv. 199017, in *Cass. Pen.*, 1995, fasc. 12, p. 3340, secondo cui «in caso di accertato accordo corruttivo antecedente o coevo alla

Entrambi i punti di vista, come si nota, concordano su un punto, e cioè che l'accordo sia comune ad entrambe le forme di manifestazione della corruzione. In particolare, secondo lo schema sussidiario l'accordo sembra coincidere con l'accettazione della promessa, mentre, secondo lo schema principale, all'accordo si aggiunge la ricezione dell'utilità.

Ciò, tuttavia, non sembra convincere sino in fondo, anzitutto, perché la nozione di promessa non sembra poter coincidere con la nozione di accordo, neppure se considerata unitamente alla sua accettazione. In secondo luogo, perché una simile interpretazione finisce per rendere del tutto superflua, se non ai fini della dilatazione dei termini di prescrizione, la rilevanza penale della dazione preceduta dall'accettata promessa, specie a fronte dell'identico trattamento sanzionatorio. In ultimo, perché nello schema duplice prospettato dalla giurisprudenza della Suprema Corte il modulo principale finisce, invero, con l'assumere i tratti di formula secondaria, allorché il momento principale della consumazione del reato si identifica con l'accettazione della promessa ²³.

Va osservato come la disposizione penale punisca non già l'accordo corruttivo, ma la corruzione e – precisamente – non con l'affabulazione, la seduzione, la mistificazione, la costrizione... bensì con la dazione, che trova la propria causa nel comportamento o nell'atto del pubblico agente, assunto o da assumere. Le elargizioni di denaro od altre utilità costituiscono, perciò, l'elemento costitutivo centrale della fattispecie, nel suo schema principale, rispetto al quale lo schema sussidiario non può che porsi in termini alternativi, e non di progressione. Con la dazione, in altre parole, non si integra un reato-già-reato, bensì viene ad esistenza l'elemento costitutivo centrale del delitto, del pari preceduto dall'accordo che, come si è detto, ne contempla la causa, l'oggetto e l'identità delle parti necessarie. In questi termini, l'accordo non risulta affatto sufficiente di per sé, poiché concorre all'integrazione della fattispecie solo se viene ad esistenza la dazione. Precisamente, esso assume rilevanza servente rispetto alla seconda, e consente la selezione dei comportamenti privi di rilevanza penale, ossia delle dazioni prive di accordo e, con esso, di causa illecita. Dunque, secondo lo schema principale, la perseguibilità dell'accordo corruttivo sussiste, in termini di delitto consumato, esclusivamente se ad esso segua la effettiva dazione, contestuale o postergata, poiché lo

assegnazione degli appalti si versa in ipotesi di corruzione propria antecedente «e non già in quella di corruzione propria susseguente», a nulla rilevando che il compenso fosse corrisposto in epoca successiva procrastinando in tal modo l'esecuzione e non la consumazione del reato già perfetto in ogni suo elemento sin dal raggiungimento dell'accordo». Nello stesso senso, v. Cass., Sez. V penale, 13 febbraio 1985, Mirello, Rv. 169143; Cass., Sez. VI penale, 27 marzo 1984, De Rosa, Rv. 165148. In argomento, con riguardo al tema di corruzione propria susseguente, v. Cass., Sez. V penale, 3 febbraio 1983, Pauletto, Rv. 158471.

²³ V., sul punto, *ex multis* C. A. ARDENGHI, *Corruzione per l'esercizio della funzione*, in S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Mulino, Bologna, 2015, p. 147 secondo cui la nozione di promessa sarebbe costituita da «una manifestazione di volontà avente a oggetto l'impegno a una futura prestazione, non necessariamente quantificata in termini monetari, purché seria, rivolta a un preciso destinatario e suscettibile di attuazione». V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 11 luglio 1979 (dep. 03 marzo 1980), n. 2950, Berti, Rv. 144516, secondo cui la nozione di promessa andrebbe intesa in senso civilistico.

schema principale della fattispecie penale non contempla una corruzione senza elargizione, potendo – in mancanza – unicamente configurarsi l'ipotesi di tentativo.

3. La corruzione senza dazione e la corruzione senza promessa.

L'interpretazione dello schema principale, in termini di progressione criminosa rispetto allo schema sussidiario, come si è visto, è stata più volte affermata dalla giurisprudenza di legittimità²⁴.

Tuttavia, per le ragioni sopra anticipate, l'applicazione di quest'ultimo, specie a fronte della chiara formulazione della fattispecie, non sembra poter ragionevolmente condurre a ritenere comunque integrata la norma penale in assenza dell'elemento costitutivo centrale dello schema principale, ossia la ricezione del denaro o altre utilità, rendendo invece necessaria una interpretazione e conseguente applicazione in termini alternativi e non meramente sussidiari. Precisamente, lo schema sussidiario non sembra poter contemplare e punire forme di manifestazione del reato medesime allo schema principale, ancorché prive della dazione, che ne costituisce il fulcro essenziale, potendo la sanzione penale trovare in questo caso giustificazione appropriata in forme unicamente diverse, ossia non ricomprese nella prima ipotesi²⁵.

L'esegesi della prescrizione penale sembra, in effetti, disvelare uno schema duplice a correlazione alternativa, e non meramente sussidiaria, in cui figurano la corruzione mediante dazione e la corruzione mediante promessa, ed in cui – per entrambe – il legislatore commina una sanzione penale non già perché avviene il modo della corruzione, bensì perché la corruzione si verifica. Appunto: ecco *perché* punire.

Ciò sembra, invero, comportare che esistano due divergenti forme di manifestazione della corruzione, la prima senza promessa, la seconda senza dazione, legate da uno schema a correlazione alternativa, e non duplice o meramente sussidiario.

La corruzione senza promessa, come si è visto sopra, assurge a schema principale. Essa, per quanto si è detto, si compone di due elementi costitutivi: anzitutto, l'elemento indefettibile dell'accordo e, del pari, l'effettiva dazione. La stessa non si

²⁴ V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 11 aprile 2019 (dep. 29 maggio 2019), n. 23823, cit.; Cass., Sez. VI penale, 08 febbraio 2018 (dep. 06 novembre 2018), n. 50081 cit.; Cass., Sez. VI penale, 14 settembre 2017 (dep. 16 gennaio 2018), n. 1754, cit.; Cass., Sez. VI penale, 25 luglio 2017 (dep. 25 ottobre 2017), n. 49056, cit.; Cass., Sez. VI penale, 1° dicembre 2016, (dep. 27 gennaio 2017), n. 4105 cit.; Cass., Sez. VI penale, 28 novembre 2014, (dep. 01 dicembre 2014), n. 50078 cit.; Cass., Sez. VI penale, 3 novembre 2015 (dep. 13 novembre 2015), n. 45468, Macrì, Rv. 265453; Cass., Sez. Un. penali, 25 febbraio 2010 (dep. 21 aprile 2010), n. 15208 cit.

²⁵ V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 9 luglio 2007 (dep. 20 settembre 2007), n. 35118, Fezia, Rv. 237288, in cui la Suprema Corte inquadra come alternativo lo schema sussidiario, specificando che i termini della correlazione alternativa dovessero essere rinvenuti nell'elargizione della dazione, ovvero nel rifiuto di provvedere rispettivamente per lo schema principale e per lo schema sussidiario. Nello stesso senso, v. Cass., Sez. VI penale, 9 luglio 2007 (dep. 20 settembre 2007, n. 35119, Figini; Cass., Sez. VI penale, 9 luglio 2007 (dep. 20 settembre 2007, n. 35220, Linguiti, Rv. 237290; Cass., Sez. VI penale, 19 marzo 1997 (dep. 9 maggio 1997), n. 4300, Carabba, Rv. 208886.

In tema di idoneità della accettazione della mera promessa a condizionare l'agire pubblico v., *ex multis*, Cass., Sez. VI penale, 04 maggio 2006 (dep. 05 ottobre 2006), n. 33435 cit.

compone, invece, della promessa di una elargizione futura, neppure nell'ipotesi di dazione non contestuale all'accordo, poiché lo stesso risulta alternativo alla promessa, in cui la prestazione patrimoniale dell'*extraneus* non appare certa perché, ad esempio, subordinata all'avverarsi di una condizione, oppure incerta od eventuale. Nell'accordo, invece, a ben vedere, la dazione di denaro o altre utilità, ancorché postergata, appare senz'altro certa e pertanto è con essa che ragionevolmente si deve far coincidere la corruzione del pubblico agente: in questo caso, difatti, la convergenza delle volontà verte inequivocabilmente sulla dazione, e la dazione corruttiva trova causa nel comportamento del pubblico agente.

La corruzione senza dazione è, invece, integrata dalla diversa ipotesi di una promessa, in cui l'*intraneus* accetta la possibilità che la condizione non si verifichi, che l'*extraneus* non dia seguito alla promessa, che l'elargizione futura sia eventuale, e ciononostante, nell'accettare la mera promessa, effettivamente si corrompe, anzi è proprio a causa della promessa che si corrompe, a prescindere dalla dazione. Ancora una volta, ecco *perché* punire. In questo caso, la convergenza di volontà non verte, evidentemente, sulla elargizione, come nello schema principale, bensì esclusivamente sulla promessa, che è la causa della corruzione. Solo in questo caso, in effetti, l'eventuale verificarsi della dazione costituisce un "*post factum*" non punibile, giacché la fattispecie delittuosa – e con essa la corruzione – si è già consumata con l'accettazione della promessa²⁶.

4. L'accordo senza corruzione: configurabilità del tentativo.

La natura dell'accordo quale elemento costitutivo dello schema principale della corruzione è stata affermata nei paragrafi che precedono: l'accordo, ossia la pattuizione avente causa illecita ed oggetto definito, tra il privato corruttore e l'*intraneus*, cui segue la ricezione del denaro da parte di quest'ultimo, figura quale elemento indefettibile della fisionomia negoziale assunta dalla fattispecie.

In tale contesto, come non si è mancato di sottolineare sopra, risulta con altrettanta evidenza come a provocare la corruzione sia non già l'accordo, bensì unicamente la dazione, poiché la stessa trova causa nel comportamento del pubblico agente e, viceversa, qualora questo venisse ad esistenza troverebbe causa nella dazione.

Ciò comporta che, nel mercimonio mediante dazione, laddove in seguito all'accordo, l'elargizione non dovesse verificarsi, ancorché pattuita – e, dunque, in base al patto illecito, dovuta –, la corruttela non potrà dirsi effettivamente consumata, ed il fatto potrebbe, al più, degradare ad ipotesi di tentativo²⁷.

²⁶ V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 20 marzo 1990 (dep. 10 luglio 1990), n. 10092, Paludetto, Rv. 184849, in cui la Suprema Corte, diversamente, afferma che l'eventuale sussistenza di condizioni, ovvero il mancato verificarsi delle condizioni cui la dazione era subordinata non incidono sulla consumazione del delitto di corruzione già allo stadio dell'intervenuto accordo corruttivo tra le parti.

²⁷ La rilevanza penale dell'accordo corruttivo e la sua idoneità ad integrare la fattispecie, pure in assenza della concreta dazione è stata più volte affermata dalla giurisprudenza della Suprema Corte, e precisamente

Tale soluzione risulta, invero, possibile in quanto l'accordo costituisce elemento costitutivo del delitto di corruzione, e dunque condizione necessaria, ancorché non sufficiente, ai fini della consumazione del reato, nel suo schema principale, potendosi perciò parlare propriamente di accordo senza corruzione, ossia di corruzione tentata. Viceversa, risulterebbe difficilmente giustificabile la perseguibilità delle "trattative", qualora non si riconoscesse nell'accordo la natura di elemento costitutivo.

La configurabilità del tentativo, in relazione ai delitti di corruzione, è questione controversa, in ragione del difficile rapporto tra l'art. 322 cod. pen. che, come noto, tipizza alcuni fatti intesi come forme di tentativo, e l'art. 56 cod. pen. dalla cui applicazione deriverebbe la punibilità di tutte le altre forme, peraltro con un trattamento sanzionatorio più mite²⁸.

A ben vedere, tuttavia, non vi è ragione di escludere l'applicazione dell'art. 56 cod. pen., tanto in rapporto al delitto di corruzione, tanto in ragione alla fattispecie autonoma di istigazione²⁹.

sia dall'orientamento maggioritario che applica lo schema del reato a consumazione progressiva nel caso di promessa seguita da dazione, sia nel caso dell'orientamento minoritario che considera la dazione un mero "post factum" dell'accordo. In questo senso, v. *ex multis* rispettivamente Cass., Sez. VI penale, 25 febbraio 2013 (dep. 21 marzo 2013), n. 13048, Ferrieri Caputi, Rv. 255605 e Cass., Sez. VI penale, 26 aprile 2004 (dep. 09 giugno 2004, n. 26071, cit.

²⁸ V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 25 febbraio 2013 (dep. 21 marzo 2013), n. 13048, cit. secondo cui, il mancato richiamo dell'art. 322 alla fattispecie di cui all'art. 319 *ter* cod. pen. non impedisce, attesa la natura di fattispecie autonoma del tentativo, di configurarlo in relazione al delitto di corruzione in atti giudiziari. In senso analogo, v. Cass., Sez. VI penale, 6 febbraio 2007 (dep. 24 marzo 2007), n. 12409, Sghinolfi, Rv. 236830, che qualifica l'art. 322 cod. pen. come una incriminazione «diretta» del tentativo.

Tradizionalmente, nel senso di escludere la configurabilità del tentativo, v. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II, Giuffrè, Milano, 1947, p. 263; N. LEVI, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 282; G. MAGGIORE, *Diritto penale*, cit., p. 160; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 194 ss.; O. VANNINI, *Manuale di diritto penale italiano*, II, Giuffrè, Milano, 1949, p. 47. In senso adesivo, invece, v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 654; R. VENDITTI, *Il problema del tentativo nel delitto di corruzione*, in *Giur. it.*, 1951, II, p. 260.

In termini di qualificazione delle fattispecie di cui all'art. 322 cod. pen. come ipotesi specifiche di corruzione tentata v. G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, cit., p. 286; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 239; G. FORNASARI, *Delitti di corruzione*, cit., p. 225; C. F. GROSSO, *sub artt. 318-322*, cit., p. 214; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 260; S. RICCIO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Utet, Torino, 1955, p. 381; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 228; S. SEMINARA, *Cb sub art. 318*, cit., p. 787; R. VENDITTI, voce *Corruzione (delitti di)*, cit., p. 760; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 231.

²⁹ La perseguibilità del tentativo di istigazione è, invero, esclusa da F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 362; G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, cit., p. 208; G. FORNASARI, *Delitti di corruzione*, cit., p. 231; GROSSO, *sub artt. 318-322*, cit., p. 222; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 307; L. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA et al., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 4a Ed., Monduzzi, Bologna, 2006, p. 151. In giurisprudenza, nel senso anzidetto, v. Cass., Sez. VI penale, 19 novembre 1968 (dep. 18 gennaio 1969), n. 1593, Varricchio, Rv. 109976.

In senso adesivo, invece, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 221. Così, in giurisprudenza, Cass., Sez. VI penale, 27 maggio 2009 (dep. 17 settembre 2009), n. 36077, Torre, Rv. 244868; Cass., Sez. VI penale, 18 marzo 1988 (dep. 30 novembre 1988), n. 11680,

Nel caso dell'accordo senza corruzione, ossia allorché non segua la effettivazione, non può non riconoscersi la rilevanza penale della condotta attiva di entrambi i partecipi, *intraneus* ed *extraneus*, nel porre in essere atti idonei diretti in modo non equivoco alla commissione del reato. Essa, tuttavia, non potrà integrare – come si è detto – gli estremi del delitto consumato, difettando l'elemento costitutivo della ricezione, bensì potrà risultare pienamente perseguibile, presentando i tratti propri del tentativo, a norma dell'art. 56 cod. pen.

Invece, non sembra potersi collocare all'interno di tale fattispecie l'ipotesi della trattativa poi fallita. Infatti, non costituendo l'accordo un delitto consumato di corruzione, le trattative avviate senza successo per il suo raggiungimento costituirebbero il tentativo di un tentativo, e dunque non perseguibili penalmente. Tuttavia, a ben vedere, proprio il fallimento delle trattative disvela la reale natura delle condotte poste in essere dai concorrenti necessari, le quali altro non sono che singoli fatti di istigazione, non accettati dalla controparte, costituendo non già un tentativo di accordo (tentativo del tentativo), bensì autonomi delitti consumati di istigazione, perseguibili a norma dell'art. 322 cod. pen.³⁰.

Sul punto va osservato che la Suprema Corte ha, invero, ricondotto il fallimento delle trattative alla diversa ipotesi di tentativo³¹. Tuttavia, per quanto si è anticipato, nel rifiuto delle condizioni prospettate e nella formulazione di una controproposta parimenti rifiutata non sembrano, invero, rinvenibili i caratteri della condotta bilaterale, affatto necessari per ritenere integrata la fattispecie di cui all'art. 56 cod. pen.³². In tale contesto, semmai, emerge manifesta la ragione del *perché* punire, e, precisamente, in questo caso, la stessa attiene all'istigazione (reciproca) non accolta, non anche all'aver condotto le trattative naufragate³³.

Bottero, Rv. 179820; Cass., Sez. II penale, 15 aprile 1985 (dep. 4 settembre 1985), n. 7867, Scarpati, Rv. 170288. Specificamente, sul punto, v. A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2013, p. 690 in cui l'A. giudica «irricevibile» la critica proveniente dal GRECO, circa la mancata espressa criminalizzazione della semplice offerta o sollecitazione non seguite dalla stipula del patto, sia sotto il profilo della estraneità alla disciplina di parte generale, sia per l'adeguatezza della previsione di cui all'art. 322 cod. pen. Nel solco dell'osservazione autorevole, in questa sede si può aggiungere che proprio nell'art. 322 cod. pen., e nella configurabilità del tentativo di istigazione (in assenza, perciò, dell'elemento del rifiuto) si debbano individuare le condizioni che consentono di ritenere rispettata la Convenzione di Strasburgo.

³⁰ V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 21 gennaio 2003 (dep. 11 marzo 2003), n. 11382, Matranga, Rv. 224260, secondo cui la reiterata richiesta del pubblico ufficiale, sempre rifiutata dall'*extraneus*, non costituisce ipotesi di tentativo, bensì di istigazione ai sensi dell'art. 322 cod. pen.

³¹ In tema di configurabilità del tentativo nei reati accordo, specificamente con riguardo al delitto di arruolamento (art. 270-*quater* cod. pen.), ma con argomentazioni sovrapponibili alla materia di cui si parla in questa sede v. M. PELISSERO, *La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2020, p. 745.

³² V., sul punto, Cass., Sez. V penale, 17 dicembre 2018 (dep. 21 febbraio 2014), n. 8426, Rapicano, Rv. 258988, secondo cui il tentativo non è configurabile se difetta l'elemento soggettivo di uno dei contraenti del patto illecito, stante la struttura bilaterale e unitaria della corruzione.

³³ Il riferimento è a Cass., Sez. VI penale, 1° giugno 2017 (dep. 4 agosto 2017), n. 38920, Cardone, Rv. 271037, in cui la Suprema Corte, in relazione al delitto di corruzione in atti giudiziari, sussume le trattative fallite nella fattispecie di tentativo, statuendo la perseguibilità del comportamento attivo dei correi nella partecipazione alle stesse. Tale impostazione non appare, invero, condivisibile giacché l'esistenza stessa

Del resto, la perseguibilità dell'*intraneus* che non si precipiti, senza indugio, a rifiutare l'accordo proposto dall'aspirante corruttore, secondo lo schema prospettato dalla giurisprudenza ed appena richiamato, non sembra assumere i tratti del tentativo: l'ascolto e la presa in esame della proposta, nonché l'eventuale richiesta di specificazioni, da parte di questi, costituiscono atti propedeutici tanto all'accettazione, tanto al rifiuto dell'accordo, da non potersi rimproverare all'agente di essere colpevole del «reato di lentezza». Viceversa, se al rifiuto seguisse una controproposta, parimenti non accolta, risulterebbe evidente la riproposizione della condotta di istigazione, in cui il rifiuto – stavolta – si concretizzerebbe dal lato dell'*extraneus*.

Perciò, mentre le trattative andate in porto costituirebbero una ipotesi di tentativo a norma dell'art. 56 cod. pen., il fallimento delle trattative instaurate unilateralmente potrebbe condurre alla perseguibilità del solo istigatore, sia esso l'*intraneus* ovvero l'*extraneus*, e – viceversa – qualora la controparte abbia assunto, in risposta, analogo comportamento di istigazione, entrambi risulterebbero perseguibili, ciascuno per la propria condotta plurisoggettiva impropria.

La sede non consente di indugiare su due delle possibili obiezioni alla soluzione appena proposta.

Anzitutto, il rapporto tra le due fattispecie. È, difatti, ben immaginabile che – al netto di ipotesi elementari – la formazione dell'accordo possa essere preceduta da rifiuti reciproci per ragioni di diversa natura, come ad esempio l'entità della tangente o le modalità di consegna della stessa. Va da sé che la semplice interlocuzione priva di specificità sugli elementi dell'accordo non consente di ritenere integrata l'ipotesi di tentativo di corruzione, dovendo – semmai – essere ricondotta al tentativo di istigazione. Diversamente, il superamento del rifiuto di una proposta iniziale con l'accettazione di una nuova su cui si verifica la convergenza di volontà integrerebbe due diverse ipotesi delittuose, la prima unilaterale, punibile ai sensi dell'art. 322 cod. pen., la seconda – invece – bilaterale, punibile ai sensi del combinato disposto della fattispecie principale e l'art. 56 cod. pen. In tal caso, apparirebbe del tutto privo di razionalità l'assorbimento nella fattispecie di tentativo delle condotte prodromiche, tanto più che punite più severamente.

Ciò porta immediatamente alla seconda possibile obiezione, invero suggestiva più che conducente, secondo cui potrebbe risultare privo di razionalità il trattamento sanzionatorio astrattamente più favorevole per l'ipotesi di tentativo, dal momento che, per i concorrenti perseguibili per l'accordo, il Codice comminerebbe una cornice edittale meno severa rispetto a quella per l'autore della condotta unilaterale. In realtà, tale obiezione concluderebbe per privilegiare la finalità retributiva della pena, in luogo di quella rieducativa. Invece, a ben vedere, necessita di una sanzione più grave la condotta unilaterale di istigazione, dal momento che il compimento della corruzione è impedito

delle trattative rende particolarmente incerto e, dunque, improbabile che si arrivi alla effettiva corruzione, come difatti viene confermato dal fallimento delle stesse. Il fatto perseguibile, perciò, non va individuato nella partecipazione alle trattative, bensì più correttamente, nell'istigazione non accettata.

unicamente dal rifiuto del concorrente putativo, non già dalla mancata elargizione o ricezione della tangente³⁴.

Pertanto, nell'accordo si dovrà identificare non già la consumazione del delitto di corruzione, come attualmente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, bensì la soglia di rilevanza penale dei comportamenti alla stessa conducenti, ascrivendo agli stessi la qualità di tentativo e relegando le condotte prodromiche prive di convergenza nell'alveo del delitto di istigazione, a seconda dei casi, consumata o tentata.

5. La corruzione senza accordo: dell'irrelevanza penale e delle altre ipotesi.

I «contratti di corruzione» sublimano nell'accordo, della cui natura di elemento costitutivo, ancorché pretermesso, non può più dubitarsi allo stato dell'arte, e precisamente alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni penali in commento. L'indagine, perciò, non può che proseguire sull'esito processuale della condotta priva di tale elemento, ossia priva della convergenza di volontà in merito al trasferimento di denaro o altre utilità tra il corruttore e l'*intraneus*. In altre parole, circa la corruzione senza l'accordo.

Lo schema principale, come si è visto, impone di considerare la ricezione quale unico momento di consumazione del reato. Del resto, se le parti convengono il mercimonio dietro pagamento, la corruzione del pubblico ufficiale potrà considerarsi effettivamente compiuta solo dopo che questi abbia ricevuto l'elargizione concordata, dovendo altrimenti considerarli puniti per «l'accordo corruttivo» anziché per la «corruzione», e ciò diversamente da quanto previsto dal testo di legge.

Ancorché insufficiente per ritenere consumata la fattispecie principale, l'accordo risulta tuttavia indefettibile per ritenere integrata l'ipotesi di tentativo, a norma dell'art. 56 cod. pen. La mancanza dell'accordo esclude, invece, *in toto* l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 318 e 319 cod. pen. rendendo al più applicabile la fattispecie

³⁴ V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 27 maggio 2009 (dep. 17 settembre 2009), n. 36077, Torre, Rv. 244868 in cui il tema è stato affrontato sotto una differente prospettiva, tuttavia con osservazioni egualmente pertinenti in questa sede, ossia che la diversa configurazione delle cornici edittali «discende dalla volontà del legislatore di realizzare – attraverso un più grave trattamento sanzionatorio – una più efficace tutela contro il pericolo che l'offerta o la promessa di terzi possano essere accettate dal pubblico ufficiale, con il conseguente grave turbamento della funzione pubblica o della concreta attività della pubblica amministrazione».

In materia di qualificazione della fattispecie di cui all'art. 322 cod. pen. come reato di pericolo v. Cass., Sez. VI penale, 25 febbraio 2004 (dep. 05 maggio 2004), n. 21095, Barhoumi, Rv. 229022; Cass., Sez. VI penale, 29 gennaio 1998 (dep. 02 marzo 1998), n. 2678, Lupo, Rv. 210360; Cass., Sez. VI penale, 30 novembre 1995 (dep. 14 marzo 1996), n. 2716, Varvarito, Rv. 204124; Cass., Sez. VI penale, 15 dicembre 1989 (dep. 13 aprile 1990), n. 5439, Destito, Rv. 184039; Cass., Sez. II penale, 15 aprile 1985 (dep. 4 settembre 1985), n. 7867, cit.; Cass., Sez. VI penale, 14 febbraio 1985 (dep. 04 aprile 1985), n. 3167, Daluiso, Rv. 168600; Cass., Sez. VI penale, 19 giugno 1981 (dep. 13 ottobre 1981), n. 8785, Argenti, Rv. 150455.

Viceversa, in tema di qualificazione della fattispecie di cui all'art. 319 cod. pen. come reato di danno, a differenza del reato di corruzione per l'esercizio della funzione, v. da ultimo Cass., Sez. VI penale, 22 ottobre 2019, (dep. 12 giugno 2020), n. 18125 cit.

di istigazione di cui all'art. 322 cod. pen., nella forma consumata – nel caso sia già intervenuto il rifiuto – ovvero, nella forma tentata.

La natura alternativa dello schema sussidiario, del pari, esclude che in mancanza della dazione la corruzione possa ritenersi consumata con il mero accordo, dovendosi parlare in questo caso di accordo senza corruzione, e ricadendo lo stesso nello schema principale. Come si è visto, tuttavia, è ben possibile la corruzione senza dazione, laddove avvenga mediante la promessa di denaro o altre utilità e la stessa sia «condizionata». In questo caso, infatti, il bene giuridico tutelato dalla fattispecie sarà posto in pericolo non già dalla dazione, che appare incerta e potrebbe anche non venire mai ad esistenza, ma piuttosto dall'accettazione della mera promessa, poiché in tale caso il mercimonio non sarà ancorato alla elargizione, bensì alla eventualità che essa avvenga. Conseguentemente, la corruzione potrà ritenersi integrata pure in assenza di accordo laddove, al posto dello stesso, il pubblico ufficiale si sia corrotto mediante l'accettazione della promessa condizionata (ad esempio, al compimento dell'atto d'ufficio).

L'elemento dirimente tra le due ipotesi alternative di corruzione è, come si nota, l'incertezza dell'elargizione: solo nel caso in cui il denaro o le altre utilità siano condizionatamente promesse, e non anche concretamente offerte, l'accettazione del pubblico ufficiale è suscettibile di integrare la fattispecie principale di cui agli artt. 318 e 319 cod. pen., nella forma contemplata dallo schema alternativo. Diversamente, la dazione senza accordo non potrà che ricadere nell'alveo dei comportamenti privi di rilevanza – a norma delle fattispecie di corruzione –, giacché difetterebbe di ragionevolezza punire il p.u. senza che il bene giuridico protetto da tali disposizioni sia non già lesa, ma anche solo messo in pericolo. In particolare, giova osservare che il buon andamento dell'amministrazione potrà risultare in pericolo unicamente laddove la dazione sia causalmente collegata all'atto od al comportamento del pubblico agente e, dunque, solo nel caso in cui la stessa sia sorretta dall'accordo con l'*extraneus*. Altrimenti, l'indebita percezione di denaro od altre utilità da parte del p.u. – in assenza di un collegamento causale con l'atto, e dunque in mancanza di accordo – finirebbe per ledere esclusivamente l'obbligo di «fedeltà» di questi verso l'amministrazione di appartenenza³⁵.

³⁵ In materia di oggettività giuridica, è opinione nettamente prevalente in dottrina che le fattispecie di corruzione siano poste a tutela dell'imparzialità e/o del buon andamento. V., sul punto, G. BALBI, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, cit., p. 35; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 232; V. MANES, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, fasc. 3, p. 947; M. B. MIRRI, *La corruzione dopo la riforma*, in F. COPPI (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 88; R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 305; F. TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 170; G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. Pen.*, 1979, II, p. 326.

Non sembra invece accoglibile la tesi per cui il bene giuridico andrebbe identificato nell'obbligo di fedeltà, dal momento che la stessa risulterebbe lesa già nella dazione non sorretta da accordo che – per quanto si è detto – rimane priva di rilevanza penale. V., sul punto, criticamente A. FIORELLA, *Sui rapporti tra bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in A. M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, p. 198. Per le stesse argomentazioni, non risulta convincente la tesi della ispirazione esclusiva delle pubbliche funzioni, pure autorevolmente sostenuta. V., sul punto, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica*

È pur vero che la prova del collegamento causale della dazione con l'accordo e, prima ancora, la prova che lo stesso sussista effettivamente possano risultare di difficile accertamento, con l'effetto indesiderato di «ingabbiare» il reato, anziché il suo autore. Tuttavia, al netto dell'immagine appena proposta – senz'altro da respingere in una più contemporanea concezione dello *ius terribile* – una applicazione delle fattispecie aderente al principio di offensività non sembra poter prescindere dall'accertamento dell'accordo³⁶.

Il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici provvede affinché la violazione dell'obbligo di «fedeltà» sia adeguatamente sanzionata, prevedendo – all'Art. 4 – che, da parte del funzionario, non possano essere sollecitate regalie di alcun tipo, né accettate (salvo che per i regali d'uso e di modico valore), costituendo altrimenti un illecito disciplinare³⁷.

amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali, cit., p. 159.

Risultano, del pari, non condivisibili le tesi della lesione al prestigio della P.A. o della fiducia nei cittadini nella stessa, le quali pur astrattamente idonee a motivare una richiesta di danni risultano comunque estranee al punto focale dell'oggettività giuridica. *Contra*, sul primo punto, v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 227; F. GRISPIGNI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 164; N. LEVI, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 310; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 212. Sul secondo punto, v. R. BARTOLI, *Il nuovo assetto della tutela a contrasto del fenomeno corruttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 348; G. FORTI, *Unicità o ripetibilità della corruzione sistemica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione "sostenibile" dei crimini politico-amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 1092; C. F. GROSSO, M. PELISSERO, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 265; S. SEMINARA, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, cit., p. 974; R. VENDITTI, voce *Corruzione (delitti di)*, cit., p. 753.

³⁶ V., di recente, C. Appello di Milano, Sez. II penale, Sent. 15 aprile 2020 (Ud. 15 gennaio 2020), n. 286, Presidente Ondei, Relatore Boselli, proc. Bernini in *Giur. Pen. Riv. Trim.* con nota di L. SCOLLO, *I limiti sostanziali e processuali del reato di corruzione internazionale. Note a margine della sentenza della Corte d'Appello di Milano sul caso ENI-Saipem in Algeria*, fasc. 2, 2020, p. 135 ss. in cui la Corte, decidendo in materia di corruzione internazionale, ai sensi dell'art. 322 bis cod. pen., ha pronunciato l'assoluzione di tutti gli imputati ritenendo non sufficientemente la prova dell'accordo corruttivo.

³⁷ V., sul punto, l'Art. 4 del D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (in *Gazz. Uff.*, 4 giugno 2013, n. 129). – Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, in cui peraltro – al comma quinto – si quantifica in euro 150,00 la soglia oltre la quale il bene ricevuto non può essere considerato di «modico» valore, dovendo lo stesso essere perciò posto a disposizione dell'Amministrazione per essere restituito ovvero devoluto per finalità istituzionali.

Nel senso di qualificare la disposizione del Codice di comportamento come causa di esclusione dell'antigiuridicità v. L. SCOLLO, *Pecuniae obediunt omnia. L'irrilevanza penale delle utilità prive (o quasi) di valore economico*, in *Cass. pen.*, fasc. 10, 2015, p. 3581. In questo senso, v. Cass. Sez. VI penale, 10 febbraio 2017 (dep. 21 aprile 2017), n. 19319, Liocco, Rv. 269836, secondo cui «è stato lo stesso legislatore a prevedere eccezioni per i *munuscula* o donativi di modico valore (secondo il D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, da identificarsi per i pubblici dipendenti nell'ordine massimo di 150 euro), così escludendo la rilevanza penale dell'accettazione di utilità provenienti dal privato nell'ambito delle normali relazioni di cortesia».

In argomento, già D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, suppl. n. 11, p. 8 rilevava come sullo sfondo della disposizione riformata di cui all'art. 318 cod. pen. stava la previsione di inserire nel Codice di comportamento tale limite.

In giurisprudenza, circa l'irrilevanza penale dei donativi di modesto valore, v. *ex multis* Cass., Sez. VI penale, 09 luglio 2002 (dep. 05 settembre 2002), n. 30268, Rossi, Rv. 222746, nel senso di escludere la rilevanza penale dei *munuscula* solo in relazione ad atti conformi ai doveri d'ufficio, e non anche in relazione al più grave reato di cui all'art. 319 cod. pen. In argomento, v. anche – di recente – Cass. Sez. VI penale, 23 ottobre 2019 (dep. 15 novembre 2019), n. 46494, Faleburle, Rv. 277680, secondo cui non già il «valore» della cosa di per

In una prospettiva *de iure condito*, perciò, appare chiara e razionale la differenza tra la percezione di somme di denaro o di altre utilità, non sorretta da alcun collegamento causale con il comportamento del pubblico agente, per cui quest'ultimo potrà incorrere in una responsabilità di tipo disciplinare, e analogo comportamento in presenza di un accordo con l'*extraneus*, dal quale deriva, invece, una responsabilità di tipo penale a carico di entrambi.

Altresì, appare chiara la configurabilità di una responsabilità di tipo penale, in capo all'*extraneus*, nell'eseguire una dazione corruttiva rimasta priva di accordo, ovvero insuscettibile di trovare sufficienti elementi di prova in giudizio, ma non anche priva di causa, essendo la condotta dell'agente provvista degli elementi necessari per poter essere sanzionata a norma del combinato disposto degli artt. 322 e 56 cod. pen. quale (istigata) corruzione senza accordo.

6. L'accertamento dell'accordo.

Il tema posto nei paragrafi precedenti riguarda la natura di elemento costitutivo indefettibile dell'accordo, in mancanza del quale – ad eccezione dello schema alternativo, costituito dalla promessa condizionata – non può ritenersi configurato il delitto di corruzione, pure in presenza dell'accertamento della dazione di denaro od altre utilità. Altri temi sono la prova dell'accordo, il grado di definizione e la manifestazione esplicita dello stesso, nonché la sua verificabilità in giudizio, in osservanza del principio di precisione delle prescrizioni penali, che pure – come vedremo – hanno rilevanza decisiva in tema di concorso di norme, di reati e di persone nel reato³⁸.

6.1. La prova della dazione come prova dell'accordo.

Il punto di partenza del ragionamento, in questa sede, non può che essere l'accertamento della sussistenza dell'accordo, in mancanza del quale la dazione non può

sé, bensì l'inidoneità rispetto alla compravendita della funzione può escludere la sussistenza del reato più grave; Cass., Sez. VI penale, 04 novembre 2015 (dep. 19 gennaio 2016), n. 1935, Shirman, Rv. 266498, secondo cui seppur di modesto valore, costituisce reato la promessa dotata di sufficiente serietà.

In dottrina, v. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 225 in cui l'A. osserva la mancanza di una ragione decisiva per trattare l'argomento diversamente nelle due fattispecie principali di corruzione.

³⁸ V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 28 aprile 2017 (dep. 18 luglio 2017), n. 35219, Re, Rv. 270856, in cui la Corte precisa che la corresponsione di denaro in epoca successiva all'ottenimento dell'atto di cui al previo accordo corruttivo costituisce, invero, corruzione propria antecedente, giacché il pagamento costituisce la mera esecuzione, e non già la consumazione, del delitto perfetto in tutti i suoi elementi al momento della pattuizione. La statuizione, che risponde alla corrente interpretazione giurisprudenziale delle fattispecie di corruzione, sebbene non condivisibile sotto molti aspetti, pone in luce la centralità dell'accordo e del suo esatto accertamento. V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 06 maggio 2016 (dep. 20 settembre 2016), n. 39008, cit. in cui espressamente la Corte richiede la prova dell'accordo.

– secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità – costituire fatto di rilevanza penale. La prova dell'accordo è, perciò, indispensabile per collegare la dazione alla causa illecita in funzione della quale essa è venuta ad esistenza, e dunque a giustificare il rimprovero penale dell'ordinamento nei confronti degli autori dell'illecito³⁹.

Sul punto, come si è già osservato, va rimarcato che la dazione non costituisce mera esecuzione dell'accordo già reato, nella prospettazione letterale della fattispecie penale, bensì è l'esecuzione dell'accordo – mediante la dazione – ad integrare l'illecito che le disposizioni di cui agli artt. 318 e 319 cod. pen. puniscono in via principale. Perciò, la portata della dazione non risulta affatto neutra nell'ottica di accertamento del fatto, costituendo anzitutto il momento centrale di consumazione del reato.

Da ciò deriva, inevitabilmente, l'idoneità della prova circa l'esecuzione, accertata la mancanza di elementi contrari, ad avere capacità indiziaria e probante del suo presupposto logico, ossia della sussistenza dell'accordo cui viene data per l'appunto attuazione, mediante la documentata attività di pagamento. Tale soluzione, a ben vedere, non costituisce un salto logico nell'accertamento dei fatti, poiché la prova della dazione effettivamente coincide con la prova dell'esecuzione dell'accordo, e pertanto non potrà che avere valenza indiziaria circa la sussistenza dello stesso⁴⁰.

Il ragionamento, tuttavia, non potrà spingersi sino a ritenere dimostrata la corruzione già in funzione dell'evidenza del pagamento, ancorché ne sia apprezzata la natura indebita, venendo meno altrimenti la prova dell'elemento costitutivo dell'accordo, che ben potrà essere pretermesso nella descrizione del fatto tipo, ma non anche nell'accertamento dello stesso⁴¹.

³⁹ V., sul punto, Sez. VI penale, 06 maggio 2016 (dep. 20 settembre 2016), n. 39008, cit.; Cass., Sez. VI penale, 7 novembre 2011 (dep. 7 febbraio 2012), n. 5017, cit.; Cass., Sez. VI penale, 25 marzo 2010 (dep. 28 giugno 2010), n. 24439, Bruno, Rv. 247382; Cass., Sez. VI penale, 15 maggio 2008 (dep. 28 agosto 2008), n. 34417, Leoni, Rv. 241082; Cass., Sez. VI penale, 15 maggio 2008 (28 agosto 2008), n. 34415, cit. secondo cui «*ai fini dell'accertamento del reato di corruzione propria, nelle ipotesi nelle quali la dazione di denaro o di altra utilità in favore del pubblico ufficiale risulti contabilizzata e documentata, è necessaria la prova del "pactum sceleris" intervenuto tra soggetto corruttore e pubblico ufficiale corrotto, nel senso che deve essere dimostrato che il compimento dell'atto, contrario ai doveri di ufficio, è stato la causa della prestazione dell'utilità e della sua accettazione da parte del pubblico ufficiale, non essendo quindi sufficiente a tali fini la mera circostanza della intervenuta dazione di utilità*».

⁴⁰ La valenza indiziaria della prova della dazione è stata più volte affermata dalla giurisprudenza di legittimità. V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 22 giugno 2017 (dep. 13 settembre 2017), n. 41768 cit.; Cass., Sez. VI penale, 18 luglio 2017 (8 agosto 2017), n. 39020, cit., secondo cui «*la prova della dazione indebita di una utilità in favore del pubblico ufficiale ben può costituire, logicamente, un indizio in tal senso, di per sé solo tuttavia insufficiente a dare contezza che essa sia preordinata al comportamento antidoveroso del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di pubblico servizio): donde la necessità di un più robusto costruito probatorio, che, in assenza di una prova diretta, si conformi al principio dettato dall'art. 192 c.p.p., comma 2, in ambito indiziario*».

⁴¹ V., sul punto, A. D'AVIRRO, *Il delitto di corruzione per l'esercizio delle funzioni*, in A. D'AVIRRO et al., *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 180 in cui – diversamente – l'A. osserva che «*mentre nel caso di dazione episodica non si possa prescindere dalla prova dell'accordo, soprattutto se la prestazione sia di modesta entità, nei casi di dazione continuata, che si prolungano nel tempo e di reciproche reiterate ricezioni di denaro o di altra utilità da parte del pubblico ufficiale, viene a crearsi una situazione oggettiva che testimonia l'esistenza dell'accordo*».

Tale assunto non può tuttavia essere condiviso, dovendosi fermamente respingere l'approccio di chi volesse desumere la prova della sussistenza di un fatto dalla sua ipotizzata reiterazione nel tempo, ed essendo invece necessario riaffermare con forza – in questa sede – l'assoluta necessità che ciascuna delle ipotesi di

Il mancato accertamento della sussistenza dell'accordo corruttivo, dunque, preclude l'affermazione di responsabilità penale. Ma vi è di più. Come vedremo di seguito, l'identificazione dell'oggetto dell'accordo è, inoltre, necessaria ai fini dell'applicazione della disciplina sul concorso. L'imprecisa o insufficiente determinazione della causa dell'accordo può precludere alla applicazione della pena prevista dal più grave reato di corruzione propria. L'identificazione dei soggetti che vi partecipano può, infine, incidere sull'applicazione delle norme sul concorso di persone nel reato. Per tali motivi, giova sottolineare la centralità dell'accordo e del suo esatto accertamento ai fini dell'applicazione dei reati di corruzione.

6.2. L'oggetto dell'accordo ed il concorso di reati.

Lo schema alternativo impone l'accettazione di una promessa condizionata concernente somme di denaro od altre utilità. Tuttavia, il loro concreto trasferimento dall'*extraneus* al pubblico ufficiale, come si è visto, risulta privo di rilevanza ai fini della configurazione del delitto di corruzione, essendo la stessa già avvenuta attraverso l'accettazione della promessa.

Diversamente, nell'ambito dello schema principale – in cui, evidentemente, la corruzione si consuma con il trasferimento del bene o del denaro – risulta essenziale comprendere il rapporto di corrispondenza tra la dazione e l'accordo, per la qualificazione del fatto di reato. È ben possibile, infatti, che la stessa sia differita o dilazionata rispetto al momento della pattuizione. In tal caso, occorrerà determinarne la rispondenza rispetto alla previa conclusione dell'accordo illecito. Del pari, anche nel caso di corresponsione immediata potrà risultare determinante, ai fini dell'applicazione delle regole sul concorso di reati, comprendere il rapporto tra la elargizione monetaria od i beni consegnati e il patto corruttivo, ben potendo lo stesso costituire una unità definita, ovvero una pluralità di accordi, ovvero una pattuizione generica, con le rispettive conseguenze⁴².

reato trovi puntuale dimostrazione processuale: ciò, non solo per esigenza intellettuale, perché – parafrasando Ezra Pound – «ogni uomo ha diritto a che le sue [azioni] vengano esaminate una alla volta», ma più semplicemente (si fa per dire) perché rispetto al principio per cui *nulla poena, sine iudicio* non è accettabile alcun arretramento (cfr. CICERONE, *Orationes. De domo sua*, 33 «*nihil de capite civis aut de bonis sine iudicio*»).

⁴² V., sul punto, di recente Cass., Sez. VI penale, 7 ottobre 2020 (dep. 23 ottobre 2020), n. 29549, cit., pronunciata proprio in tema di concorso di reati, ha ribadito che la pluralità di atti compiuti dal pubblico agente non costituisce elemento dirimente ai fini della individuazione di una pluralità di violazioni della norma penale. Lo stesso anche in presenza di plurime elargizioni, differite nel tempo, in corrispondenza dei medesimi, dal momento che ad assumere rilevanza decisiva è l'unicità della pattuizione, ovvero la sussistenza di più accordi di corruzione.

Nello stesso senso, v. Cass., Sez. VI penale, 04 maggio 2006, (dep. 05 ottobre 2006) n. 33435 cit.; Cass., Sez. VI penale, 28 ottobre 2004 (dep. 06 dicembre 2004), n. 47191, Rv. 230465 Lacatena; Cass., Sez. VI penale, 25 gennaio 1982 (dep. 16 giugno 1982), n. 5913, cit. In senso adesivo, in dottrina, v. *ex multis* M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 174.

In senso contrario v. Cass., Sez. VI penale, 20 maggio 1988 (dep. 30 luglio 1998), n. 8854, De Michelis, Rv. 212003; Cass., Sez. VI penale, 19 marzo 1997 (dep. 9 maggio 1997), n. 4300, cit.; Cass., Sez. V penale, 13

L'oggetto dell'accordo, di norma, sarà costituito dalla consegna di quantità monetarie e/o di beni, causalmente collegati all'esercizio ed anche all'asservimento dei poteri e delle funzioni del pubblico ufficiale, perciò punibile ai sensi dell'art. 318 cod. pen., nella sua attuale formulazione⁴³.

La circostanza che, come si è visto, il momento consumativo debba coincidere con la dazione, anziché con l'accordo, non sembra poter condurre alla conclusione che, in mancanza di un completo pagamento, ad esempio perché frazionato nel tempo, la corruzione non possa dirsi pienamente consumata, essendo la consumazione senz'altro iniziata con la prima dazione. Al contrario, semmai, potrà concludersi che la pluralità di pagamenti determinerà l'approfondimento dell'offesa tipica, consolidando la corruzione del pubblico agente, in funzione del completamento della consegna del denaro pattuito. La pluralità di azioni, tuttavia, sarà comunque sussumibile in un unico fatto di reato, dal momento che pretendere il completamento del pagamento significherebbe trasformare il delitto in commento in un reato il cui evento dovrebbe coincidere non già con la ricezione del denaro, bensì con la corruzione come conseguenza della stessa, elemento invero non previsto dalla fattispecie incriminatrice⁴⁴.

Sul punto, va osservato che la pluralità di elargizioni, già nell'attuale contesto interpretativo, come si è detto, non integra di per sé una pluralità di delitti. Ciò potrà avvenire, viceversa, solo dopo aver accertato che le dazioni esorbitano dall'oggetto dell'accordo originario, con onere probatorio a carico dell'organo di accusa, al quale spetta eventualmente di dimostrare che le parti siano andate oltre l'iniziale pattuizione, quanto all'oggetto, con la stipula di un nuovo accordo, ovvero la novazione di quello precedentemente assunto.

dicembre 1993 (dep. 16 febbraio 1994), n. 1899, Agostinelli, Rv. 197723; Cass., Sez. I penale, 03 febbraio 1970 (dep. 06 agosto 1970), n. 203, Paloschi, Rv. 115092.

⁴³ La formulazione dell'art. 318 cod. pen., antecedente alla l. 190 del 6 novembre 2012, com'è noto, rendeva la dazione causalmente collegata al compimento di un atto conforme ai doveri d'ufficio. La sua riformulazione nel senso di prevedere la perseguibilità della corruzione per l'esercizio della funzione rende, perciò, l'oggetto della pattuizione orientato di *default* a retribuire il pubblico ufficiale per l'asservimento. In tale contesto, la pluralità di elargizioni, ancor più se identiche e periodiche, ne costituirà una manifestazione connaturale, rendo semmai evidente la riconducibilità delle azioni ad una violazione unitaria della fattispecie. V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 27 novembre 2015 (dep. 22 gennaio 2016), n. 3043, Esposito, Rv. 265619 secondo cui «in tema di corruzione, l'art. 318 cod. pen. (nel testo introdotto dalla legge 6 novembre 2012, n. 190) ha natura di reato eventualmente permanente se le dazioni indebite sono plurime e trovano una loro ragione giustificatrice nel fattore unificante dell'asservimento della funzione pubblica». In senso conforme, v. Cass., Sez. VI penale, 25 settembre 2014 (dep. 26 novembre 2014), n. 49226, Chisso, Rv. 261355.

⁴⁴ Il tema, invero, è già stato sollevato dalla Corte di Cassazione, nell'ermeneutica dello schema duplice, osservando che – nel momento della ricezione del denaro – il pubblico ufficiale provvedeva ad approfondire l'offesa tipica, già recata con la stipula dell'accordo corruttivo. Tuttavia, come si è visto, l'offesa viene ad esistenza unicamente con la ricezione del denaro od altre utilità. Perciò, a ben vedere, un approfondimento della stessa sarà ravvisabile in caso di prestazioni frazionate nel tempo. V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, 28 novembre 2014 (dep. 01 dicembre 2014), n. 50078, cit.; Cass., Sez. Un. penali, 25 febbraio 2010 (dep. 21 aprile 2010), n. 15208 cit.; Cass., Sez. VI penale, 04 maggio 2006 (dep. 05 ottobre 2006), n. 33435 cit., secondo cui «con l'effettiva prestazione si concretizza l'attività corruttiva e si approfondisce l'offesa tipica del reato».

Un'ipotesi diversa è costituita, invece, dalle plurime elargizioni previste da un accordo originario di massima che, ad esempio, fissa la quantità della "tangente" in misura *standard* per il futuro, costituendo una sorta di accordo di «corruzione a chiamata». In questo caso, ancorché l'accordo appaia unitario, esso disvela una vera e propria pattuizione omnicomprensiva ed «aperta», in cui il pubblico ufficiale, sostanzialmente, accetta l'asservimento della propria funzione dietro il pagamento di un corrispettivo prestabilito, ovvero di più elargizioni di volta in volta decise dall'*extraneus*. Nel primo caso, il concorso di reati sarà possibile unicamente nell'ipotesi in cui l'organo di accusa riuscirà a provare l'esistenza di più accordi corruttivi, il cui oggetto coincida con le singole elargizioni, dovendosi considerare viceversa il fatto e, dunque, la violazione della disposizione penale come unitari⁴⁵.

Tuttavia, a ciò va aggiunto che, nell'ipotesi di corruzione «a chiamata» per atti contrari ai doveri d'ufficio, pur essendo l'oggetto della dazione predeterminato per entità e modalità di elargizione, non può dubitarsi della mancanza di unicità nella violazione della norma penale, essendo la stessa più volte eseguita, ancorché con identica e predeterminata fisionomia. Ancora una volta, diversamente opinando si finirebbe per mutare la ragione della punizione, precisamente deviando dalla corruzione all'accordo corruttivo, a tacer del fatto che, nella singola «chiamata», non appare ravvisabile una mera esecuzione di un accordo già perfetto, bensì sono chiaramente rinvenibili i tratti di un accordo autonomo, ancorché alcune condizioni – come l'importo da versare – siano già state oggetto di trattativa, e giacché la loro accettazione viene rinnovata mediante la nuova dazione. Merita di essere appena sottolineato che, in questo caso, sarà onere dell'accusa dimostrare che la pattuizione iniziale non prevedesse già come oggetto l'intera somma corrisposta, ancorché frazionata nel tempo, e che invece l'accordo concluso tra i correi fosse volontariamente «aperto» a future adesioni ed integrazioni, di volta in volta decise dall'*extraneus*⁴⁶.

⁴⁵ V., sul punto, Cass., Sez. VI penale, del 17 febbraio 1996 (dep. 19 aprile 1996), n. 4108, Carboni, Rv. 204435, secondo cui la stipulazione di un patto corruttivo «aperto» alla futura adesione dei nuovi amministratori delegati dell'impresa comporta, in caso di pagamenti illeciti da parte di questi ultimi, il concorso nel delitto in commento, non potendo gli stessi essere qualificati come mera esecuzione di un accordo già concluso, e dunque un *post factum* non punibile.

Tale pronuncia è stata resa in materia di corruzione propria e nel contesto della precedente formulazione dell'art. 318 cod. pen. Tuttavia, contiene un principio ancora oggi condivisibile, specie alla luce della novella intervenuta nell'articolo da ultimo citato, a norma del quale – a ben vedere – dovrebbero qualificarsi i pagamenti elargiti, fintanto che gli stessi costituiscano l'adempimento dell'originario accordo di asservimento, e non si traducano in pagamenti ulteriori per atti contrari ai doveri d'ufficio, ovvero se – sin dall'origine – l'accordo non prevedesse l'adozione di atti per l'appunto contrari, caso nel quale dovrà pervenirsi ad una diversa qualificazione giuridica, ricadendo precisamente nel reato più grave di cui all'art. 319 cod. pen.

⁴⁶ In argomento, perciò, non sembra condivisibile l'orientamento per cui risponde di un unico delitto, con conseguente esclusione del concorso di reati, il pubblico ufficiale asservito che accetta elargizioni in corrispondenza di atti contrari ai doveri d'ufficio richiesti a necessità del corruttore, essendo le dazioni riconducibili all'accordo originario di massima solo per similitudine e non per identità dell'oggetto. Non v'è dubbio, infatti, che l'originario accordo prevedesse un oggetto determinato solo in parte, essendo alle parti consapevolmente ignoto il moltiplicatore, e cioè il numero delle elargizioni che il corruttore avrebbe fatto ed il pubblico ufficiale accettato in futuro. V., in senso contrario, Cass., Sez. VI penale, 7 ottobre 2020 (dep.

Come vedremo di seguito, in tal caso, non dovrà invece dubitarsi circa l'assorbimento nella fattispecie più grave, dei pagamenti anche plurimi la cui causa non sarà l'adozione di più atti contrari ai doveri d'ufficio, bensì proprio la retribuzione della disponibilità del pubblico ufficiale al rapporto privilegiato con l'agente corruttore. Perciò, risulta utile proseguire focalizzando l'attenzione sul secondo elemento dell'accordo di cui si è detto, ossia la causa.

6.3. La causa dell'accordo ed il concorso di norme.

Il *pactum sceleris* tra il corruttore ed il corrotto trova ragion d'essere nel comportamento o nell'atto del pubblico ufficiale, che costituisce la causa della dazione, ovvero della promessa.

Invero, il trasferimento di valori, siano essi monetari o altre utilità, può trovare causa differente nel comportamento del pubblico agente, ed in particolare può essere causalmente collegato al compiendo o compiuto atto in violazione dei doveri d'ufficio, ipotesi che costituisce – anche dopo la riformulazione dell'art. 318 cod. pen. – la fattispecie «principale» di corruzione⁴⁷.

Si è accennato al tema del possibile concorso tra le due fattispecie, laddove in funzione di un accordo «aperto» il pubblico ufficiale riceva plurime elargizioni, alcune atte a retribuire la messa a disposizione, e perciò sistematiche, altre – di volta in volta offerte d'iniziativa dell'*extraneus* – in conformità a canoni di entità e modalità precostituiti nell'originale accordo di massima, per uno o più atti contrari. In questo caso, a ben vedere, dovrà rigettarsi la tesi, pure apparsa in giurisprudenza, che ammette il concorso tra i due reati, dovendo invece rilevare l'assoluta razionalità nel punire il fatto a norma del più grave reato di cui all'art. 319 cod. pen. in cui risulta assorbita l'offesa meno grave⁴⁸.

23 ottobre 2020), n. 29549, cit.

⁴⁷ V., sul punto, Cass. Sez. VI penale, 10 febbraio 2017 (dep. 21 aprile 2017), n. 19319, cit. secondo cui «il legislatore con la riscrittura dell'art. 318 cod. pen. non ha inteso rovesciare l'assetto dei rapporti fra le due citate fattispecie di corruzione, assegnando alla prima il ruolo di norma di portata generale, con la quale sanzionare ogni forma di mercimonio della funzione, fatti salvi i casi in cui il *pactum sceleris* abbia ad oggetto i singoli, specifici atti indicati nell'art. 319 cod. pen. Pertanto, anche nel testo vigente la fattispecie prevista dall'art. 318 ha un ambito di operatività residuale rispetto alla fattispecie principale della corruzione propria, ricorrendo in tutte quelle ipotesi in cui il mercimonio della funzione non abbia ad oggetto atti contrari ai doveri d'ufficio». In senso conforme, v. Cass., Sez. VI penale, 11 febbraio 2016 (dep. 29 febbraio 2016), n. 8211, Ferrante, Rv. 266510.

⁴⁸ V. in senso adesivo al testo, seppur oscillanti tra i criteri di specialità e assorbimento, v., invece, Cass., Sez. VI penale, n. 51126 18 luglio 2019 (dep. 18 dicembre 2019), n. 51126, Evangelisti, Rv. 278192; Cass., Sez. VI penale, 19 settembre 2019 (dep. 06 novembre 2019), n. 45184, in *Quot. Giur.*, 2019; Cass., Sez. VI penale, 20 giugno 2019 (dep. 19 luglio 2019), n. 32401, Monaco, Rv. 276801; Cass., Sez. VI penale, 11 dicembre 2018 (dep. 29 gennaio 2019), n. 4486, Palozzi, Rv. 274984; Cass., Sez. VI penale, 07 luglio 2016 (dep. 27 settembre 2016), n. 40237, Giangreco, Rv. 267634; Cass., Sez. VI penale, 23 febbraio 2016 (dep. 18 aprile 2016), n. 15959, Caiazza, Rv. 266735; Cass., Sez. VI penale, 11 febbraio 2016 (dep. 29 febbraio 2016), n. 8211, cit.; Cass., Sez. VI penale, 27 novembre 2015 (dep. 22 gennaio 2016), n. 3043, cit.; Cass., Sez. VI penale, 23 settembre 2014 (dep. 10 febbraio 2015), n. 6056, Staffieri, Rv. 262333; Cass., Sez. VI penale, 25 settembre 2014 (dep. 26 novembre 2014), n. 49226, Chisso, Rv. 261352; Cass., Sez. VI penale, 25 settembre 2014 (dep. 17 novembre

Diversamente, dovrà escludersi il concorso di norme, applicandosi il concorso materiale di reati, laddove nell'ambito di un rapporto di asservimento dovesse sorgere l'esigenza nuova – ossia non costituente causa (neppure implicita) del primo accordo – di retribuire il pubblico agente per uno o più atti contrari ai doveri d'ufficio. In questo caso, parrebbe logico discernere due differenti violazioni di altrettante norme penali, legittimando peraltro il ricorso ad una pena maggiore, giustificata dal quadro di inasprita gravità che palesa il secondo contesto fattuale, rispetto al primo. È, anche qui, di tutta evidenza che sarà onere del Pubblico ministero di allegare la prova che la causa dell'accordo iniziale contenesse elementi difformi dalla seconda, dovendo presumere – in mancanza – che l'accordo originario prendesse già in considerazione l'ipotesi manifestatasi successivamente⁴⁹.

2014), n. 47271, Casarin, Rv. 260732; Cass., Sez. VI penale, 15 ottobre 2013 (dep. 28 febbraio 2014), n. 9883, Terenghi, Rv. 258521.

In dottrina, per i rapporti tra le due fattispecie in termini di specialità, v. E. DOLCINI, F. VIGANÒ, [Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, fasc. 1, 2012, 235; T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, fasc. 3, p. 786; V. VALENTINI, [Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, fasc. 2, p. 127. In senso adesivo, v. anche G. LOSAPPIO, *Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*, cit., p. 183; A. D'AVIRRO, *Il delitto di corruzione per l'esercizio delle funzioni*, cit., p. 165.

Del resto, non sembra potersi dubitare che «tutti i casi regolati dalla disposizione speciale ricadrebbero, se tale disposizione facesse difetto, sotto la disciplina della norma generale». Chiarissimo, sul punto, G. DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 106. Tuttavia, lo stesso autorevole A. ivi avverte, del pari, che «invero il criterio per decidere se due disposizioni di legge stanno fra loro in rapporto di genere a specie non può essere tratto – come è intuitivo – se non dall'esame della fattispecie legale. Perché il rapporto sussista, occorre in altre parole che tutti gli estremi della fattispecie legale descritta dalla norma generale siano contenuti nel modello di reati delineato dalla norma speciale, la quale deve inoltre contenere uno o più requisiti specifici». Sul punto, non sembra potersi condividere che l'art. 319 comprenda tutti gli estremi della fattispecie legale punita meno severamente, dal momento che esso punisce unicamente le dazioni qualificate dal collegamento causale con l'atto contrario ai doveri d'ufficio. In argomento, irrinunciabile il rimando a F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966, p. 83 ss. V., anche, A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Giuffrè, Milano, p. 551 ss.

In termini di sussidiarietà, invece, v. D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit. p. 17. Nel senso di una sussidiarietà sul piano funzionale, v. T. PADOVANI, *La messa a "libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida dir.*, 2012, n. 48, Inserto 13, p. X. Critico su entrambi i criteri, ravvisa la necessità di un criterio misto, M. GAMBARDILLA, *Profili di diritto intertemporale della nuova corruzione per l'esercizio della funzione*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2013, p. 3857 ss. Per una visione d'insieme sul tema, v. B. ROSSI, *Il reato di cui all'art. 319 c.p. nel caso di atti valutativi con elevata discrezionalità*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2019, p. 4360. Di recente, risolutiva la ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale di M. GAMBARDILLA, *Il nodo della "stabile messa a libro paga dell'agente pubblico" in tema di corruzione*, in *Pen. dir. e proc.*, fasc. 1, 2020, p. 95.

⁴⁹ In proposito, va osservato come non potrà essere fornita la prova di un fatto inesistente, ossia della mancanza – nella causa dell'accordo iniziale – di un riferimento ad atti anche contrari ai doveri d'ufficio, per due ordini di ragioni. Anzitutto, è di solare evidenza che la prova di un fatto negativo costituisce una *probatio diabolica*. In secondo luogo, perché così ragionando si opererebbe una illegittima inversione dell'onere della prova, imponendo all'indagato di fornire egli la prova che l'accordo iniziale fosse sufficientemente generico da ricomprendere anche l'adozione di atti contrari ai doveri d'ufficio. Diversamente, invece, in presenza di plurime elargizioni, sarà onere del Pubblico Ministero di provare l'esistenza di una molteplicità di accordi, con differente causa, così applicandosi le normali regole sul concorso materiale di reati.

L'accertamento puntuale della causa, pertanto, risulterà necessario ai fini dell'applicazione del concorso di norme, in luogo del concorso di reati, risolvendo così il rapporto tra la fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione e la corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio.

6.4. Le parti dell'accordo ed il concorso di persone.

La dimensione del concorso di persone nel delitto di corruzione, in base a quanto si è sino ad ora esposto, merita infine un sintetico cenno critico rispetto ad alcune posizioni assunte sull'argomento dall'interpretazione giurisprudenziale delle fattispecie in commento.

Le condotte di concorso generalmente individuate risultano essere le seguenti: (i) la *determinazione*, (ii) il *suggerimento*, (iii) l'*intermediazione* e, da ultimo, (iv) l'*esecuzione*⁵⁰. Le stesse, come vedremo, risultano oggetto di sindacato in correlazione con l'accordo: in funzione di ciò, l'ultima tra queste costituisce senz'altro l'ipotesi più problematica.

Sul tema, infatti, la Suprema Corte ha più volte ribadito – anche di recente – che, nella struttura di reato «*a forma libera, plurisoggettivo ed a concorso necessario, fondato sul "pactum sceleris" tra privato e pubblico ufficiale (...) la condotta del terzo, realizzata successivamente alla conclusione dell'accordo corruttivo intercorso tra altri, compiuta nella fase esecutiva dell'accordo, non modifica la struttura del patto già concluso tra soggetti diversi, non consente di aggiungere all'unico patto pregresso un nuovo contraente postumo, ma può assumere al più rilevanza penale in relazione ad altre fattispecie di reato (a titolo esemplificativo, favoreggiamento reale)*»⁵¹.

L'esclusione del concorso per la «mera» partecipazione alla fase esecutiva, com'è evidente dal principio appena richiamato, troverebbe giustificazione nell'attitudine dell'accordo ad integrare compiutamente la fattispecie, essendo esso stesso – nella prospettiva attuale, costituita dal duplice schema – di per sé già reato.

Tale tesi, tuttavia, non convince sino in fondo, dal momento che contiene una contraddizione intrinseca quanto evidente: se, come sostenuto con decisione dalla stessa Suprema Corte, e dalla maggioritaria dottrina, la dazione successiva all'accordo non costituisce un mero *post factum* non punibile – opzione non solo condivisibile, ma altresì necessaria per quanto si è detto – , non può segnatamente revocarsi in dubbio che

⁵⁰ V., sul punto, *ex multis* Cass., Sez. VI penale, del 10 aprile 2015 (dep. 9 giugno 2015), n. 24535, cit.; Cass., Sez. VI penale, 04 maggio 2006 (dep. 05 ottobre 2006), n. 33435 cit.

V., anche, Cass., Sez. VI penale, 22 ottobre 2019, (dep. 12 giugno 2020), n. 18125, cit.; Cass., Sez. VI penale, 14 dicembre 2016 (dep. 27 gennaio 2017), n. 4113, Rigano, Rv. 269736 per cui occorre tenere distinta l'attività di intermediazione tra le parti dell'accordo e l'attività di collegamento del terzo che permane estraneo allo stesso, in cui l'elargizione di somme risulta causalmente non collegata alla retribuzione del pubblico funzionario per le funzioni o gli atti del suo ufficio, configurandosi perciò a carico del terzo il diverso reato di traffico di influenze.

⁵¹ Cass., Sez. VI penale, 29 ottobre 2019 (dep. 14 novembre 2019), n. 46404, Genco, Rv. 277308. Il principio è stato ribadito in Cass., Sez. VI penale, 18 settembre 2020 (dep. 25 settembre 2020), n. 26740, Trovato, Rv. 279615, per differenza rispetto all'attività di intermediazione, ritenuta – a ragione – penalmente rilevante.

l'esecuzione della stessa apporti un contributo materiale determinante alla consumazione del reato⁵². Ciò detto, allora, l'esclusione della responsabilità a titolo di concorso nel delitto di corruzione, per chi partecipa alla fase esecutiva (ossia, alla materiale consegna o messa a disposizione del denaro), sembra difficilmente conciliabile con la perseguibilità degli autori della condotta bilaterale, per lo stesso fatto. Delle due, l'una: la tipicità del fatto non può mutare in base all'ampiezza del contributo dell'agente alla realizzazione degli elementi costitutivi, poiché per quest'ultima potrà – al più – mutare la pena, dovendo semmai operare la colpevolezza, (anche) in questo caso, in chiave di selezione dei comportamenti di rilevanza penale effettivamente rimproverabili, ma non potendosi seriamente dubitare che la dazione rientri all'interno del fatto tipico⁵³.

Il tema sembra vertere, ancora una volta, nella messa a fuoco del nucleo della fattispecie, anticipato – come si è visto – in modo non condivisibile all'accordo, anziché individuato – come dev'essere – nella successione patto-dazione, per cui chi contribuisce al perfezionamento della seconda, ove ricorra l'elemento soggettivo richiesto dal concorso, risponderà del delitto di corruzione.

7. Conclusioni.

L'ultima stagione di riforme del diritto penale in materia di corruzione, iniziata idealmente con la riformulazione – nel 2012 – dell'art. 318 cod. pen., ancora oggi, non sembra essere pienamente conclusa. Le recenti manipolazioni ed i pressanti inviti ad ulteriori interventi, provenienti dai vari organismi internazionali, fanno delle fattispecie penali di corruzione una disciplina irrequieta ed in costante assestamento, tanto da non risultare ultronea la presente riflessione⁵⁴.

⁵² V., sul punto, F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto penale*, cit., p. 275 in cui l'A. afferma: «È coautore in senso stretto colui che partecipa attivamente all'ultimo atto consumativo del delitto (...). Coautore esprime la concorrenza attiva in quell'atto che veramente consuma la rispettiva violazione della legge». Sul tema del concorso di persone in generale, v. A. R. LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, VIII, 1961, p. 594 ss.

⁵³ V., circa la nozione di fatto, G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930, p. 115. Nel senso dell'azione come causa della pena, e per il rapporto con la colpevolezza, v. G. BETTIOL, *Il problema penale*, Pirulla Ed., Palermo, 1948, *passim* e p. 102.

Criticamente, con riguardo alla dimensione quantitativa del contributo, v. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 540; critico nei confronti della atipicità dell'istituto del concorso, apprezzando la funzione «riparatrice» della dottrina e della giurisprudenza, v. G. VASSALLI, voce *Tipicità (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1992, XLIV, p. 535 ss. in cui l'A. osserva che proprio l'interpretazione ha consentito di «costruire» il contenuto della disposizione penale, nel senso di quella funzione «costruttiva», più che «creativa» delle norme penali cui di recente ha fatto riferimento M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, fasc. 1, p. 14 ss.

⁵⁴ V., sul punto, S. SEMINARA, *Corruzione e anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, fasc. 9, p. 1125 in cui l'A. sottolinea la scarsa efficacia dei «feroci e irrazionali aumenti sanzionatori» in luogo di una rimeditazione che parta, tra l'altro, proprio dal tema della «percezione» di denaro, da parte del pubblico agente. Non pare insensato, in questa sede, sottolineare l'opportunità di accostare una fattispecie residuale che punisce la

I tempi appaiono maturi, a questo punto, per mettere a fuoco il nuovo oggetto della tutela penale, abbandonando davvero la logica mercantilistica incentrata sull'atto⁵⁵ e, con essa, rimeditando il ruolo dell'accordo, quale elemento costitutivo e non anche consumativo delle fattispecie, il cui fulcro risulta invece la successione patto-dazione.

L'accordo, in tale contesto, si manifesta come elemento indefettibile per dirimere eventuali ipotesi di concorso di reati, di norme e di persone – accertandone rispettivamente l'oggetto, la causa ed i partecipi – idoneo altresì ad integrare il tentativo di corruzione, e necessitando della dazione per ritenere la fattispecie pienamente consumata. La corruzione senza l'accordo, invece, lungi dal rimanere nell'alveo dell'irrilevanza penale, troverà la qualificazione giuridica che le è propria nel tentativo di istigazione.

ricezione indebita di denaro od altre utilità da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio.

Circa il contributo della disciplina in materia di responsabilità degli enti nella prevenzione del fenomeno corruttivo, v. F. MUCCIARELLI, *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione tra repressione e prevenzione*, in *Discrimen*, 2019, p. 1 ss.

⁵⁵ V., sul punto, S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, fasc. 10, 1235 ss.

**L'ADEGUAMENTO INTERNO DA PARTE ITALIANA
AL REGOLAMENTO EPPO
ALLA VIGILIA DELL'AVVIO DELLE PRIME INDAGINI**

[Decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 9 \(in G.U. n. 30 del 5 febbraio 2021\)](#)

di Lorenzo Salazar

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La designazione della rosa di candidati al posto di procuratore europeo. – 3. I procuratori europei delegati. – 4. La comunicazione delle notizie di reato alla Procura europea e la conduzione delle indagini. – 5. I contrasti di competenza. – 6. Le strutture, il personale ed il finanziamento. – 6.1. Lo *status* giuridico del procuratore europeo. – 6.2. Lo *status* dei procuratori europei delegati. – 6.3. Le risorse umane e materiali dei PED. – 7. Nel frattempo, a Lussemburgo... – 8. La volata finale.

1. Introduzione.

Il 2 febbraio 2021 è stato emanato l'atteso decreto legislativo¹ n. 9/2021 (di seguito "il decreto legislativo") per l'adeguamento della normativa nazionale al Regolamento che istituisce la Procura europea – «EPPO»² (di seguito "il regolamento").

Il testo è stato adottato sul filo di lana della scadenza dei termini di cui all'articolo 4 della legge di delegazione europea 2018³, con il quale il Governo era stato a tal fine delegato all'emanazione di uno o più decreti legislativi. L'originario termine di nove mesi per l'esercizio della delega era stato quindi prorogato, a seguito dello scoppiare dell'emergenza COVID-19, di ulteriori tre mesi in forza della relativa legislazione emergenziale⁴.

Appare finanche superfluo ricordare come, trattandosi di fonte regolamentare, la normativa EPPO sia direttamente entrata a far parte dell'ordinamento interno italiano e non necessitasse conseguentemente di norme di "attuazione", come usualmente avviene per le fonti unionali non dotate di effetto diretto, ma solo di eventuali disposizioni di

¹ Decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 9, Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea «EPPO», in GU, n. 30 del 5.2.2021, p.5.

² [Regolamento \(UE\) 2017/1939, del 12 ottobre 2017](#), relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea, in GUUE L 283 del 31.10.2017, p. 1.

³ Legge 4 ottobre 2019, n. 117, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2018, in GU n. 245 del 18.10.2019, p. 1.

⁴ V. articolo 1, comma 3, della legge 24 aprile 2020, n. 27, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, concernente tutti i decreti legislativi in scadenza tra il 10 febbraio e il 31 agosto 2020.

“adeguamento” dirette ad integrare armoniosamente tale disciplina nel panorama giuridico italiano.

Il legislatore delegato ha adottato un saggio *self-restraint* limitando il proprio intervento allo stretto necessario per definire la futura procedura di designazione dei candidati al posto di procuratore europeo, permettere l’ingresso in campo dei procuratori europei delegati (PED), disciplinare il flusso della comunicazione delle *notitiae criminis* alla Procura, indicare l’autorità competente a dirimere gli eventuali conflitti di competenza e dettare una disciplina minima relativa alle indagini, evitando norme meramente riproduttive di quelle del regolamento o ancor peggio con lo stesso confliggenti.

Da condividere dunque la scelta di non dare attuazione, ad esempio, ai criteri di delega⁵ che avrebbero condotto ad invadere il terreno dei rapporti tra il procuratore europeo delegato ed il procuratore europeo incaricato della supervisione o quello della cooperazione tra il PED ed i suoi omologhi degli altri Stati partecipanti nel caso di indagini transnazionali.

Ulteriori decisivi passaggi sono stati rimessi ad adempimenti da compiersi da parte del Ministro della giustizia e del Consiglio superiore della magistratura, che stanno tuttavia impegnandosi per una rapida conclusione delle procedure necessarie per procedere alla nomina dei nostri PED sì da contribuire all’avvio al più presto dell’attività operativa della Procura che non può avvenire in assenza dell’attiva partecipazione di un grande Stato partecipante quale l’Italia.

Non è naturalmente questa la sede, trascorsi oramai ben oltre tre anni dall’adozione e dall’entrata in vigore del suo regolamento istitutivo, per ritornare sulla natura, compiti e regole di funzionamento della Procura europea competente per individuare, perseguire e portare in giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, per i quali si rinvia agli oramai già numerosi scritti in materia⁶. Compito del presente contributo è solo quello di illustrare brevemente le principali norme di adeguamento interno al regolamento istitutivo, all’indomani della loro

⁵ V. punti l) ed m) dell’art. 4 della l. n. 117/2019.

⁶ Senza pretesa alcuna di esaustività, v. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in Arch. Pen. 2017, n. 3, p. 1; ID., *La Procura europea*, in FALATO, *Appunti di Cooperazione giudiziaria penale*, II ed., Napoli, 2019, p. 211; ID., *La Procura europea è finalmente realtà: what’s next...?*, in eurojus.it, 2017; ID., *Les interactions nécessaires entre l’EPPO et les Autorités nationales: l’Italie*, in *La création du Parquet européen: simple évolution ou révolution au sein de l’espace judiciaire européen*, Bruxelles, 2021, p. 175; DE MATTEIS, *Autonomia ed indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, in *Questione Giustizia*, marzo 2021; GUAGLIARDI, *Procura Europea. Siamo davvero pronti in assenza di un codice di procedura penale europeo? Una nuova sfida per l’avvocatura e la magistratura*, in Giur. Pen. Web, 2021, p. 2; ROCCATAGLIATA, *Il Consiglio UE approva definitivamente il Regolamento istitutivo della Procura Europea. L’EPPO è infine realtà*, in Giur. Pen. Web, 2017, 10; VENEGONI – MINÌ, *I nodi irrisolti della nuova Procura europea*, in Giur. Pen. Web, 2017, 12; SPIEZIA, *Il pubblico ministero europeo e i suoi rapporti con Eurojust*, in Dir. pen. cont., 2018; TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell’attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in Arch. Pen. 2019, n. 3, p. 1; FALATO, *L’azione penale verso le nuove misure d’indagine europee (Metodo e contenuti di una categoria dommatica rivisitata alla luce della entrata in funzionamento della Procura europea tra fisiologie regolamentari e difetti della legge delega)*, in Arch. Pen. 2020, n. 3, p. 1.

adozione, contestualizzando le stesse nel momento in cui la Procura sta finalmente per dare concreto avvio alle sue prime indagini.

2. La designazione della rosa di candidati al posto di procuratore europeo.

La questione della selezione del componente “italiano” del collegio della Procura europea, *rectius* la disciplina della procedura di designazione dei candidati all’incarico di procuratore europeo, costituiva la questione rivestente il minor carattere di urgenza dal momento che la prima tornata di nomina di tutti i procuratori europei è già avvenuta attraverso l’adozione della decisione del Consiglio del 27 luglio 2020⁷.

Sul versante italiano, si era provveduto alla designazione dei nostri tre candidati attraverso una procedura *ad hoc*, giustificata dall’urgenza di provvedere alla sollecita costituzione del collegio dell’EPPO, introdotta dallo stesso art. 4 della legge di delegazione europea 2018, il quale, nel dettare i criteri di delega per l’adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento EPPO, tra cui anche quello relativo alla procedura definitiva di designazione, aveva nel contempo disciplinato, attraverso normazione “diretta”, la procedura a valere sino alla data di entrata in vigore delle disposizioni delegate.

Se la procedura provvisoria poneva su un piano di quasi equiordinazione il Ministro della giustizia ed il Consiglio superiore della magistratura, pur lasciando comunque a quest’ultimo la voce finale, la procedura definitiva, di cui all’art. 2 del decreto legislativo individua esclusivamente nel CSM l’autorità competente alla designazione della terna, limitandosi a prevedere la semplice trasmissione al Ministro, per le sue eventuali osservazioni, della terna di candidati già deliberata dal Consiglio che potrà comunque procedere alla loro designazione, anche in caso di mancata risposta o di osservazioni ministeriali discordanti, con il solo onere di motivare il mancato accoglimento delle stesse.

La disciplina appare rispettosa del dettato costituzionale (art. 104 Cost.) che affida al solo Consiglio superiore le assegnazioni riguardanti i magistrati. Pur appartenendo infatti al Consiglio dei Ministri UE la decisione finale sulla scelta dei procuratori europei, sulla base delle indicazioni del *panel* previsto dal regolamento istitutivo, tale scelta non può avvenire se non all’interno della terna dei designati dagli Stati partecipanti. Inoltre, pur essendo il procuratore europeo formalmente e sostanzialmente indipendente dall’ordinamento giudiziario nazionale, la sua attività e le sue decisioni impatteranno in maniera incisiva e diretta sull’esercizio della giurisdizione ed appare pertanto estremamente opportuno tutelare *ab initio* la sua procedura di nomina da ogni potenziale censura od anche semplice sospetto di possibile incostituzionalità.

⁷ Decisione di esecuzione (UE) 2020/1117 del Consiglio, del 27 luglio 2020 relativa alla nomina dei procuratori europei della Procura europea, in GUUE L 244, 29.7.2020, p. 18.

Dal momento che il sorteggio effettuato in attuazione delle disposizioni dell'art. 16 del regolamento sul rinnovo parziale dei procuratori europei ha fatto sì che il mandato del "nostro" procuratore europeo, insieme a quello dei suoi colleghi provenienti da altri sette Stati partecipanti⁸, abbia durata di soli tre anni non rinnovabili, il primo test della nuova procedura è atteso per la primavera del 2023 quando dovrà procedersi alla designazione di una nuova terna di candidati italiani il cui prescelto permarrà allora nell'incarico per un mandato di sei anni, non rinnovabile ma prorogabile da parte del Consiglio per un massimo di ulteriori tre.

3. I procuratori europei delegati.

Il Consiglio superiore della magistratura è anche l'autorità competente a designare i procuratori europei delegati ai fini della loro nomina da parte del collegio della Procura europea attraverso la procedura prevista dal regolamento⁹. Il decreto legislativo prevede che possono candidarsi per l'incarico i magistrati non ultra cinquantanovenenni che abbiano conseguito almeno la terza valutazione di professionalità; tale soglia di età, pur non imposta dal regolamento, appare condivisibile, premiando la natura altamente operativa della funzione, che richiederà anche una elevata mobilità sul territorio, evitando che possa guardarsi alla stessa quale incarico di fine carriera (non essendo, peraltro, lo stesso accompagnato da alcun vantaggio economico per i magistrati meno giovani).

I criteri e la procedura per la valutazione e la designazione dei candidati sono stati determinati dal CSM con delibera del 25 febbraio 2021¹⁰. La delibera ha previsto che possano presentare la dichiarazione di disponibilità per il conferimento delle funzioni di procuratore europeo delegato, i magistrati con funzioni giudicanti o requirenti anche se collocati fuori dal ruolo organico della magistratura o in aspettativa che abbiano una conoscenza adeguata della lingua inglese e che siano in possesso dei requisiti di cui all'art. 17 del Regolamento (UE) 2017/1939, vale a dire che *"offrono tutte le garanzie di indipendenza, possiedono le qualifiche necessarie e vantano una rilevante esperienza pratica relativa al loro sistema giuridico nazionale"*.

La stessa delibera ha anche stabilito che le funzioni di Procuratore europeo delegato *possono essere esercitate per un periodo massimo di dieci anni*, previsione quest'ultima che appare in manifesto contrasto con il regolamento, il cui art. 17 prevede invece che i procuratori europei delegati siano nominati per un periodo *rinnovabile* di cinque anni, senza porre alcun limite, se non quello implicito dell'età di pensionamento, al numero di tali rinnovi. Tale limite rischia inoltre di potere venire interpretato come una indiretta quanto indebita interferenza con l'autonomia dell'EPPO in quanto obbligherà in futuro la Procura europea a vedersi sottratti i PED ultradecennali con una

⁸ Grecia, Spagna, Cipro, Lituania, Paesi Bassi, Austria e Portogallo.

⁹ V. articolo 17, paragrafo 1, del regolamento.

¹⁰ <https://www.csm.it/documents/21768/87336/Circolare+PED+25+febbraio+2021/fc585682-7377-6df7-d595-073c6a0ca997>.

indiscutibile dispersione di professionalità ed esperienze maturate; ciò anche in ragione del fatto che un PED in scadenza di decennio non potrebbe neppure permanere nella funzione abbandonando la toga e rinunciando al proprio status di magistrato, in quanto il regolamento vuole gli stessi “membri *attivi* delle procure o della magistratura dei rispettivi Stati membri”, così come ulteriormente dimostra il paragrafo 5 dell’art. 17 del regolamento in caso di dimissioni, rimozione dall’incarico od altro di un procuratore delegato europeo. La disposizione consiliare, indubbiamente destinata a soccombere a fronte della fonte unionale in caso di impugnativa, non appare tuttavia suscettibile di venire in concreto “sfidata” anteriormente allo scadere del primo decennio di attività, per cui residuano sicuramente ampi spazi temporali per un eventuale intervento in autotutela da parte del CSM che conduca alla modifica della dubbia disposizione.

Quanto al numero e alla distribuzione funzionale e territoriale dei procuratori europei delegati, il regolamento¹¹ rimette ogni decisione in proposito alla conclusione di un accordo con il procuratore capo europeo da parte della competente autorità nazionale che, nel caso italiano, il decreto legislativo 9/2021 ha indicato nel Ministro della giustizia. A tal fine questi ha trasmesso una proposta motivata al Consiglio Superiore della Magistratura che costituisce il risultato dell'applicazione di svariati indicatori: i dati statistici raccolti dal Ministero in occasione del monitoraggio condotto presso le procure nazionali per la stima dei procedimenti di competenza dell’EPPO, la dimensione delle piante organiche dei magistrati degli uffici interessati, le distanze tra le diverse sedi di servizio e gli uffici giudiziari sul territorio ed infine la popolazione residente nelle aree dei diversi distretti.

Il CSM si è pronunciato sulla proposta motivata nella seduta straordinaria del 23 marzo 2021, tenuta alla presenza del Capo dello Stato e dello stesso Ministro, formulando solo assai limitati rilievi e consentendo quindi a quest’ultimo di procedere immediatamente dopo, attraverso uno scambio di lettere del 25 marzo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale¹², alla conclusione dell’atteso accordo con il procuratore capo europeo ed alla successiva adozione del decreto ministeriale recante la definitiva pianta organica che prevede venti procuratori europei delegati distribuiti presso nove procure della Repubblica di capoluogo di distretto¹³.

Da ultimo, nella seduta straordinaria del 1° aprile, il CSM ha adottato la delibera pubblicato l’interpello per la designazione dei procuratori europei delegati dello Stato italiano con scadenza del termine fissata alla ravvicinata data del 10 aprile e presumibile selezione e designazione degli stessi entro la fine dello stesso mese.

¹¹ V. articolo 13, paragrafo 2, del regolamento 2017/1939.

¹² V. GU n. 79 del 1.4.2021, p. 58.

¹³ Le sedi, comprendenti due o più distretti di Corte d'appello, sono le seguenti: Roma (tre PED), per i distretti di Roma, Perugia, Cagliari e L’Aquila; Milano (tre PED), per i distretti di Milano e Brescia; Napoli (due PED), per i distretti di Napoli e Salerno; Bologna (due PED) per i distretti di Bologna, Ancona e Firenze; Palermo (due PED) per i distretti di Palermo, Catania, Caltanissetta e Messina; Venezia (due PED), per i distretti di Venezia, Trieste e Trento; Torino (due PED), per i distretti di Torino e Genova; Bari (due PED), per i distretti di Bari, Lecce e Campobasso; Catanzaro (due PED), per i distretti di Catanzaro, Reggio Calabria e Potenza.

Non può a tal punto non rilevarsi come le scelte relative all'individuazione del numero e delle sedi dei nostri PED siano apparse fluttuanti e oggetto di un progressivo spostamento *a valle* nel corso dell'intero *iter* legislativo. All'interno del primigenio disegno relativo alla legge di delegazione europea¹⁴, infatti, l'originario criterio prevedeva che le funzioni di procuratore europeo delegato fossero esercitate *da non meno di due e da non oltre dieci magistrati del pubblico ministero che esercitano le loro funzioni presso i tribunali dei capoluoghi di distretto*¹⁵. Tale indicazione venne però meno nel corso dei lavori parlamentari, essendo stata dapprima rimossa la limitazione al numero massimo di dieci dei PED, mantenendosi il solo numero minimo di due¹⁶, per poi far cadere del tutto anche tale soglia minima, peraltro imposta dallo stesso regolamento; la versione finale del criterio di delega si limitò così a rimettere al legislatore delegato la sola individuazione dell'autorità competente a concludere con il procuratore capo europeo l'accordo diretto a individuare il numero dei procuratori europei delegati nonché la ripartizione funzionale e territoriale delle loro competenze. In attuazione di tale criterio, il decreto legislativo si è ben guardato dal peccare per eccesso di delega, limitandosi dunque ad indicare tale autorità nel Ministro della giustizia ed evitando a sua volta di operare alcuna scelta che potesse condizionare quelle successive da compiersi ad opera del Guardasigilli, una volta che questi avesse finalmente avuto a propria disposizione i necessari dati conoscitivi relativi al numero dei reati che ricadranno nella competenza della Procura europea, al numero delle persone sottoposte alle indagini ad essi relative, ai tempi medi di definizione ed alla distribuzione territoriale degli uffici di procura presso i quali figurano le relative iscrizioni.

La scelta del nostro Paese, concertata con il procuratore capo europeo, è stata quella di disporre di procuratori europei delegati tutti *full time*, vale a dire esclusivamente destinati ad esercitare le funzioni europee. Il regolamento¹⁷ prevede tuttavia anche la possibilità di *part time*, soprattutto per venire incontro alle esigenze di quegli Stati partecipanti che si trovano confrontati ad un numero di reati di competenza dell'EPPO insufficiente a giustificare un impegno a tempo pieno dei propri pubblici ministeri designati quali PED. Preoccupato di predisporre comunque una idonea base legale per il caso che venga a proporsi l'esigenza di concordare con il procuratore capo europeo anche il ricorso al tempo parziale per tutti o parte dei nostri PED, il lungimirante decreto legislativo ha lasciato una porta aperta in tal senso, prevedendo che il CSM possa in tal caso disporre l'esonero parziale dall'attività giudiziaria in misura corrispondente al contenuto dell'accordo.

Una volta procedutosi finalmente alla nomina dei PED da parte del Consiglio superiore, gli stessi sono immessi nelle loro funzioni presso le sedi di assegnazione dagli stessi indicate al momento della domanda. Il regolamento¹⁸, come è noto, attribuisce loro il potere, nel portare i casi in giudizio, di formulare l'imputazione, partecipare

¹⁴ Cfr. A.C. 1201.

¹⁵ V. Art. 4, comma 3, lett. b) dell'A.C. 1201.

¹⁶ Cfr. A.C. 1201-A.

¹⁷ V. Art. 13, paragrafo 3, del regolamento.

¹⁸ *Ibidem*, paragrafo 1.

all'assunzione delle prove *ed esercitare i rimedi disponibili in conformità del diritto nazionale*, in tutti i procedimenti di loro competenza e per i quali EPPO abbia deciso di avviare o avocare un'indagine. In tali procedimenti i PED esercitano, *in via esclusiva e fino alla definizione del procedimento* tutte le stesse funzioni e i poteri spettanti ai pubblici ministeri nazionali.

Il numero comunque relativamente ridotto dei PED deve però confrontarsi con l'invariata competenza territoriale delle giurisdizioni destinate a conoscere dei reati "PIF", ovvero i delitti di cui alla direttiva (UE) 2017/1371 oggetto principale della competenza materiale dell'EPPO. Ciò ha condotto il legislatore delegato¹⁹ a far sì che le funzioni dei PED, come pure i poteri ad esse riconnessi, siano esercitati da ciascun procuratore europeo delegato *sull'intero territorio nazionale, indipendentemente dalla sede di assegnazione*, mantenendo in ogni caso *ferme le regole ordinarie sulla competenza del giudice*²⁰. Nei procedimenti di loro competenza, saranno dunque sempre i PED a sostenere l'accusa dinanzi alle giurisdizioni ordinarie – apparendo comunque da escludere la possibilità di eventuale delega delle funzioni per quanto riguarda le attività di udienza, dal momento che il regolamento non contempla in alcun modo le stesse – a partire dal primo grado e sino al ricorso in Cassazione (fase che, è dato presumere, costituirà la regola in procedimenti che si presentano mediamente di elevata complessità) passando per l'appello, rivestendo così tanto il ruolo di pubblico ministero quanto quelli di sostituto procuratore generale presso la Corte di appello e presso la Corte di cassazione.

Con riguardo alla specifica posizione di questi ultimi, tuttavia, l'esercizio delle funzioni requiranti dinanzi alla Suprema Corte, tanto in ragione degli specifici requisiti previsti per lo svolgimento delle stesse in sede di legittimità quanto per il peculiare ruolo di imparzialità che le caratterizza, sembra dover essere soggetta ad ulteriori interventi di aggiustamento tesi a salvaguardarne la specificità. Pur essendo una tale ipotesi stata già inizialmente considerata, ma poi finalmente esclusa, in sede di emanazione del decreto legislativo 9/2021²¹, il Ministro, in occasione della presentazione della propria bozza al CSM, ha anche comunicato l'intenzione di avanzare al procuratore capo europeo una proposta di accordo integrativo, finalizzata alla designazione di due ulteriori PED, già incardinati presso la Procura generale della Corte di Cassazione, i quali, a differenza dei loro colleghi presso le procure distrettuali, opererebbero in questo caso solo *part-time*. Si tratterebbe di una soluzione di compromesso che avrebbe anche già ricevuto un preliminare assenso da parte del procuratore capo europeo in occasione dell'accordo del 25 marzo; essa dovrà comunque venire confrontata con la già richiamata disposizione regolamentare, prevedente che i PED esercitino i rimedi disponibili *in conformità del diritto nazionale*²², mentre nel preambolo si afferma che *"i loro poteri di pubblico ministero dinanzi agli organi giurisdizionali competenti si esplicano ... fino alla decisione finale che stabilisce se l'indagato o imputato abbia commesso il reato, incluse, se del caso, l'irrogazione della pena e la definizione delle azioni o dei ricorsi giudiziari proponibili fino*

¹⁹ Art. 9 D. L.vo 9/2021.

²⁰ V. art. 9, comma 2, del D. L.vo n. 9/2021.

²¹ Cfr. p. 10 della relazione illustrativa dello stesso del 2.11.2020 prot. Camera dei Deputati 2020/0001365/TN

²² V. art. 13, paragrafo 1, terzo comma, del regolamento.

a quando detta decisione non sia divenuta definitiva”²³. Proprio in quel richiamo alla “conformità [al] diritto nazionale” può probabilmente rinvenirsi la chiave di deroga alla lettera del regolamento, lettera che, ove interpretata restrittivamente, parrebbe invece richiedere che fosse lo stesso PED inizialmente incaricato del caso a seguire lo stesso *fino alla decisione finale*, tanto cioè *orizzontalmente* quanto *verticalmente*: dapprima sostenendo l'accusa dinanzi a qualsiasi tribunale nazionale, individuato in funzione dei normali criteri di competenza territoriale, e quindi nelle successive fasi di impugnazione, tanto in qualità di appellato come in quella di appellante, sino all'istanza di legittimità.

Da segnalare al riguardo come altri Paesi, quali ad esempio la Francia²⁴, abbiano seguito strade differenti, concentrando la competenza giurisdizionale a conoscere dei reati di competenza dell'EPPO presso un'unica giurisdizione (nella specie il tribunale di Parigi), analogamente alla scelta già effettuata in materia di procedimenti per reati di terrorismo; anche la Spagna, che non ha ad oggi ancora adottato la propria normativa di adeguamento, appare orientata a concentrare i procedimenti presso l'*Audiencia Nacional*²⁵.

La scelta italiana, operata già in sede di adozione della legge delega²⁶, di mantenere intatta la competenza territoriale delle proprie giurisdizioni, senza spostarla presso il tribunale della procura distrettuale dove i PED sono assegnati, potrebbe venire opportunamente rimeditata in futuro, anche sulla base delle esperienze maturate tanto all'interno come dagli altri Paesi. Essa obbliga infatti i procuratori delegati a dover inseguire i procedimenti PIF presso le più recondite sedi giudiziarie con notevole dispendio di tempi, energie e costi; ciò soprattutto ove si tenga conto dei frequenti rinvii ed udienze “a vuoto” che purtroppo continuano a caratterizzare, almeno fino ad oggi, il nostro sistema processuale ed a meno di dover immaginare che i procedimenti di competenza dell'EPPO possano venire ad essere diversamente e particolarmente *attenzionati* da parte delle corti procedenti, con buona pace del principio di eguaglianza processuale.

La materia disciplinare viene regolamentata dall'art. 12 del decreto legislativo in stretta conformità a quanto prevede l'art. 17 del regolamento EPPO, stabilendo che i provvedimenti comportanti la cessazione dal servizio, quelli di trasferimento di ufficio e quelli disciplinari, anche di natura cautelare, adottati per motivi non connessi alle responsabilità derivanti dal regolamento nei confronti dei magistrati nominati PED, siano eseguiti solo dopo averne dato comunicazione al procuratore capo europeo.

²³ Cfr. considerando n. 31.

²⁴ V. art. 3 della legge che ha introdotto un nuovo « Art. L. 211-19. – *Le tribunal judiciaire de Paris connaît des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne et relevant de la compétence du procureur européen conformément au règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, dans les cas et conditions prévus par le code de procédure pénale* ».

²⁵ Cfr. Art. 7 del “[Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento \(UE\) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea](#)”.

²⁶ V. art. 4, c. 2, lett. i) della L. n. 117/2019.

Un'apposita norma di *disconnessione*²⁷ sottrae poi i PED tanto al potere di direzione dei procuratori della Repubblica quanto all'attività di vigilanza del procuratore generale presso la corte di appello prevista dall'art. 6 del decreto legislativo n. 106/2006, rendendo altresì inapplicabili una serie di disposizioni del codice di rito ed in particolare gli artt. 53 sull'autonomia del pubblico ministero di udienza ed i casi di sua sostituzione, 371 bis, sull'attività di coordinamento del procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo, 372, 412 e 413, in materia di avocazione delle indagini, e 421 bis, limitatamente a ciò che riguarda la possibilità per il procuratore generale di avocare le indagini a seguito della richiesta di integrazione delle stesse formulata dal giudice.

Interessante sarà inoltre osservare se e in qual modo i procuratori generali presso le corti di appello, nel quadro della appena ricordata attività di vigilanza ex art. 6, orientata a verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione all'interno dei loro distretti nonché l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato, riterranno di doversi attivare presso i procuratori della Repubblica del distretto al fine precipuo di garantire la piena coerenza e sintonia tra le iniziative assunte in materia di reati PIF da parte di ciascun procuratore della Repubblica – per la non irrilevante parte di essi che, in applicazione della stessa disciplina regolamentare, continuerà comunque a venire perseguita dalle autorità nazionali – e l'azione condotta dai procuratori europei delegati negli stessi territori. Questi ultimi potrebbero quindi venire coinvolti in tale attività nelle forme ritenute più opportune ed ovviamente evitando di recare comunque attentato, sotto qualsiasi forma, alla loro indipendenza; potrebbe ad esempio venir loro rivolto l'invito a partecipare alle riunioni di coordinamento, invito che saranno ovviamente liberi di accettare o meno ma sempre nello spirito di leale cooperazione che deve in ogni caso connotare le relazioni tra procuratori delegati ed autorità nazionali.

Il decreto legislativo si preoccupa infine di prevedere che le regole in materia di esercizio dei poteri conferiti ai PED siano applicabili anche al procuratore europeo incaricato della supervisione il quale, pur facendo normalmente parte del livello centrale dell'EPPO, in casi eccezionali e dopo aver ottenuto l'approvazione della competente camera permanente, potrà adottare la decisione motivata di svolgere l'indagine di persona²⁸, esercitando in tal modo quella peculiare forma di intervento diretto che, nel linguaggio italiano, chiameremmo, questa sì, *avocazione*, dovendosi però evitare di confondere quest'ultima con l'omonimo termine attraverso il quale, in seno al regolamento²⁹, si indica invece una delle modalità di esercizio da parte dell'EPPO della propria competenza.

²⁷ V. art. 9, comma 3, del decreto legislativo n. 9/2021.

²⁸ Nelle ipotesi previste dall'art. 28, paragrafo 4, del regolamento.

²⁹ Vedi art. 27 del regolamento.

4. La comunicazione delle notizie di reato alla Procura europea e la conduzione delle indagini.

L'art. 14 del decreto legislativo 9/2021 disciplina la comunicazione e l'iscrizione delle notizie di reato di competenza della Procura europea prevedendo che, quando le stesse abbiano ad oggetto infrazioni in relazione ai quali la Procura europea potrebbe esercitare la sua competenza, esse siano presentate o trasmesse, oltre che al pubblico ministero nazionale, al procuratore europeo delegato.

La scelta del legislatore si è dunque orientata nel senso della “doppia comunicazione”, con una copia indirizzata dunque anche alla procura nazionale territorialmente competente in contemporanea alla comunicazione destinata all'EPPO. Tale scelta non appare confliggente con il regolamento, dovendosi comunque evitare la formazione di fascicoli nazionali “paralleli” prima che la Procura europea venga ad assumere le proprie determinazioni quanto all'esercizio della propria competenza, decidendo se avocare il caso o restituirlo alle autorità nazionali. Volgendo nuovamente lo sguardo oltralpe, notevoli perplessità sembra avere invece suscitato in sede europea la scelta operata di far pervenire le notizie di reato all'EPPO sempre ed unicamente *per l'intermediario* del pubblico ministero francese, al quale le notizie stesse continueranno ad essere indirizzate da parte delle autorità nazionali³⁰.

Nell'attesa della decisione da parte dell'EPPO sull'esercizio del diritto di avocazione del caso, che secondo il regolamento deve avvenire nel più breve tempo possibile e comunque non oltre cinque giorni dal ricevimento delle informazioni, la nostra autorità inquirente deve dunque limitarsi a disporre l'annotazione della notizia di reato in un apposito e separato registro, tenuto in forma automatizzata, istituito a livello nazionale con decreto del Ministro della giustizia nei trenta giorni successivi all'entrata in vigore del decreto legislativo. Nel caso in cui il pubblico ministero nazionale debba però procedere al compimento di atti urgenti, o vi sia comunque motivo di ritenere che un ritardo nell'avvio delle indagini possa comprometterne l'esito, dovrà allora comunque provvedersi agli adempimenti previsti dal primo comma dell'art. 335, comma 1, del codice di procedura penale, iscrivendo immediatamente la notizia di reato a “modello 21” o a “modello 44”, a seconda che gli autori siano o meno conosciuti.

Eguualmente dovrà immediatamente provvedersi alle iscrizioni previste dal già richiamato art. 335 cpp, nel caso in cui la Procura europea abbia comunicato che non intende esercitare la sua competenza e, in ogni caso, decorsi trenta giorni dalla indicata annotazione nel registro “di transito”. Il pubblico ministero è comunque tenuto ad informare la Procura europea dell'avvenuta iscrizione del procedimento così come dell'avvio delle indagini preliminari nei casi del compimento di atti urgenti o di *periculum in mora*.

³⁰ Art. 696-111. – *Les signalements prévus aux 1 à 3 et au 5 de l'article 24 du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen sont adressés au Parquet européen par l'intermédiaire du procureur de la République compétent, lui-même informé sur le fondement de l'article 19, du second alinéa de l'article 40 ou de l'article 80 du présent code.*

Anche in questo caso la prevenzione di possibili contrasti e conflitti tra l'autorità europea e quella nazionale sembra dover passare, assai più che attraverso le strette maglie delle previsioni normative, attraverso il *fair play* dei diversi protagonisti teso a prevenire od evitare ogni forzatura delle disposizioni regolamentari o legislative al fine di influenzare il successivo sviluppo del procedimento in una direzione od in un'altra. Dovrebbe ad esempio di certo evitarsi da parte delle autorità nazionali di procedere al compimento di atti definiti come *urgenti* in assenza di una reale necessità ed al solo fine di legittimare l'iscrizione del procedimento, come pure l'EPPO dovrebbe a sua volta, sempre a titolo di mero esempio, considerare con prudenza se in un caso minore di frode sottoposto alla sua attenzione ricorrano effettivamente *ripercussioni a livello dell'Unione*, una delle condizioni legittimanti la procura europea a radicare o ritenere la propria competenza anche per casi comportanti un danno per gli interessi finanziari UE inferiore ai 10mila euro³¹.

Per ciò che riguarda le misure investigative, occorre ricordare che il meccanismo prefigurato dal regolamento 2017/1939 prevede che i PED possano sempre disporre di un selezionato numero di misure d'indagine assicurate agli stessi da parte degli Stati membri, a condizione che il reato per cui si procede sia punibile con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione. Tra di esse figurano anche le misure di intercettazione, circondate tuttavia da particolari cautele essendo stata prevista la possibilità, per gli Stati che lo desiderino, di limitarle solo ad alcune categorie di gravi reati. A tale riguardo, l'art. 17 del decreto legislativo reca la dichiarazione per cui i procuratori europei delegati, attraverso il ricorso ad un sostanziale principio di assimilazione, sono autorizzati a disporre o a chiedere le intercettazioni di conversazioni e le consegne controllate di merci *nei limiti e alle condizioni previste dalle norme vigenti*. Conseguentemente è stata prevista la notifica alla Procura europea dell'elenco dei reati per i quali le vigenti norme italiane consentono l'impiego, a fini di indagine penale, dell'intercettazione di conversazioni o comunicazioni e delle consegne controllate di merci.

In materia di libertà personale, i poteri dei PED sono stati disciplinati dal regolamento attraverso un sostanziale rinvio ai poteri di cui dispongono i pubblici ministeri in conformità del diritto nazionale di ciascuno Stato partecipante applicabile in casi analoghi, potendo in tal senso disporre direttamente o invece richiedere l'emissione di misure di arresto o di custodia cautelare, o ancora emettere o chiedere un mandato di arresto europeo ove il soggetto ricercato si trovi in un altro Stato membro. A tal fine il decreto legislativo, all'art. 15, si limita a disporre che le procedure di consegna relative a mandati di arresto europei emessi da procuratori europei delegati sono disciplinate ai sensi della vigente normativa italiana in materia, vale a dire la nota legge 22 aprile 2005, n. 69, relativa al mandato di arresto europeo, legge peraltro proprio di recente modificata, in esatta coincidenza con l'adozione della normativa di adeguamento all'EPPO, attraverso il coevo decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 10³².

³¹ V. art. 25, paragrafo 2, del regolamento.

³² Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri,

5. I contrasti di competenza.

L'art. 25, paragrafo 6, del regolamento, prevede che, in caso di disaccordo tra l'EPPO e le procure nazionali in materia di competenza³³, il conflitto sia risolto da parte delle autorità nazionali competenti a risolvere tali tipo di conflitti. A tale riguardo ciascuno Stato partecipante deve specificare quale sia l'autorità nazionale che decide sull'attribuzione della competenza.

In attuazione di tale disposizione, l'art. 16 del decreto legislativo affida al procuratore generale presso la Corte di cassazione la competenza a decidere in caso di contrasto tra la Procura europea e una o più procure della Repubblica, applicandosi, in quanto compatibili, gli articoli in materia del codice di procedura penale³⁴.

Nel delicato equilibrio dei rapporti tra EPPO e le autorità nazionali che il regolamento delinea e cerca di preservare, la Corte di giustizia riveste un ruolo centrale in ordine alla disciplina dei contrasti in ragione della possibilità, prevista dall'art. 42, che in caso di mancata composizione del conflitto, essa possa *"pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione degli articoli 22 e 25 del [...] regolamento relativamente a eventuali conflitti di competenza tra l'EPPO e le autorità nazionali competenti"*³⁵.

L'avere affidato al procuratore generale presso la Corte di cassazione la competenza a decidere, in caso di disaccordo tra le procure nazionali e l'EPPO, se la condotta criminosa ricada o meno nella competenza di quest'ultimo, appare in perfetta coerenza con il vigente sistema nazionale nonché conforme alla previsione regolamentare che rinvia sul punto alle regole interne di ciascuno Stato partecipante.

Potrebbe invero revocarsi in dubbio se il procuratore generale presso la Corte di cassazione, qualora reputi necessario ai fini del suo decidere richiedere alla Corte di giustizia l'interpretazione delle disposizioni del regolamento, sia concretamente titolato a sollevare la questione pregiudiziale dinanzi ad essa ai sensi dell'art. 267 TFUE e ciò dal momento che la Corte ha sempre affermato che il carattere di "giurisdizione ai sensi dell'art. 267 TFUE" sia nozione rileva esclusivamente del diritto dell'Unione,

in attuazione della delega di cui all'articolo 6 della legge 4 ottobre 2019, n. 117. Per un primo commento sulla nuova normativa del MAE vedi PICCIOTTI, *La riforma del mandato di arresto europeo. Note di sintesi a margine del decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 10*, in lalegislazionepenale.eu, 2021.

³³ Vale a dire sulle questioni relative al se la condotta criminosa in esame rientri o meno nel campo di applicazione dell'articolo 22, paragrafi 2 o 3 (organizzazione criminale e reati "ancillari"), o dell'articolo 25, paragrafi 2 o 3 (reati comportanti un danno inferiore a 10mila euro oppure reati PIF comportanti sanzioni inferiori a quelle previste per i loro reati ancillari o comportanti un danno per gli interessi finanziari dell'Unione non superiore al danno reale o potenziale arrecato a un'altra vittima dello stesso regolamento).

³⁴ Artt. 54, 54-bis, 54-ter e 54-quater

³⁵ Gli artt. 22 e 25 del regolamento disciplinano rispettivamente la competenza materiale dell'EPPO e l'esercizio della stessa.

sviluppando una ampia giurisprudenza al riguardo³⁶ che non appare includere il pubblico ministero.

Le note caratteristiche di indipendenza proprie del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, combinate con la sua natura di unica *autorità nazionale competente a decidere sull'attribuzione delle competenze per l'esercizio dell'azione penale a livello nazionale*, ai sensi dell'art. 25.6 del regolamento, dovrebbero tuttavia legittimare agli occhi dei giudici di Lussemburgo la piena ricevibilità delle questioni pregiudiziali in provenienza dallo stesso e ciò proprio in quanto egli viene ad essere mediatamente investito dalla stessa norma regolamentare, attraverso il rinvio da quest'ultima operata al diritto nazionale, dell'esclusivo potere di risoluzione dei conflitti in materia.

Una diversa soluzione, che escludesse la natura *giurisdizionale* della competente autorità italiana, condurrebbe alla conseguenza ultima, e sicuramente non desiderata, di privare le parti al contrasto, ed in particolare l'EPPO, della possibilità di prospettare al Procuratore generale della Cassazione, in occasione del conflitto, la necessità di investire la Corte di giustizia di un quesito pregiudiziale relativo all'interpretazione delle disposizioni del regolamento in materia di competenza. A fronte di un *fumus* di fondatezza, il Procuratore generale, in quanto autorità di ultima istanza, avrebbe oltre che la possibilità anche l'obbligo, ai sensi dell'art. 267 TFUE, di domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione, venendosi altrimenti a privare di effetto utile la disposizione regolamentare che, se lascia alle autorità nazionali la competenza a decidere sui conflitti, vuole nel contempo affidata ai giudici di Lussemburgo l'ultima parola in materia di interpretazione delle norme sulla competenza. Tale soluzione, particolarmente propugnata e difesa nel corso del negoziato proprio da parte della Presidenza italiana del 2014, tende del resto a prevenire o scongiurare la possibilità che si verifichino eccessive disparità applicative tra i diversi Stati partecipanti in ragione della eventuale maggiore o minore propensione da parte delle autorità nazionali di ciascuno di essi a trattenere la propria competenza od invece a manifestare maggiore larghezza di vedute quanto alla possibilità che EPPO eserciti la propria anche nelle materie di confine diseguate agli artt. 22 e 25 del regolamento.

Scelta di segno diverso rispetto a quella italiana è stata effettuata in Francia dove la già ricordata legge di adeguamento interno³⁷ ha inserito in seno al codice di procedura penale la previsione per la quale è il giudice istruttore a decidere in materia di conflitti con successiva possibilità di impugnazione della sua ordinanza che decide sulla attribuzione di competenza, da parte della Procura europea, del pubblico ministero o delle parti, dinanzi alla *chambre criminelle* della *Cour de cassation*, risolvendo in tal modo *in nuce* il problema della natura giudiziaria dell'organo decidente.

³⁶ A tale riguardo, va rammentato che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, per valutare se l'organo del rinvio possieda le caratteristiche di una «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (v., in particolare, sentenze Torresi, nelle cause riunite C-58/13 e C-59/13; Miles e a., C-196/09, nonché Belov, C-394/11).

³⁷ V. il nuovo art. 696-136 c.p.p. introdotto dalla legge n. 2020-1672 relativa al Parquet européen, cit.

6. Strutture, personale e finanziamento.

6.1. Lo status giuridico del procuratore europeo.

Il regolamento³⁸ prevede che al procuratore capo europeo, ai procuratori europei ed ai procuratori europei delegati, oltretutto al direttore amministrativo e al personale dell'EPPO, si applichi lo statuto dei funzionari e degli altri agenti dell'Unione europea³⁹.

La stessa fonte stabilisce anche che il procuratore capo e i procuratori europei siano assunti come agenti temporanei dell'EPPO ai sensi dell'articolo 2, lettera a), del regime applicabile agli stessi. Tale regime comporta una appartenenza a tutti gli effetti al regime giuridico dei funzionari sia pur con permanenza nello stesso non a tempo indeterminato ma con durata temporale limitata a quella del mandato, sette anni per il procuratore capo, sei anni (prorogabili) per i 22 procuratori europei, salva come già ricordato la prima tornata di rinnovi.

Tale esclusiva appartenenza al regime giuridico dei funzionari dell'Unione rende ragione della scelta (peraltro sostanzialmente vincolata) operata dal legislatore delegato nel prevedere, all'art. 3 del decreto legislativo n. 9/2021, il collocamento fuori del ruolo organico della magistratura del magistrato italiano nominato al posto di procuratore europeo. Depone al tempo stesso in favore del riconoscimento della natura pienamente giudiziaria delle funzioni da quest'ultimo svolte presso la Procura europea l'ulteriore previsione per la quale il relativo periodo di servizio non è computato nel termine decennale massimo di fuori ruolo fruibile nel corso della carriera di un magistrato⁴⁰. Da notare che una analoga disposizione non è invece tuttora prevista per il membro nazionale di Eurojust né per i suoi aggiunti nonostante il nuovo regolamento⁴¹ istitutivo dell'agenzia con sede all'Aia lasci residuare assai esigui margini di interpretazione quanto alla natura necessariamente giudiziaria dei poteri che ad essi devono essere conferiti dal diritto nazionale per rispettare il dettato del regolamento stesso⁴².

Il collocamento fuori ruolo del magistrato procuratore europeo sottolinea anche plasticamente il carattere del necessario (ancorché solo temporaneo) distacco che lo stesso deve assumere rispetto al proprio ordinamento nazionale al fine di rendere effettivo quel requisito di *indipendenza* a gran voce proclamato dall'art. 6 del regolamento

³⁸ V. artt. 99 e ss. del regolamento.

³⁹ Regolamento n. 31, relativo allo Statuto dei funzionari e al regime applicabile agli altri agenti della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica, in GUCE 14.6.1962, p. 1385. Per la versione aggiornata a seguito delle innumerevoli modifiche v. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1962R0031:20140101:IT:PDF>.

⁴⁰ Cfr. art. 50, comma 2, del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, e art. 1, comma 68, della legge 6 novembre 2012, n. 190.

⁴¹ Regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio, in GUUE L 295, 21.11.2018, p. 138.

⁴² Cfr. SALAZAR, [La riforma di Eurojust e i suoi riflessi sull'ordinamento italiano](#), in *Dir. pen. cont.*, 1/2019, p.43.

2017/1939 e confermato da diverse disposizioni dello stesso. Ad ulteriore conferma di tale distanza, nonché al fine di evitare ogni ingiustificata disparità retributiva, dalla data di decorrenza degli effetti economici del contratto di assunzione da parte della Procura europea del magistrato nominato procuratore europeo, cessa il trattamento economico erogato a suo favore dall'Amministrazione nazionale.

Dal momento che è necessario un periodo minimo decennale, pur non continuativo, per poter maturare un trattamento pensionistico a carico dell'Unione mentre il periodo massimo di permanenza in carica di un procuratore europeo, anche in caso di eventuale *proroga* del mandato, è di nove anni, sarà sostanzialmente impossibile conseguire tale diritto nel corso della periodo di servizio presso la Procura ed alla scadenza del mandato i contributi versati dall'Unione saranno retrocessi in favore del magistrato procuratore europeo compensandolo sostanzialmente degli oneri da corrispondere verso il proprio regime contributivo nazionale. In conclusione, solo un procuratore europeo che compia il successivo salto a capo della Procura o che prosegua, dopo la fine del mandato, una carriera presso le istituzioni o le agenzie europee in diversa posizione potrà maturare il diritto ad un trattamento di quiescenza analogo a quello dei funzionari.

6.2. Lo status dei procuratori europei delegati.

I procuratori europei delegati (PED) sono invece assunti come consiglieri speciali secondo le condizioni di impiego degli altri agenti dell'Unione⁴³. Ai sensi dell'art. 17 del regolamento essi sono nominati *per un periodo rinnovabile di 5 anni*.

Ciò comporta l'assunzione da parte del bilancio dell'EPPO degli oneri salariali corrispondenti alle prestazioni lavorative degli stessi secondo una *griglia* retributiva stabilita nella decisione del collegio, la prima in assoluto adottata dallo stesso, che stabilisce le norme relative alle condizioni di impiego per i procuratori europei delegati⁴⁴. Comparando la retribuzione mensile prevista nella decisione, cui si aggiunge una *indennità di servizio* forfettaria destinata a compensare *le ore di lavoro straordinario e la reperibilità al di fuori del normale orario di lavoro*, con i salari medi dei magistrati italiani sembra in realtà potersi affermare che solo i magistrati meno anziani, riceveranno un trattamento economico percepibilmente più favorevole divenendo PED. In ogni caso, la decisione del collegio prevede un meccanismo di *top-up*, ove la retribuzione netta totale di un procuratore europeo delegato sia inferiore a quella che sarebbe stata se il procuratore fosse rimasto procuratore nazionale, attraverso il quale potrà corrispondersi un importo supplementare al fine di allinearla alla retribuzione netta nazionale.

Nel caso in cui i PED esercitino le loro funzioni anche in qualità di pubblici ministeri nazionali, in regime di *part-time*, la Procura europea continuerà a corrispondere loro l'intero salario ai sensi dello Statuto ma lo Stato membro interessato dovrà

⁴³ V. artt. 5, 123 e 124 del regime applicabile agli altri agenti dell'Unione.

⁴⁴ Decisione del collegio n. 1/2020 del 29 settembre 2020.

rimborsare all'EPPO la quota di esso relativa alla parte di lavoro prestato in qualità di pubblico ministero nazionale⁴⁵.

In coerenza con tale regime, l'art. 7 del decreto legislativo prevede che, dalla data di decorrenza degli effetti economici del contratto di assunzione con la Procura europea, cessi il trattamento economico erogato dal Ministero della giustizia a favore del magistrato nominato PED e che, in caso di esonero parziale, il Ministero della giustizia provveda al previsto rimborso in favore della Procura europea per la quota di trattamento economico spettante per lo svolgimento dell'ordinaria attività di procuratore nazionale. Tale procedura potrà venire testata con la annunciata designazione dei sostituti procuratori generali della Cassazione con funzioni di PED *part-time* anche se, nel caso italiano, essa potrebbe rivelarsi particolarmente macchinosa e richiedere aggiustamenti dal momento che non è dato prevedere quando questi ultimi verranno concretamente a spendere le prime ore di lavoro sui primi casi di competenza dell'EPPO che approdino alla Suprema Corte, pur potendo, nel frattempo, di certo affinare le proprie armi presentando le proprie conclusioni nei ricorsi sui casi PIF già seguiti dalle autorità nazionali.

In ogni caso, il periodo di servizio prestato dal magistrato italiano in qualità di PED sarà computato ai fini della progressione economica per anzianità di servizio come agli effetti del trattamento di quiescenza e di previdenza. Proprio per ciò che riguarda il controverso problema del versamento dei contributi previdenziali dei PED, esso è stato oggetto di lunga tenzone tra Commissione e Stati membri, che sembra essersi finalmente risolta a discapito di questi ultimi. Se l'art. 96(6) del regolamento EPPO si limita infatti a prevedere, cripticamente, che sia garantita *l'esistenza di disposizioni adeguate affinché siano mantenuti i diritti dei procuratori europei delegati in materia di previdenza sociale, pensioni e copertura assicurativa previsti dal regime nazionale*, la già ricordata decisione n. 1/2020 del collegio sulle condizioni di impiego dei PED, richiamando la predetta disposizione regolamentare, prevede che il descritto meccanismo di *top up* non possa coprire alcun contributo al regime previdenziale o assicurativo nazionale. L'art. 7 comma 3 del decreto legislativo prende atto di tale situazione e dispone di conseguenza che il versamento dei contributi previdenziali sia integralmente posto a carico del Ministero della giustizia, fatto salvo il rimborso all'amministrazione della quota previdenziale gravante sul magistrato nominato procuratore europeo delegato.

6.3. Le risorse umane e materiali dei PED.

La normativa interna di adeguamento ha dovuto offrire attuazione anche alla disposizione di cui al paragrafo 6 dell'art. 96 del regolamento la quale, dopo aver disposto che le autorità nazionali agevolino l'esercizio delle funzioni dei PED *astenendosi da qualsiasi azione o politica che possa incidere negativamente sulla loro carriera o sul loro status*,

⁴⁵ V. art. 22 della *Decision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 29 September 2020 laying down rules on conditions of employment of the European Delegated Prosecutors*.

prevede altresì che le stesse autorità dotino i PED delle *risorse e attrezzature necessarie per l'esercizio delle loro funzioni* assicurando che *siano pienamente integrati nelle rispettive procure nazionali*. Incombe dunque sui singoli Stati partecipanti l'onere di provvedere alle risorse materiali (personale di segreteria, locali di ufficio, apparecchiature informatiche, *etc.*) da porre a disposizione dei PED.

A tal fine l'art. 10 del decreto legislativo dispone tanto ai fini della individuazione del personale già in servizio presso l'Amministrazione giudiziaria da assegnare alle sedi dei PED, *a mezzo di interpello nazionale riservato al personale di ruolo dell'Amministrazione giudiziaria*, quanto ai provvedimenti organizzativi che i dirigenti delle procure della Repubblica individuate quali sedi dei PED devono adottare al fine di favorire la piena integrazione dei procuratori europei delegati nell'ambito dell'ufficio, dotandoli di personale amministrativo, locali e beni strumentali ed *assicurando in ogni caso l'eguaglianza di trattamento rispetto ai pubblici ministeri nazionali nelle condizioni generali di lavoro e nella fruizione dell'ambiente lavorativo*.

Il legislatore nazionale ha dunque voluto che i PED, a prescindere dal loro trattamento retributivo, ricevano un trattamento *logistico* né migliore né peggiore rispetto ai loro colleghi nazionali. Essi riceveranno la loro dotazione di risorse sostanzialmente sottraendole a quelle complessive già esistenti, notoriamente non sovrabbondanti, in forza dell'art. 10 del decreto legislativo il quale, *in fine* al suo comma 2, prevede che detti provvedimenti siano assunti *nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*.

Le stesse disposizioni finanziarie di cui all'art. 20 dello stesso decreto legislativo non fanno del resto che confermare, ove dubbio vi fosse, il descritto approccio *zero costs*, disponendo che dall'attuazione dello stesso decreto, *"fatta eccezione per l'articolo 4, non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica"* e ribadendo che le amministrazioni interessate provvedano ai relativi adempimenti *"nell'ambito delle risorse umane strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente"*. Gli unici oneri finanziati dalla stessa disposizione sono quelli derivanti dall'articolo 4, relativo al collocamento dei PED, per un importo pari ad euro 533.848 annui a decorrere dall'anno 2021, i quali sembrerebbero sostanzialmente corrispondere al solo ammontare derivante dal versamento dei contributi previdenziali posti a carico del Ministero della giustizia in forza del comma 3 dell'art. 7 del decreto legislativo (fatto salvo il già ricordato rimborso all'amministrazione delle quote di spettanza del magistrato).

7. Nel frattempo, a Lussemburgo...

Nelle more dell'adeguamento da parte degli Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata al regolamento, è proseguito incessante a Lussemburgo il lavoro preparatorio per consentire il concreto e più sollecito avvio della attività di indagine da parte della Procura europea, avvio che il regolamento stabiliva non potesse avvenire prima di tre anni dalla sua entrata in vigore (quindi in ogni caso non prima del 20 novembre 2020).

I problemi logistici appaiono oramai in gran parte risolti: dopo la conclusione dell'accordo di sede con il Lussemburgo, il 27 novembre 2020⁴⁶, nel gennaio di quest'anno l'EPPO ha preso possesso della "torre B" situata nel quartiere europeo del Kirchberg, simbolicamente all'ombra dell'imponente nuovo edificio della Corte di giustizia UE.

Il collegio ha anche già adottato numerose tra le quali si segnalano, oltre a quella già ricordata sulle condizioni di impiego dei procuratori europei delegati⁴⁷, quelle sulle regole di procedura per la loro nomina⁴⁸, sul regime linguistico interno⁴⁹ e sul regolamento interno della Procura europea⁵⁰, sulla nomina dei due sostituti del procuratore capo europeo (tra cui l'italiano Danilo Ceccarelli)⁵¹, sulle camere permanenti⁵², sull'adozione del regolamento finanziario⁵³ ed infine sulla nomina del direttore amministrativo⁵⁴, dopo che ben due direttori amministrativi *ad interim* si sono nel frattempo succeduti in un assai breve lasso di tempo su una poltrona all'evidenza non particolarmente confortevole.

È stato poi dato avvio operativo al sistema automatico di gestione dei fascicoli (*Case Management System* – CMS) destinato a contenere un registro delle notizie di reato ricevute dall'EPPO, un indice di tutti i fascicoli nonché le informazioni e le prove relative a ciascuno di essi, che possono essere archiviate in forma elettronica e che sono inserite a cura del procuratore europeo delegato incaricato del singolo caso. Esso dovrebbe essere quindi in condizione di ricevere i primi carichi di dati una volta che l'EPPO diverrà pienamente operativo e aprirà le sue prime indagini.

Accordi di lavoro sono poi stati conclusi, ad inizio 2021, dall'EPPO con alcuni dei suoi principali partner istituzionali, in particolare con Europol⁵⁵ ed Eurojust⁵⁶ mentre quello con l'Ufficio europeo di lotta antifrode (OLAF) dovrebbe anch'esso vedere presto la luce⁵⁷ in attesa che venga concluso quello generale con la Commissione europea; il legislatore dell'Unione ha anche già adottato il nuovo regolamento che modifica la regolamentazione OLAF al fine di prevedere la cooperazione dell'Ufficio con la Procura europea e salvaguardare l'efficacia delle sue indagini⁵⁸.

⁴⁶ <https://www.eppo.europa.eu/news/european-chief-prosecutor-signs-headquarters-agreement-luxembourg>.

⁴⁷ Decisione del collegio della Procura europea n. 1/2020, del 29.9.2020.

⁴⁸ Decisione del collegio della Procura europea n. 13/2020, del 16.11.2020.

⁴⁹ Decisione del collegio della Procura europea n. 2/2020, del 30.9.2020.

⁵⁰ Decisione del collegio della Procura europea n. 3/2020, del 12.10.2020, in GUUE C 22, 21.1.2021, p. 3.

⁵¹ Decisioni del collegio della Procura europea n. 10 e 11/2020, del 11.11.2020.

⁵² Decisione del collegio della Procura europea n. 15/2020, del 25.11.2020, in GUUE C 59, 19.2.2021, p. 8.

⁵³ Decisione del collegio della Procura europea n. 2/2021, del 13.1.2021.

⁵⁴ Nella persona del francese Olivier Jean Michel Ramsayer, decisione del collegio della Procura europea n. 3/2021, del 23.1.2021.

⁵⁵ <https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-01/EPPO%20Europol%20Working%20Arrangement.pdf>.

⁵⁶ <https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-02/Working-Arrangement-Eurojust-EPPO.pdf>.

⁵⁷ V. doc. WK 282/2021 INIT del 13.1.2021 recante una bozza dell'accordo di lavoro tra i due organismi

⁵⁸ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2223 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 dicembre 2020, che modifica il regolamento (UE, Euratom) n. 883/2013 per quanto riguarda la cooperazione con la Procura

Da segnalare anche che, nel quadro dell'attuazione del recente Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea ed il Regno Unito⁵⁹, l'Unione ha già proceduto a notificare alle autorità d'oltremarica la Procura europea quale autorità competente tanto in materia di assistenza giudiziaria come anche per l'emanazione ed esecuzione delle richieste di confisca, quando l'EPPO agisca nell'ambito delle competenze in materia di protezione degli interessi finanziari dell'UE conferite dal regolamento istitutivo n. 2017/1939⁶⁰.

Come è dato vedere, se tutto o quasi è pronto per il concreto avvio dell'attività operativa dell'EPPO, la causa del tuttora perdurante ritardo è da rinvenirsi essenzialmente nella mancata designazione dei procuratori europei delegati da parte di diversi Stati partecipanti che non hanno ancora proceduto alla loro designazione, anche dopo aver ricevuto l'accordo del procuratore capo sul loro numero e ripartizione funzionale e territoriale delle competenze all'interno di ciascuno di essi, secondo la procedura prevista dall'art. 13, paragrafo 2, del regolamento. Ad inizio aprile 2021, infatti, solo dodici Stati partecipanti, da ultimo la Francia, avevano infatti designato i loro PED mentre dieci mancavano ancora all'appello.

Al fine di far fronte alla eventuale mancata designazione da parte di alcuni Stati dei propri PED è stata esaminata l'ipotesi di poter iniziare l'attività operativa dell'EPPO anche in caso di mancanza di alcuni di essi in quanto ciò non potrebbe rappresentare un impedimento all'entrata in funzionamento dell'EPPO costituendo uno dei casi *eccezionali* che ai sensi del regolamento⁶¹ giustificerebbero lo svolgimento di persona delle indagini da parte del procuratore europeo nello Stato interessato. È ben evidente tuttavia che tale soluzione non sembra percorribile in concreto in quanto sarebbe estremamente difficile, per non dire impossibile, per un procuratore europeo basato a Lussemburgo condurre personalmente tutte le indagini di competenza all'interno del proprio Stato membro di origine, soprattutto ove quest'ultimo avesse le dimensioni ed il probabile elevato numero di casi dell'Italia.

8. La volata finale.

Il decreto legislativo n. 9/2021 di adeguamento al regolamento da parte dell'Italia è intervenuto in sostanziale sintonia temporale con la legislazione adottata da buona parte degli altri Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata EPPO⁶² e senza sensibili ritardi.

europea e l'efficacia delle indagini dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode, in GUUE L 437, 28.12.2020, p. 48.

⁵⁹ GUUE L 444, 31.12.2020.

⁶⁰ Sugli aspetti di cooperazione giudiziaria legati alla Brexit, v. SALAZAR, *La cooperazione penale con il Regno Unito dopo la Brexit*, in *Cass. pen.*, 2021, in corso di pubblicazione.

⁶¹ V. art. 28, paragrafo 4.

⁶² In Portogallo la legge n. 112 è stata adottata il 10 settembre 2019; in Francia, la Loi n. 2020-1672 "relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée" è del 24 dicembre 2020; in Belgio la Loi portant des dispositions diverses en matière de justice è del 17 febbraio 2021.

Come si è detto occorre ancora completare la nomina di tutti i procuratori europei delegati indispensabili al funzionamento della nuova Procura, ma comunque entro la prima metà del corrente anno 2021 l'EPPO dovrebbe avviare le proprie prime indagini, confrontandosi a questo punto con un arretrato teorico di oltre tre anni e mezzo, in forza della disposizione⁶³ del regolamento che prevede che esso eserciti la propria competenza in relazione a qualsiasi reato potenzialmente rientrante in quest'ultima purché commesso dopo la sua data di entrata in vigore il 20 novembre 2017.

Un grande, e vogliamo immaginare assai severo, lavoro di *triage* sembra dunque attendere la prima fase operativa dell'EPPO al fine di selezionare e procedere all'esercizio della propria competenza in relazione ai soli casi del triennio precedente che lo richiedano effettivamente in ragione della loro speciale rilevanza, lasciando tutti gli altri alle autorità nazionali le quali, oltretutto, dovrebbero avere nel frattempo già avanzato le proprie indagini al riguardo.

Dovrà a tale riguardo evitarsi che tale potenziale arretrato possa far partire l'EPPO già appesantito da un fardello che potrebbe mettere piombo nelle ali del nuovo organismo. Rischierebbe in tal modo di impedirsi allo stesso di occuparsi e preoccuparsi anzitutto del *core-business* destinato ad attenderlo negli immediati anni a venire, vale a dire la ricerca e la repressione delle possibili frodi aventi ad oggetto il profluvio di finanziamenti (oltre 672 miliardi di euro, tra prestiti e sovvenzioni, per il solo pacchetto *NextGenerationEU* che salgono a circa 1800 miliardi di euro ove ad esso si aggiunga il nuovo quadro finanziario pluriennale) che sta per essere riversato sugli Stati membri attraverso il più ingente programma di misure di stimolo mai finanziato dall'UE al fine di promuovere il rilancio dell'Europa dopo la pandemia di COVID-19.

Ancora una volta non può che ribadirsi come sia essenziale garantire una partenza con il piede giusto delle attività di indagine dell'EPPO, auspicabilmente nel migliore spirito di cooperazione con le autorità nazionali. Con queste dovrà necessariamente installarsi un clima ispirato non già a competizione o potenziale gelosia per gli altrui successi, bensì alla fiducia reciproca – quella stessa che da oltre un ventennio costituisce, o dovrebbe costituire, il *fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione*⁶⁴ – ed alla altrettanto reciproca soddisfazione per i positivi risultati conseguiti dalle autorità inquirenti nazionali come da quelle europee nel comune sforzo di contrasto alla criminalità.

Nel caso italiano, nessuna potenziale concorrenza, si ha ragione di ritenere, avrà ad esempio ragione di installarsi in tema di contrasto al crimine organizzato dove alla elevatissima specializzazione in materia maturata dal sistema DNA/DDA corrisponderà di certo un *self-restraint* da parte dell'EPPO nel rivendicare la propria competenza nei (soli) confronti delle organizzazioni criminali la cui attività criminosa è *incentrata* sulla commissione di uno dei reati PIF.

Altrettanto essenziale sarà giungere ad affrontare la valutazione che la Commissione è chiamata ad operare entro cinque anni dall'avvio delle attività operative

⁶³ V. art. 120, paragrafo 2.

⁶⁴ V. punto 33 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999.

dell'EPPO con un risultato operativo di segno chiaramente positivo. È necessario infatti presentare al contribuente europeo un apprezzabile ritorno utile dell'investimento operato assumendo la non facile decisione di dare vita alla prima reale esperienza di procura sovranazionale ancor prima che la gravissima emergenza pandemica rendesse a tutti palese la necessità di proteggere le risorse finanziarie dell'Unione da frodi ed altre attività illecite.

Solo in presenza di un positivo bilancio all'esito del primo lustro di attività sarà infatti possibile immaginare di compiere l'ulteriore ed eventuale passo in avanti, già da molti auspicato⁶⁵ oltreché annunziato in una comunicazione della Commissione europea⁶⁶, relativo alla possibile estensione della competenza della Procura europea anche ai reati di terrorismo e ad altre forme di criminalità grave transnazionale; estensione astrattamente resa possibile dal paragrafo 4 dell'art. 86 TFUE, con la previsione, tuttavia, di una procedura legislativa speciale che prevede il passaggio per la strettissima cruna dell'ago costituita dall'adozione di una decisione all'unanimità da parte del Consiglio europeo.

⁶⁵ Già avanzata all'interno del parere adottato il 21 giugno 2016 dalla nostra Camera dei Deputati in occasione delle discussioni sulla direttiva UE in materia di terrorismo (Doc. Camera XVIII n. 43.6), la proposta di espandere le competenze dell'EPPO anche al terrorismo ed alla criminalità grave internazionale venne tra l'altro avanzata da parte del Ministro della Giustizia A. Orlando ancor prima che il regolamento EPPO venisse adottato, concretandola in una lettera indirizzata al suo omologo spagnolo all'indomani dei gravissimi attentati terroristici di Barcellona del 17 agosto 2017 e quindi replicata al Commissario europeo per la Giustizia ed alla Presidenza di turno estone (*Corriere della Sera*, 17 agosto 2017, p. 25); l'idea è stata successivamente ripresa e rilanciata anche dall'allora Presidente della Commissione, J. C. Juncker, nel suo "Discorso sullo stato dell'Unione" del 12 settembre 2017 e, a pochi giorni di distanza, dal Presidente della Repubblica francese E. Macron, in un discorso sul rilancio dell'integrazione europea pronunciato alla Sorbona (*La Repubblica* del 27 settembre 2017, p. 12), e finalmente dal Presidente del Parlamento europeo A. Tajani in occasione dell'approvazione del regolamento EPPO da parte dell'assemblea. Per un commento sul tema v. anche VENEGONI, [Procura Europea e reati di terrorismo: un connubio impossibile?](#), in *Questione Giustizia*, 2015.

⁶⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio europeo *Un'Europa che protegge: un'iniziativa per estendere le competenze della Procura europea (EPPO) ai reati di terrorismo transfrontaliero*, del 12 settembre 2018, COM(2018) 641 final.

NESSUNA ABOLITIO CRIMINIS NELLA VICENDA DEI REATI ALIMENTARI

di Marco Gambardella

Il nuovo Governo è intervenuto in via d'urgenza con il d.l. n. 42/2021, prima dello scadere del periodo di vacatio legis del d.lgs. n. 27/2021, per evitare la sconcertante abrogazione delle contravvenzioni in materia agroalimentare ad opera dell'art. 18 d.lgs. n. 27 cit. Il decreto legge "correttivo" è in grado di escludere vicende abolitive, poiché – in base a quanto stabilito dagli artt. 73, comma 3, Cost. e 10 disp. prel. c.c. – la legge abrogatrice degli illeciti penali non è mai entrata in vigore. In tal modo, il Governo ha scongiurato non solo che "per il futuro" il settore della sicurezza alimentare resti privo di tutela sanzionatoria, ma altresì che per le condotte c.d. "antecedenti" (realizzate prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 42, ossia sino al 24 marzo 2021) si verifichi il fenomeno dell'abolitio criminis (con tutte le sue conseguenze ex artt. 2, comma 2, c.p. e 673 c.p.p.).

SOMMARIO: 1. Il d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 27 e l'abrogazione della l. n. 283 del 1962. – 2. L'incomprensibile ed errata abrogazione delle contravvenzioni in materia agroalimentare. – 3. L'identificazione della nozione di *abolitio criminis* con quella teorico-generale dell'abrogazione di una legge. – 4. Il d.l. n. 42/2021 e la modifica urgente dell'art. 18 d.lgs. n. 27/2021. – 5. L'orientamento giurisprudenziale secondo cui la novazione legislativa favorevole si applica già durante la *vacatio*. – 6. Non vi è spazio per esiti abolitivi in materia di sicurezza alimentare.

1. Il d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 27 e l'abrogazione della l. n. 283 del 1962.

La vicenda è recentissima ma ha già avuto una vasta risonanza, non solo all'interno delle riviste specializzate e nelle relazioni del Massimario della Corte di cassazione, bensì anche sulla stampa nazionale. Basti pensare al puntuale articolo di Giovanni Negri nel Sole 24 Ore del 21 marzo 2021 (p. 5), il quale riporta il significativo titolo: "Illeciti alimentari, fermato il colpo di spugna".

Ebbene, prima di esaminare in che modo è stato impedito dall'attuale Governo l'inopinato "colpo di spugna", arginata la voragine creatasi in materia di sicurezza agroalimentare, occorre dare conto del non distante nel tempo antefatto legislativo.

L'art. 18, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 27 (nella sua versione originaria, che sarebbe dovuta entrare in vigore il 26 marzo 2021) ha espressamente abrogato la legge n. 283 del 1962, facendo salve unicamente le disposizioni di cui agli

artt. 7, 10 e 22. Il decreto legislativo in parola è stato emanato per dare attuazione, ai sensi della legge di delegazione europea (n. 117/2019), alle previsioni del Reg. UE 2017/625¹.

L'originaria abrogazione ha ad oggetto la fondamentale legge in materia di "disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande". Si tratta, in pratica, delle più importanti contravvenzioni nel settore igienico-sanitario degli alimenti. Illeciti volti alla prevenzione e alla repressione penale delle trasgressioni in campo alimentare (artt. 5, 6, 12 e 12-bis l. n. 283/1962).

Un complesso normativo a tutela della sicurezza agroalimentare mediante lo strumento penale, che anticipa – mediante l'impiego del modello dell'illecito contravvenzionale di pericolo – la protezione penale garantita dai più gravi delitti codicistici di comune pericolo mediante frode (artt. 439 ss. c.p.), operanti là dove si sono già verificati gli eventi lesivi².

Viene in considerazione una "abrogazione secca", restando in vigore soltanto l'illecito, di scarsissima applicazione nella prassi, previsto dall'art. 10 l. n. 283 del 1962, in quanto esplicitamente eccettuata dall'art. 18 d.lgs. n. 27 del 2021.

L'art. 10 della l. n. 283 del 1962 (escluso dall'abrogazione da parte del d.lgs. 27/2021) risulta, nondimeno, oggetto di depenalizzazione ad opera dell'art. 1 d.lgs. n. 507 del 1999, che ha operato una generale trasformazione in illecito amministrativo pecuniario di tutte le contravvenzioni alimentari presenti nella cit. l. n. 283, ad eccezione di quelle di cui agli artt. 5, 6 e 10.

Non è possibile, invero, affermare che il legislatore abbia voluto qui attuare un progetto di "depenalizzazione" nel settore dei reati alimentari: ossia, una degradazione degli illeciti penali in illeciti amministrativi, trasformando così le contravvenzioni in questione in violazioni sanzionate in via amministrativa.

Né può sostenersi che, contestualmente all'abolizione delle incriminazioni in materia alimentare, si produca una corrispettiva e generale riespansione dei sottostanti illeciti amministrativi pecuniari, che colmi l'area prima presidiata tramite le

¹ In proposito, cfr. A. NATALINI, *Colpo di spugna sui reati alimentari: abrogate le contravvenzioni igienico-sanitarie minori*, in *Norme e tributi plus il Sole 24 Ore*, 13 marzo 2021, 1 ss.; F. DIAMANTI, [Il sortilegio di Von Kirchmann. Abrogati \(nottetempo\) i reati alimentari della l. n. 283/1962](#), in questa *Rivista*, 17 marzo 2021, 1 ss.; E. MAZZANTI, [Abrogata la legge 30 aprile 1962, n. 283: una scelta incomprensibile che rischia di aprire una voragine nel sistema degli illeciti alimentari](#), in *Giur. pen. web*, 2021, 3, 1 ss.; G. AMENDOLA, [L'assurda abrogazione della "legge alimenti". Sguarnito il fronte della tutela della salute dei cittadini e del contrasto delle frodi alimentari](#), in *Quest. Giust.*, 19 marzo 2021, 1 ss.

² Sui rapporti tra le fattispecie delittuose di comune pericolo disciplinate dal codice penale e gli illeciti contravvenzionali di cui alla l. 283 del 1962 si veda, in generale, A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Giuffrè, 2013, 303. Sulla loro diversa scansione offensiva cfr. D. CASTRONUOVO, [La riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare. Appunti sul d.d.l. 2427](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 177 ss.; C. CUPELLI, [Il cammino verso la riforma dei reati in materia agroalimentare](#), in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2015, 5 ss. Da ultimo, sulla "bipolarità teleologica" che caratterizza la tutela penale della salute, cfr. A. GARGANI, [Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma](#), in *La legislazione penale*, 9 settembre 2020, 12-13. In generale, si veda la "Relazione finale" dell'VIII gruppo di lavoro, coordinato dal prof. Massimo Donini, su ["Reati contro la salute privata e pubblica e contro l'incolumità privata e pubblica"](#), nell'ambito del progetto di ricerca sui "Delitti contro la persona" a cura dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale.

contravvenzioni igienico-sanitarie. E ciò in quanto le sottostanti figure di illecito amministrativo sono calibrate per il singolo comparto o per la singola sostanza o processo tecnologico, e sono inoltre configurate in termini di “specialità” rispetto alle abrogate contravvenzioni da parte del d.lgs. n. 27 del 2021³.

2. L'incomprensibile ed errata abrogazione delle contravvenzioni in materia agroalimentare.

La cancellazione degli illeciti contravvenzionali contenuti nella legge n. 283 del 1962 a tutela dell'igiene e salubrità degli alimenti ad opera della primitiva versione dell'art. 18 d.lgs. n. 27 del 2021 ha determinato un generale sconcerto nella comunità dei giuristi (e non solo).

Si è proceduto ad abrogare (in modo esplicito), da parte del precedente Governo (c.d. “Conte 2”), per mezzo di una scelta inaspettata e incomprensibile, le disposizioni connesse a violazioni in materia alimentare, le quali rappresentano da anni il principale strumento penale di prevenzione e repressione (anticipata) nel settore della salute pubblica.

Si è osservato al riguardo, in modo assolutamente condivisibile, che – per un verso – questa non è una “abrogazione qualsiasi. È radicale, è rivoluzionaria, è inaspettata, è sbagliata”. Invero, i difetti di un settore – come quello della sicurezza agroalimentare – possono sicuramente essere migliorati, ma non certo con l’abrogazione di un intero livello di tutela, bensì tramite un progetto generale che attua un preciso disegno riformatore⁴.

Per altro verso, la vicenda è sicuramente confusa nonché “misteriosa” e induce a interrogarsi sulle modalità di svolgimento dei lavori legislativi in una materia così delicata e sulle ragioni che ostacolano l’approvazione del progetto di riforma degli illeciti agroalimentari che da anni langue nelle aule parlamentari⁵.

Oltretutto, l’opzione abrogatrice si pone in controtendenza rispetto al contenuto del disegno di legge, di iniziativa governativa (AC 2427 in corso di esame alla Camera) il quale, viceversa, prevede un rafforzamento del complessivo quadro penale,

³ Cfr. F. DIAMANTI, *Il sortilegio di Von Kirchmann. Abrogati (nottetempo) i reati alimentari*, cit., p. 4 ss.; E. MAZZANTI, *Abrogata la legge 30 aprile 1962, n. 283*, cit., p. 3; ampiamente in tal senso la *Relazione del Massimario della Corte di cassazione*, n. 13/2021, 17 marzo 2021, red. A. Natalini, 3 ss.

⁴ In tal senso, cfr. F. DIAMANTI, *Il sortilegio di Von Kirchmann. Abrogati (nottetempo) i reati alimentari*, cit., 8 ss. Sul progetto Caselli per una riforma sistematica dei reati in materia agroalimentare si vedano le considerazioni di M. DONINI, *Il progetto 2015 della commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *Diritto agroalimentare*, 2016, 207 ss. Per un importante contributo sul modello di illecito da utilizzare nei reati contro la salute pubblica si veda ancora M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. Donini – D. Castronuovo (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza sul lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, Cedam, 2007, 201 ss.

⁵ È l’avviso di G. AMENDOLA, *“Legge Alimenti”: si rimedia a un errore*, in *Quest. Giust.*, 31 marzo 2021, 1 ss.

introducendo nella citata legge n. 283 del 1962 ipotesi delittuose di pericolo, nonché la responsabilità delle persone giuridiche collegata alla commissione di tali reati.

Si è inoltre fatto immediatamente notare come, nello *Schema di decreto legislativo* trasmesso al Parlamento il 3 novembre 2020, fra le disposizioni da abrogare non si rinviene la l. n. 283 del 1962 ricomparsa poi nell'art. 18 d.lgs. n. 27/2021⁶.

La disposta abrogazione della legge n. 283 del 1962 non risulta conforme ai criteri di delega. Infatti, l'art. 12, comma 3, lett *i*, l. n. 117 del 2019 conferisce al Governo soltanto il potere di «ridefinire il sistema sanzionatorio per la violazione delle disposizioni del regolamento 2017/625 attraverso la previsione di sanzioni amministrative efficaci, dissuasive, proporzionate alla gravità delle violazioni medesime», mentre nel provvedimento non è stata inserita alcuna sanzione amministrativa⁷.

Inoltre, l'art. 32 della l. n. 234 del 2012 – espressamente richiamato tra i principi di delega dall'art. 12, comma 3, cit. – stabilisce al comma 1, lettera *d* che, nell'attuazione delle previsioni eurounitarie, sia possibile prevedere sanzioni penali e amministrative «al di fuori dei casi previsti dalle norme penali vigenti»; sicché, l'abrogazione delle fattispecie penali in materia alimentare, contenute nella l. n. 283 del 1962, contrasta all'evidenza con detto principio di delega.

In definitiva, significative violazioni in materia di conservazione degli alimenti, somministrazione degli stessi, di adulterazione attraverso additivi chimici con l'eliminazione delle contravvenzioni in questione per effetto del d.lgs. n. 27/2021 sono affidate soltanto alla protezione mediante lo strumento amministrativo-pecuniario⁸. Senza inoltre tener conto del particolare momento storico nel quale l'opinione pubblica ha un'attenzione sempre maggiore per il diritto alla salute del cittadino-consumatore.

3. L'identificazione della nozione di *abolitio criminis* con quella teorico-generale dell'abrogazione di una legge.

A questo punto la questione da cui muovere è in realtà semplice: che cosa comporta sul piano giuridico-penale l'abrogazione, da parte dell'art. 18 d.lgs. n. 27/2021, degli artt. 5, 6, 12 e 12-bis l. n. 283/1962?

Dall'abrogazione di tali disposizioni discende, invero, l'integrale *abolitio criminis* delle figure contravvenzionali contenute in tali enunciati legislativi; ossia delle norme incriminatrici che si ricavano dall'attribuzione di significato dato alle disposizioni mediante l'interpretazione.

Con tutte le conseguenze derivanti dalla disciplina stabilita dagli artt. 2, comma 2, c.p. e 673 c.p.p. L'*abolitio criminis* fa cessare tutti i procedimenti penali in corso: con

⁶ Cfr. E. MAZZANTI, *Abrogata la legge 30 aprile 1962, n. 283*, cit., 3; F. DIAMANTI, *Il sortilegio di Von Kirchmann. Abrogati (nottetempo) i reati alimentari*, cit., 9.

⁷ Un'ampia analisi del possibile eccesso di delega in riferimento all'art. 12, comma 3, l. n. 117 del 2019, si rinviene nella *Relazione del Massimario della Corte di cassazione*, n. 13/2021, cit., 5 ss.

⁸ Si veda la casistica riportata da F. DIAMANTI, *Il sortilegio di Von Kirchmann. Abrogati (nottetempo) i reati alimentari*, cit., 7.

l'archiviazione, ai sensi dell'art. 411 c.p.p., se sono ancora in fase di indagine, perché il fatto non è previsto dalla legge come reato; o con una sentenza di proscioglimento, ex art. 129 c.p.p., perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, in ogni stato o grado del processo (anche nel giudizio di cassazione).

L'aspetto più importante è che le condanne definitive, pronunciate sulla base dell'ipotesi di reato abolita, devono essere revocate dal giudice dell'esecuzione, su richiesta dell'imputato o anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 673 c.p.p. Il giudice è tenuto, inoltre, rimuovere gli effetti giuridici comunque pregiudizievoli che scaturiscono dalla pronuncia di condanna passata in giudicato: come ad es. eliminare le iscrizioni nel casellario giudiziale (la sentenza di condanna non potrà essere più considerata "un precedente" nemmeno per una successiva sospensione condizionale della pena) o far cessare le pene accessorie.

Ora, tuttavia non si può dare per scontato, ma va spiegato perché l'abrogazione della legge n. 283 del 1962 (e in particolare degli artt. 5, 6, 12 e 12-bis) abbia determinato l'integrale *abolitio criminis* – ex artt. 2, comma 2, c.p. e 673 c.p.p. – delle figure contravvenzionali contenute in tali disposizioni soppresse.

Il secondo comma dell'art. 2 c.p. disciplina, in particolare, il fenomeno della c.d. *abolitio criminis*. Alla luce del principio costituzionale d'irretroattività, si deve superare l'ottica strettamente codicistica, secondo cui non si esige che la legge successiva intervenga ad abrogare la norma incriminatrice, bensì che alla stregua di una legge posteriore non sia più possibile soltanto qualificare un "fatto concreto" come reato⁹.

E di conseguenza – valorizzando il disposto dell'art. 25, comma 2, Cost. – bisogna invece identificare la nozione di *abolitio criminis* con quella teorico-generale dell'abrogazione di una legge (art. 15 disp. prel. c.c.): la legge spiega la sua efficacia nel tempo sino a quando una legge successiva (fonte di pari grado) non la abroghi¹⁰. Il meccanismo dell'abrogazione comporta, dunque, la cessazione della vigenza di una norma (valida)¹¹.

In Italia, soltanto a partire dagli anni '80, si sono prodotti radicali cambiamenti nel dibattito riguardante la successione nel tempo di norme penali. Le ragioni del cambiamento del paradigma debbono essere rinvenute nella piena valorizzazione del principio costituzionale di irretroattività nell'interpretazione dell'art. 2 c.p.

Ebbene, come già accaduto per il principio di colpevolezza, dottrina e giurisprudenza hanno tardato ad attribuire al principio di irretroattività il giusto valore nell'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni in materia intertemporale. Solo dai primi anni '80, alla ricerca di un criterio cui agganciare la distinzione del fenomeno "abolitivo" da quello semplicemente "modificativo", si è avuta la completa attuazione del principio costituzionale di irretroattività in ambito penale.

⁹ In tal senso, v. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1999, 112 ss.

¹⁰ Cfr. M. GAMBARDILLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, E.S.I., 2008, 121 ss.

¹¹ Cfr. S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, 141 ss.; F. MODUGNO, voce *Abrogazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, 1 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, 188 ss.

Si è imposto così, per un verso, un nuovo modello di soluzione delle questioni intertemporali di stampo logico-formale, fondato sul confronto tra le astratte norme incriminatrici che si succedono nel tempo; e per altro verso, si deve far coincidere il fenomeno dell'*abolitio criminis* con quello teorico-generale dell'abrogazione normativa.

Con l'espressione *abolitio criminis* va denotato dunque il fenomeno dell'abrogazione di una norma incriminatrice: la norma successiva prevale su quella anteriore, eliminandola dall'ordinamento penale, quando si è in presenza di norme che scaturiscono da fonti poste sullo stesso livello gerarchico¹². Si tratta del tipico meccanismo dell'abrogazione basato sull'idoneità della norma susseguente a produrre l'inefficacia della precedente¹³.

Precisandosi che il concetto di "norma" viene qui tenuto separato da quello di "disposizione", secondo un'elaborazione ormai abbastanza diffusa sia tra i teorici generali del diritto che nella dottrina costituzionalistica: per "disposizione" s'intende un "enunciato" appartenente ad una fonte del diritto; "norma" è, invece, il "significato" che si ricava dalla disposizione per mezzo dell'interpretazione¹⁴.

Pertanto, la disposizione dell'art. 2, comma 2, c.p. può essere riletta proprio come una previsione normativa rivolta a comporre o eliminare le antinomie tra norme del medesimo livello, a risolvere i conflitti diacronici tra norme penali¹⁵. L'art. 2, comma 2, c.p. appare espressione di quella tecnica per risolvere le antinomie che va sotto il nome di "criterio cronologico". Si tratta del principio *lex posterior derogat legi priori*, principio che attribuisce preferenza alla legge successiva; e dove in realtà la norma posteriore non deroga alla norma anteriore, ma la abroga¹⁶.

Nell'enunciato dell'art. 673 comma 1 c.p.p. – corrispondente, in materia processuale, della disciplina sostanziale della successione di leggi penali nel tempo, disposizione formulata (a differenza dell'art. 2 c.p.) dopo l'entrata in vigore della Costituzione – è, testualmente, impiegata l'espressione "abrogazione" della norma incriminatrice, quale presupposto della revoca della sentenza di condanna definitiva: il concetto di *abolitio criminis* all'interno dell'art. 673 c.p.p. corrisponde quindi in modo esplicito al fenomeno dell'abrogazione di una norma incriminatrice.

Se si muove dunque dalla premessa che il nostro ordinamento penale in senso stretto è costituito dall'insieme delle norme incriminatrici, l'*abolitio criminis* deve essere considerata un "fenomeno normativo", che si sostanzia nell'eliminazione di una norma incriminatrice. Nel senso che una fattispecie astratta, che il legislatore sanzionava

¹² G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, Torino, Utet, 2006, 39 ss.

¹³ S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, cit., 142.

¹⁴ Cfr., per tutti, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, 35 ss. Più in generale, v. M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. IX, Milano, Giuffrè, 2016, 483 ss. Sotto un'ottica più strettamente penalistica, cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, Giuffrè, 2011, 87 ss.

¹⁵ Cfr. M. GAMBARDILLA, *L'abrogazione della norma*, cit., 127 ss.

¹⁶ Così R. GUASTINI, *Antinomia*, in *Glossario, Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, Giuffrè, 1994, 31.

penalmente, viene espunta dal catalogo dei reati, ponendosi così fine alla vigenza di una specifica incriminazione¹⁷.

L'abolizione del reato manifesta una scelta politico-criminale del legislatore, che reputa non più meritevole o bisognosa di repressione penale una classe di fatti in precedenza inclusi nell'elenco dei reati¹⁸. Viene meno il precedente giudizio di disvalore astratto, eliminandosi la qualificazione d'illiceità penale di un determinato tipo di comportamento¹⁹.

In realtà, di vicende abolitive può parlarsi non solo in presenza della totale soppressione di una incriminazione dal sistema penale (c.d. abolizione integrale o totale). Può accadere, altresì, che vi sia una riduzione della fattispecie astratta: situazione che si verifica allorché una o più delle possibili sottoclassi di fattispecie venga esclusa o eliminata a seguito di una novazione legislativa. Si tratta, come meglio si vedrà in seguito, del fenomeno della cosiddetta "*abolitio criminis parziale*" o più precisamente dell'abrogazione parziale di una norma²⁰.

4. Il d.l. n. 42/2021 e la modifica urgente dell'art. 18 d.lgs. n. 27/2021.

Sulla scorta delle premesse evidenziate – l'identificazione dell'*abolitio criminis* con la nozione teorico-generale dell'abrogazione di una norma, gli effetti iperretroattivi delle abrogazioni relative alle contravvenzioni agroalimentari, il vuoto di tutela futuro per i consumatori in un campo cruciale come quello della salute pubblica, l'assenza di delega da parte del Parlamento sul punto, il mancato coordinamento con i progetti di riforma organica della materia – il Consiglio dei ministri è opportunamente e tempestivamente intervenuto in via normativa prima del 26 marzo 2021, data di entrata in vigore dell'art. 18 d.lgs. n. 27 del 2021 in ragione dell'ordinaria *vacatio legis* di quindici giorni²¹.

Il decreto legge n. 42/2021 ("*Misure urgenti sulla disciplina sanzionatoria in materia di sicurezza alimentare*"), approvato venerdì 19 marzo dal Consiglio dei ministri su proposta del Presidente Mario Draghi e del Ministro della giustizia Marta Cartabia, è stato emanato il 22 marzo 2021 (ed è entrato in vigore il 25 marzo 2021, il giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta).

¹⁷ Cfr. B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, Giuffrè, 1996, 53 ss.; G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2008, 143 ss.; M. PETRONE, *L'abolitio criminis*, Milano, Giuffrè, 1985, 2 ss.

¹⁸ Cfr., per tutti, nella manualistica G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebure, 2020, 134 ss.

¹⁹ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2004, 56 ss.; G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione*, cit., 145 ss.

²⁰ G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione*, cit., 147.

²¹ Cfr. F. LAZZERI, [Sicurezza alimentare: abrogate con un decreto-legge, prima della loro entrata in vigore, le norme abolitrici delle contravvenzioni di cui alla l. n. 283/1962](#), in *Sistema Penale*, 22 marzo 2021; G. AMENDOLA, "*Legge Alimenti*": si rimedia a un errore, cit., 1 ss.; cfr. inoltre la quasi immediata *Relazione del Massimario della Corte di cassazione*, n. 16/2021, 29 marzo 2021, red. A. Natalini.

Nel preambolo del decreto legge n. 42 si evidenzia la «straordinaria necessità ed urgenza di modificare, prima della sua entrata in vigore, la disciplina delle abrogazioni introdotta con il predetto decreto legislativo n. 27 del 2021, al fine di evitare che rilevanti settori relativi alla produzione e alla vendita delle sostanze alimentari e bevande restino privi di tutela sanzionatoria penale e amministrativa con pregiudizio della salute dei consumatori».

L'art. 1 del decreto legge n. 42 del 2021 ha apportato modificazioni in via d'urgenza all'art. 18 d.lgs. n. 27/2021. In particolare, ha sostituito alle parole fatte salve le disposizioni «di cui agli artt. 7, 10 e 22» le parole «fatte salve le disposizioni di cui agli artt. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 12-bis, 13, 17, 18, 19 e 22». Si sono escluse, pertanto, dall'espressa abrogazione legislativa le incriminazioni di cui agli artt. 5, 6, 12 e 12-bis della l. n. 283 del 1962 (oltre alla già eccettuata contravvenzione di cui all'art. 10 l. n. 283 cit.).

Al riguardo, va notato il cambio di tipologia di abrogazione²². Infatti, mentre l'originario art. 18 d.lgs. n. 27/2021 ha abrogato “espressamente” (in modo diretto, esplicito) le disposizioni legislative del 1962 esprimenti gli illeciti agroalimentari. Il nuovo decreto legge è, invece, intervenuto non direttamente ed espressamente abrogando, prima della loro entrata in vigore, le norme abolitrici delle contravvenzioni in materia alimentare, bensì qui la forma dell'abrogazione è “implicita” (indiretta): per incompatibilità tra la nuova norma e quella precedente²³.

In relazione al decreto legge in materia di sicurezza alimentare, un dato va fortemente messo in evidenza: la palese volontà del Governo di intervenire prima della scadenza del termine ordinario (di quindici giorni) di *vacatio legis*. Come testimonia il frammento del preambolo del citato d.l. nel quale è sottolineata l'urgenza di modificare la disciplina delle abrogazioni ex d.lgs. n. 27/2021: «prima della sua entrata in vigore».

E pertanto, la tempistica – antecedentemente al decorso del termine di *vacatio* – deve orientare l'interprete nel senso che non si tratta solo di evitare, per il futuro, che escano dall'area di rilevanza penale condotte sussumibili sotto cruciali illeciti in materia di sicurezza agroalimentare, ma anche (e soprattutto) di scongiurare, per i fatti passati, le conseguenze iperretroattive delle abrogazioni normative concernenti le contravvenzioni alimentari.

In definitiva, la cronologia, l'urgenza del legislatore, finalizzata a impedire sulla soglia dell'ultimo giorno utile l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 27/2021 nel testo originariamente pubblicato è dovuta alla volontà di evitare la retroazione dei fenomeni abolitivi. E non piuttosto a lasciare privo di tutela sanzionatoria il settore agroalimentare, il quale avrebbe potuto essere ripristinato dal legislatore anche dopo la scadenza della *vacatio* e l'entrata in vigore della disciplina abrogatrice di cui all'art. 18, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 27/2021 nella sua primitiva versione.

²² Sulle tipologie dell'abrogazione, cfr. A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, Giappichelli, 2011, 61 ss.

²³ Cfr. G. AMENDOLA, “Legge Alimenti”: si rimedia a un errore, cit., 2 ss., il quale definisce “strana” la scelta di non abrogare le disposizioni abrogatrici della legge alimenti contenute nel d.lgs. n. 27/2021, preferendo mantenere formalmente l'abrogazione ma allargandone le esenzioni.

5. L'orientamento giurisprudenziale secondo cui la novazione legislativa favorevole si applica già durante la *vacatio*.

Che le modifiche apportate dal decreto legge n. 42/2021 all'art. 18 d.lgs. n. 27/2021 – le quali hanno escluso, prima del decorso del termine di *vacatio* per il cit. d.lgs. n. 27, dall'abrogazione, le disposizioni della l. n. 283 del 1962 (artt. 5, 6, 12 e 12-*bis*) contenenti gli illeciti penali alimentari – siano in grado di evitare esiti abolitivi iperretroattivi dell'incriminazioni in questione non può tuttavia essere affermato senza un indispensabile approfondimento teorico.

Anche perché nella giurisprudenza penale della Corte di cassazione, come diremo a breve, si rinvencono recenti decisioni che paiono mettere in dubbio la possibilità di un intervento del legislatore in tal senso.

In estrema sintesi si tratta dell'orientamento secondo cui già al momento della pubblicazione della legge abrogatrice, senza attendere il completo decorso del termine di *vacatio legis*, si produce l'effetto abolitivo.

Alla luce di tale impostazione, nel nostro caso il decreto legge in materia di sicurezza alimentare avrebbe perciò l'effetto di ripristinare le ormai abolite contravvenzioni, le quali – ai sensi del primo comma dell'art. 2 c.p. – si applicherebbero (come “nuove incriminazioni”) solo alle condotte concrete “future” poste in essere dopo la vigenza del citato decreto legge (a partire, dunque, dal 25 marzo 2021).

Per i “fatti passati” opererebbe, invece, la “legge intermedia abolitrice (o favorevole)”: contravvenzioni alimentari (l. n. 283 del 1962) → legge intermedia abolitrice delle contravvenzioni alimentari (art. 18, d.lgs. n. 27 del 2021) → decreto legge ripristinatorio delle contravvenzioni alimentari (d.l. n. 42 del 2012).

In genere, con l'espressione “legge intermedia favorevole” si designa quella peculiare ipotesi di *lex mitior* successiva a quella vigente al momento della commissione del fatto, ma non più in vigore al momento del giudizio. La *lex intermedia* favorevole, pur se abrogata o sostituita, si continua ad applicare in via (iper)retroattiva alle condotte poste in essere prima della sua entrata in vigore²⁴.

Ma veniamo all'indirizzo giurisprudenziale in questione. In realtà, occorre approfondire una sola pronuncia. I “cattivi maestri” si sa “fanno scuola”, anche se stavolta certamente in modo involontario.

Ci si vuol riferire alla decisione della Suprema Corte, la quale per una ragione evidentemente di buon senso e di economia processuale ha fatto una determinata affermazione di principio di dubbia esattezza per risolvere un caso peculiare, senza

²⁴ Cfr. M. GAMBARDILLA, voce *Legge penale nel tempo*, Annali VII, Milano, Giuffrè, 2014, 652 ss. Tuttavia, se la “legge intermedia favorevole” è costituita da una norma dichiarata incostituzionale, ovvero da un decreto legge non convertito, avvenendo la perdita di efficacia *ex tunc*, non si applicano le regole contenute nei commi 2-4 dell'art. 2 c.p. (v. Corte cost., n. 51 del 1985).

prevedere che tale precedente potesse essere ripreso in futuro per fondare altre decisioni non corrette e foriere di asimmetrie²⁵.

Si è asserito così in tale pronuncia che il giudice non ha già il dovere di applicare la norma incriminatrice abrogata, anche se non è ancora interamente decorso il periodo di *vacatio legis* (ai sensi dell'art. 73, comma 3, Cost. e art. 10 preleggi al c.c.) in relazione alla legge abrogatrice. La novazione legislativa favorevole opera, dunque, anche (e già) durante il periodo della *vacatio legis*. Invero, il termine di *vacatio*, viene precisato, ha funzione di garanzia, tendendo ad assicurare l'astratta conoscibilità della legge da parte dei consociati e offrendo in tal modo una base costituzionale al principio espresso all'art. 5 c.p.

Si trattava di un ricorso in cui, in realtà, si censurava da parte degli imputati l'assoluzione pronunciata in loro favore, perché il fatto contestato dell'ingiuria non era più previsto dalla legge come reato. I ricorrenti sostenevano che la sentenza di merito fosse abnorme, giacché la norma abrogatrice del delitto di ingiuria era entrata in vigore soltanto successivamente alla decisione e che l'interesse dei ricorrenti sussisteva in quanto intendevano essere assolti nel merito.

L'ulteriore e successiva decisione di legittimità, che va a comporre tale orientamento, è stata resa in relazione alla modifica legislativa del 2019, la quale ha ampliato l'area della causa di giustificazione della legittima difesa (art. 52 c.p.). La novazione *in mitius* era avvenuta qualche giorno dopo la data della deliberazione della sentenza da parte della prima sezione della Corte di cassazione. Quest'ultima, dunque, sulla base di quanto affermato nella sentenza in precedenza esaminata, ha ritenuto applicabile nel giudizio di legittimità celebratosi durante il periodo di *vacatio legis* la l. n. 36 del 2019, che ha modificato in senso favorevole la norma sulla legittima difesa²⁶.

In entrambe le vicende giurisprudenziali appena esaminate va osservato che – a differenza del caso qui in esame delle contravvenzioni alimentari – la *lex mitior* è poi effettivamente entrata in vigore dopo la scadenza del termine di *vacatio*.

Cosicché, in definitiva – prescindendo dai casi concreti e generalizzando le regole applicate – nei due “precedenti” si è solo (erroneamente) anticipato un effetto, quello favorevole, che si sarebbe comunque determinato, sebbene in un momento successivo.

In entrambe le vicende, poi, i “casi concreti” si riferivano a condotte realizzate prima della pubblicazione delle relative novelle più favorevoli. Erano quindi “fatti pregressi”, e non già “fatti concomitanti”, ovverosia commessi durante il periodo di *vacatio legis*. E tale precisazione – come vedremo a breve (*infra* §. 6) – è determinante al fine di risolvere le questioni intertemporali concernenti i reati alimentari.

Per completezza, va accennato all'orientamento profilatosi nella giurisprudenza di merito in relazione alla depenalizzazione del reato di omesso versamento di ritenute previdenziali. Ad esempio, si è assolto l'imputato perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, sostenendosi che pure in assenza del decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 67 del 2014, la volontà del legislatore nel senso della

²⁵ Si tratta di Cass., sez. I, 18 maggio 2017, n. 53602, Carè, in *C.E.D. Cass.*, n. 271639.

²⁶ Il riferimento è a Cass., sez. I, 14 maggio 2019, n. 39977, Addis, in *C.E.D. Cass.*, n. 276949, la quale tuttavia ha poi escluso – in fatto – la configurabilità della nuova scriminante più favorevole.

depenalizzazione fosse chiara. Ad avviso del giudice di merito, l'attuale mancanza o il ritardo dei decreti attuativi della delega non fa venir meno lo spirito abrogativo della legge delega; e alla luce del generale principio del *favor rei*, nei procedimenti pendenti che rientrano nella fattispecie da depenalizzare il giudice è tenuto a pronunciare l'assoluzione dell'imputato²⁷.

Criticamente verso l'impostazione fatta propria da tale indirizzo di merito, ci si può limitare ad osservare che in realtà la delega potrebbe benissimo non essere mai attuata dal Governo. E, inoltre, in questo modo il comportamento non è assoggettato neanche a sanzione amministrativa, creando un'evidente disparità di trattamento sotto il profilo della illiceità amministrativa²⁸.

In questo senso, si è d'altronde espressa la Suprema Corte riguardo non solo al reato di omesso versamento previdenziale, ma anche a quello di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato. Ad avviso della terza sezione della Cassazione, in assenza del concreto esercizio della delega non è possibile stimare che i principi e i criteri inseriti nella legge di delegazione in materia di depenalizzazione abbiano effetto modificativo dell'ordinamento vigente. Il Parlamento non ha certamente inteso dismettere totalmente la punibilità per i fatti di omesso versamento, bensì di assoggettarli unicamente ad una sanzione amministrativa. Non può poi escludersi la mancanza di esercizio della delega nei termini previsti, sicché fino all'emanazione dei decreti delegati il reato in questione deve essere considerato vigente ed efficace²⁹.

Quanto alla contravvenzione prevista dell'art. 10-bis d.lgs. n. 286 del 1998, per la Corte, non può reputarsi abrogata per effetto diretto della legge n. 67 del 2014, posto che tale atto normativo ha conferito al Governo una delega, implicante la necessità del suo esercizio, per la depenalizzazione di tale fattispecie e che, pertanto, quest'ultima, fino alla emanazione dei decreti delegati, non potrà essere considerata violazione amministrativa³⁰.

6. Non vi è spazio per esiti abolitivi in materia di sicurezza alimentare.

Ebbene, la domanda a cui dare risposta è la seguente.

Se, sulla scorta dell'orientamento giurisprudenziale appena esaminato, la modifica in via d'urgenza prima dello scadere del periodo di *vacatio legis* apportata all'art. 18 d.lgs. n. 27/2021 (ad opera del d.l. n. 42/2021), attraverso l'esplicita esclusione dall'ambito abrogativo delle disposizioni della l. n. 283 del 1962 contenenti le

²⁷ Trib. Bari, sez. II penale, 16 giugno 2014, in *guidaaldiritto.ilsole24ore.com*.

²⁸ Cfr. M. GAMBARDILLA, *Una depenalizzazione a due marce*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, a cura di M. Daniele e P.P. Paulesu, Torino, Giappichelli, 2015, 17 ss.

²⁹ Cass., sez. III, 14 aprile 2015, n. 20547, Carnazza, in *C.E.D. Cass.*, n. 263632.

³⁰ Cass., sez. I, 19 settembre 2014, n. 44977, Ndiaye, in *C.E.D. Cass.*, n. 261124. In senso conforme, riguardo al reato di disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone (art. 659 c.p.), cfr. Cass., sez. III, 17 marzo 2015, n. 23944, Casartelli, *ivi*, n. 263647.

contravvenzioni agroalimentari, sia in grado di evitare che si produca una segmentazione, una vera e propria disarticolazione, sotto il profilo intertemporale.

Nel senso che, tramite l'adozione dell'art. 1 d.l. n. 42/2021, si riescano a scongiurare i seguenti esiti:

per le "condotte antecedenti" (realizzate prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 42, ossia sino al 24 marzo 2021), che si verifichi il fenomeno dell'*abolitio criminis* (con tutte le sue conseguenze *ex* artt. 2, comma 2, c.p. e 673 c.p.p.);

per le "condotte future" (poste in essere a partire dal 25 marzo 2021), che si determini il fenomeno della c.d. "nuova incriminazione" *ex* art. 2, comma 1, c.p.

Anticipando la risposta alla questione proposta, prima di fornirne ulteriori argomenti a sostegno, si può certamente affermare che essa è positiva.

Non si è prodotto, infatti, alcun fenomeno abolitivo in relazione alle condotte poste in essere sino al 24 marzo 2021, giorno che precede l'entrata in vigore del decreto legge n. 42 (25 marzo 2021), che contiene le modifiche urgenti alla disciplina sanzionatoria in materia di sicurezza alimentare.

Né l'art. 1 del citato decreto legge può essere considerato una disposizione la quale – mediante la modifica dell'art. 18 d.lgs. n. 27/2021 –, circoscrivendo il campo abolitivo rispetto alle contravvenzioni agroalimentari *ex* l. n. 283 del 1962, abbia introdotto delle "nuove incriminazioni" che operano per il futuro. Ripristinando in pratica i previgenti reati nel settore igienico-sanitario degli alimenti, a partire dal 25 marzo 2021.

Quanto al periodo di *vacatio* trascorso prima dell'intervento del decreto legge "correttivo" (14 giorni circa), non può essere escluso che durante tale fase possa essere stata realizzata una condotta suscumbibile sotto le contravvenzioni del 1962 in materia alimentare, che, come sarà precisato, non sono state mai effettivamente abrogate.

Nei confronti di tali "condotte concomitanti" può accordarsi un limitatissimo spazio di applicabilità alla scusante di cui all'art. 5 c.p., in presenza di un accertato errore inevitabile sulla legge penale; e come tale in grado di escludere l'elemento della colpevolezza, e di conseguenza l'integrazione della figura di reato. È necessario beninteso che la situazione, la quale inveri la scusante, risulti da elementi di prova rigorosi³¹.

Ma approfondiamo adesso le ragioni per cui dobbiamo del tutto escludere "esiti abolitivi" nella vicenda relativa alle modifiche della normativa sanzionatoria in materia di sicurezza alimentare.

Anzitutto va sgombrato il campo da un equivoco, che potrebbe facilmente sorgere: l'art. 1 d.l. n. 42/2021 non contiene una norma (una *lex mitior*) che "ripristina" la disciplina penal-sanzionatoria previgente in campo agroalimentare³², perché qui non si è verificata alcuna vicenda successiva.

Non è inoltre corretto affermare che, mediante siffatto "ripristino", si sia assicurata una perfetta "continuità normativa"³³; e ciò in quanto non si è avuto un

³¹ Cfr. in tal senso la fondamentale Cass., sez. un., 26 novembre 2020, n. 10381/2021, Rel. Fidelbo.

³² Così invece la *Relazione del Massimario della Corte di cassazione*, n. 16/2021, cit., 2 ss.

³³ Così ancora la *Relazione del Massimario della Corte di cassazione*, n. 16/2021, cit., 2 ss.

susseguirsi tra due provvedimenti legislativi. L'art. 18 d.lgs. n. 27/2021 (versione originaria) non è mai entrato in vigore (non ha prodotto effetti); e quindi va escluso un avvicendamento di leggi penali nel tempo.

In breve: la successione di leggi è fenomeno giuridico il quale presuppone che una norma sia entrata in vigore; qui invece la norma esiste ed è valida ma non ha mai prodotto effetti. Dunque, manca un avvicendamento normativo.

La "validità" (formale) della norma (ricavabile dall'originaria versione dell'art. 18 d.lgs. n. 27/2021) costituisce una proprietà del tutto a-temporale, essa dipende dalla relazione logica (e non cronologica) della norma stessa con le altre norme dell'ordinamento³⁴.

L'argomento fondamentale per escludere qualsivoglia esito abolitivo è ricavabile dalla disciplina costituzionale dell'entrata in vigore delle leggi e dal concetto di *vacatio legis* (art. 73, comma 3, Cost. e art. 10 disp. prel. c.c.).

La *vacatio legis* è un istituto di antica tradizione fondato sull'evidente ragione di dare tempo ai destinatari di leggere e comprendere la nuova norma, l'oggettiva conoscibilità della stessa (e della classe dei destinatari fanno certo parte anche i membri del "nuovo" Governo)³⁵. Con l'espressione *vacatio legis* si designa, in particolare, il periodo di tempo intercorrente tra la pubblicazione legale e il momento di entrata in vigore della norma.

Come è stabilito nel nostro ordinamento dagli artt. 73, comma 3, Cost. e 10 preleggi al c.c. la norma "diviene obbligatoria", ossia "entra in vigore", il quindicesimo giorno successivo alla sua pubblicazione, salvo che la legge stessa non stabilisca un termine diverso.

In relazione all'efficacia delle norme nel tempo, sorge la questione di fissare il momento a partire dal quale le norme devono essere applicate da parte degli organi giurisdizionali. E nel nostro ordinamento, dunque, il dovere di applicare le norme sorge con l'entrata in vigore delle stesse.

In virtù della disciplina sulla *vacatio legis*, vi sono norme formalmente valide e appartenenti all'ordinamento (ossia esistenti) le quali, tuttavia, non sono ancora applicabili in esso³⁶.

L'efficacia della legge o, come meno precisamente, sancisce l'art. 10 disp. prel. c.c. la sua "obbligatorietà", rimane sospesa fino allo scadere del termine della *vacatio*. La nuova legge è così "inefficace" all'interno dell'ordinamento nel periodo di *vacatio*³⁷.

³⁴ Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 172 ss. Sulla validità formale, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia juris*, 1, *Teoria del diritto*, Bari, Laterza, 2007, 530 ss.

³⁵ Per la sottolineatura di tale *ratio*, cfr. G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, 70 ss.; v., inoltre, sulla *ratio* della *vacatio legis* V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, Cedam, 1984, 47 ss.

³⁶ In tal senso, v. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 174 ss.; F. MODUGNO, voce *Validità (teor. gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, 2 ss.

³⁷ Cfr. in proposito G. GROTANELLI DE' SANTI, *La formazione delle leggi*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, tomo I, 1, artt. 70-74, Bologna, Zanichelli-il Foro italiano, 1985, 232 ss.; R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Disposizioni sulla legge in generale*, sub art. 10, Bologna, Zanichelli-il Foro italiano, 1974, 8 ss.

La *vacatio legis* individua esattamente il momento a partire dal quale la nuova norma – anche quella abrogatrice – è applicabile: prima di questo momento nessuno deve impiegare la legge per risolvere una controversia, sebbene deliberata e pubblicata legalmente³⁸.

In nessun caso la norma può essere applicata prima che essa abbia acquistato vigore³⁹.

Non v'è dubbio, pertanto, che l'abrogazione (*abolitio criminis*) circoscrive nel tempo l'efficacia della norma incriminatrice dal momento dell'entrata in vigore della norma abrogatrice⁴⁰; e quindi dal decorso dell'intervallo di tempo costituito dalla *vacatio* (quando prevista).

La legge prima dello scadere del previsto periodo di *vacatio* è valida ed esistente, ma non può produrre effetti e non obbliga, poiché non è ancora “entrata in vigore” (come stabilisce il comma 3 dell'art. 73 Cost.). E dunque una legge abrogatrice non può porre fine all'efficacia temporale della norma abrogata (norma incriminatrice, nel nostro caso) prima che sia trascorso il periodo di *vacatio*.

In conclusione, l'inquietante ed errato caso dell'abrogazione dei reati alimentari suscita qualche sintetica riflessione di ordine più generale.

Sicuramente va apprezzato il tempestivo intervento governativo, che – poco prima del decorso dell'ordinario periodo di *vacatio legis* – ha sventato il colpo di mano nel campo della sicurezza alimentare. Quindici giorni che si sono rivelati decisivi, nel nostro caso, per la salute del cittadino-consumatore.

E ciò ci deve indurre – per un verso – a proteggere con forza la disciplina della sequenza prevista dall'art. 73 Cost. (“pubblicazione → entrata in vigore”): deve trascorrere il periodo di *vacatio legis*, affinché la legge possa davvero esplicare la sua efficacia.

Per altro verso, ci deve convincere ad arricchire la tradizionale funzione dell'istituto della *vacatio*, individuata nell'oggettiva conoscibilità della legge; nel senso che il periodo di quindici giorni sospensivo dell'efficacia della legge può ritornare altresì utile al controllo dell'opinione pubblica sulle nuove leggi che incidono sui diritti fondamentali, impedendo abrogazioni deleterie per gli stessi.

È proprio quello che accaduto nella “misteriosa” vicenda della (fallita) abrogazione delle contravvenzioni agroalimentari... per fortuna!

³⁸ Cfr. G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., 71.

³⁹ Così R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 259 ss.

⁴⁰ Così G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 41 ss.

I LIMITI DELL'INCRIMINAZIONE PENALE DEL FALSO IN AUTODICHIARAZIONE: UNA PRONUNCIA NEL SEGNO DELLA VALORIZZAZIONE DELLA PROSPETTIVA FUNZIONALE

Commento a [Trib. Lagonegro, sent. 2 marzo 2021, giud. Lombardi](#)

di Sara Prandi

In seno al dibattito sulla rilevanza penale del falso in autodichiarazione, tornato di grande attualità alla luce dell'impianto di regole e sanzioni messo in atto per fronteggiare l'emergenza sanitaria in corso, si inserisce una recente pronuncia della giurisprudenza di merito, in cui si esamina il rapporto tra dichiarazione sostitutiva di atto notorio e autotutela amministrativa. Le motivazioni alla base dell'assoluzione dell'imputato, in particolare, offrono una lettura interessante della relazione intercorrente tra la disciplina dell'art. 483 c.p. – e dei delitti di falso in generale – e il d.P.R. 445/2000, in una prospettiva di valorizzazione del dato funzionale meritevole di approfondimento.

SOMMARIO: 1. Premessa: la vicenda giudicata. – 2. Una questione preliminare: la contestazione del reato *ex* art. 483 c.p. – 3. Il difetto strutturale dell'atto. – 4. Il difetto funzionale della dichiarazione sostitutiva in autotutela. – 4.1. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione – 5. Sui rapporti tra reati di falso e d.P.R. 445/2000. – 5.1. Lo spazio residuo di rilevanza penale del falso in autodichiarazione: falsità personali e falso per induzione. – 6. Conclusioni.

1. Premessa: la vicenda giudicata.

Con la pronuncia in commento, il Tribunale di Lagonegro ha assolto l'imputato dal reato di falso ideologico in atto pubblico, *ex* art. 483 c.p., contestato in relazione agli artt. 47 e 76 del d.P.R. 445/2000 per avere dichiarato circostanze false nell'istanza di autotutela presentata per l'annullamento di una sanzione amministrativa elevata nei suoi confronti: rinvenuto sul proprio autoveicolo un verbale in cui gli si contestava l'occupazione illecita di un parcheggio riservato a soggetti invalidi, l'imputato presentava un'istanza per l'annullamento del preavviso di sanzione, asserendo, a sostegno della propria richiesta, di essere in possesso di un regolare contrassegno invalidi, di titolarità della madre. In seguito ad accertamenti, tuttavia, si riscontrava la falsità della dichiarazione resa dall'istante: il contrassegno richiamato dall'imputato si rivelava inesistente o falso, posto che la madre risultava deceduta nel 2011 e che il permesso invalidi, da questa effettivamente posseduto al tempo della morte, era scaduto nell'anno 2013.

Ne derivava non solo il rigetto dell'istanza di autotutela da parte della pubblica amministrazione, ma anche la contestazione del reato di falso ideologico del privato in atto pubblico, *ex art.* 483 c.p. e artt. 47 e 76 d.P.R. 445/2000. Con la sentenza in commento, tuttavia, il Tribunale ha assolto l'imputato perché il fatto non sussiste. Alla base della decisione nel senso dell'assoluzione, il Giudice evidenzia due ordini di ragioni: innanzitutto, un *deficit* strutturale della dichiarazione sostitutiva presentata dall'imputato; in secondo luogo, una carenza funzionale della stessa, derivante dalle caratteristiche dell'istanza di autotutela e dalla natura del potere esercitato dalla pubblica amministrazione in ipotesi di annullamento d'ufficio.

In una prospettiva più ampia, inoltre, la pronuncia ispira un'analisi dei rapporti intercorrenti tra i delitti di falso e il d.P.R. 445/2000. La decisione, invero, sembra offrire l'occasione per un approfondimento sul punto tanto significativo quanto opportuno, stante il dibattito attuale circa la rilevanza penale del falso in autodichiarazione in sede di controllo sugli spostamenti¹: le scelte legislative messe in campo nel periodo emergenziale, oltre ad evidenziare alcune criticità di fondo, inducono anche a un'attenta valutazione delle ricadute sul sistema dei reati di falso, derivanti dall'imposizione di specifici obblighi dichiarativi ai privati.² Ma anche al di là i confini "eccezionali" del diritto sanzionatorio della pandemia, le riflessioni alla base della decisione in esame meritano di essere approfondite, nel tentativo di definire, in aderenza con il dato normativo, il reale perimetro di rilevanza penale del falso del privato commesso mediante autodichiarazione.

2. Una questione preliminare: la contestazione del reato *ex art.* 483 c.p.

Preliminare all'esame nel merito della soluzione adottata dal Tribunale appare l'analisi circa la correttezza della contestazione del delitto di falso ideologico in atto pubblico, *ex art.* 483 c.p.: in particolare, occorre interrogarsi sull'ammissibilità della tesi che ritiene integrato tale reato in presenza di una dichiarazione sostitutiva da parte dell'interessato. Non si tratta di una questione inedita o pacifica; sebbene la giurisprudenza di legittimità tenda a risolvere il quesito in senso positivo³, è emersa in

¹ Sul tema si vedano, in particolare, E. PENCO, [Autodichiarazione Covid-19 e reati di falso: inapplicabile l'art. 483 c.p. se la dichiarazione mendace consiste nella mera manifestazione delle proprie intenzioni](#), in questa Rivista, 12 gennaio 2021, E. PENCO, [Ancora un proscioglimento per falso in autodichiarazione Covid-19: il G.i.p. di Reggio Emilia rileva la "indiscutibile illegittimità" dei DPCM in quanto fonti di misure limitative della libertà personale](#), in questa Rivista, 24 marzo 2021, F. LOMBARDI, [Covid-19, misure di contenimento e reati di falso: aspetti problematici dell'autodichiarazione](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 3 e M. GRIMALDI, [Covid-19: la tutela penale dal contagio](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4.

² Diffusamente, M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, 2, p. 503 ss.

³ Cass. Pen., Sez. Un., 28 giugno 2007, Scelsi, n. 35488 in *Giur. it.*, 2008, 2, p. 414 con nota di D. MARTINELLI, *In tema di falsità ideologica del privato e del pubblico ufficiale*. Nella giurisprudenza più recente, si vedano Cass. Pen., Sez. V, n. 25 gennaio 2019 (ud. 19 luglio 2018), n. 3071 e Cass. Pen., Sez. V, 20 aprile 2018 (ud. 18.12.2017), n. 17921. Sul tema si rinvia anche a V. MORMANDO, *Falsità del privato in atto pubblico (art. 483 c.p.)*, in V.

dottrina⁴ e in una parte della giurisprudenza di merito⁵ l'opinione secondo la quale la dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. 445/2000 non possa costituire il mezzo di realizzazione del reato di cui all'art. 483 c.p.

La tesi dell'ammissibilità della qualificazione *ex art. 483 c.p.* del falso in autodichiarazione, nello specifico, fa leva sulla lettura congiunta e integrata delle disposizioni del codice penale e delle previsioni del d.P.R. 445/2000. Poiché l'art. 483 c.p. è imperniato sulla "relazione di attitudine probatoria [...] tra il documento ed il fatto dichiarato"⁶, il falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico è configurabile "solo nei casi in cui una specifica norma giuridica attribuisca all'atto la funzione di provare i fatti attestati dal privato al pubblico ufficiale, così collegando l'efficacia probatoria dell'atto medesimo al dovere del dichiarante di affermare il vero"⁷. È sempre necessario, in particolare, rinvenire in una norma diversa da quella incriminatrice⁸ la fonte dell'obbligo di verità, a sua volta desunto dalla specifica efficacia probatoria che la legge attribuisce al documento, ogniquale volta esso sia destinato a provare la verità dei fatti che attesta⁹.

Fonte normativa dell'obbligo di dire il vero sarebbe, nel caso della autodichiarazione, il d.P.R. 445/2000. Il Testo Unico in materia di documentazione amministrativa, infatti, prevede agli artt. 46 e 47 specifiche ipotesi di dichiarazioni private, destinate a sostituire le corrispondenti certificazioni pubbliche e a provare, al pari di queste, la verità dei fatti ivi attestati: l'art. 46 disciplina la dichiarazione sostitutiva di certificati, aventi ad oggetto le informazioni relative a "stati, qualità personali e fatti contenuti in albi, elenchi o registri pubblici o comunque accertati da soggetti titolari di funzioni pubbliche". L'art. 47, invece, regola la dichiarazione sostitutiva di fatti notori,

Mormando – F. Bottalico, *Le falsità in atti. La tutela penale della documentalità nel sistema dei reati contro la fede pubblica*, Bari, 2017, p. 509 ss.

⁴ F.A. SIENA, [Problemi vecchi e nuovi delle false dichiarazioni sostitutive](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 3, p. 240 ss.

⁵ Si veda, a titolo esemplificativo, Trib. Termini Imerese, ufficio G.i.p., 27 giugno 2007, Lodino, in *Cass. pen.*, 2008, p. 741 ss., nonché Trib. Camerino, 8 ottobre 2004, in *Riv. Pen.*, 2005, p. 326 ss.

⁶ In questo senso si esprimono già Cass. Pen., Sez. Un., 15 dicembre 1999, Gabrielli, in *Foro. It.*, 2000, II, p. 463 ss., con nota di G. GIAMMONA, *Una parola chiara (e, si spera, definitiva) sul reato di falsità ideologica del privato in atto pubblico* e Cass. Pen., Sez. Un., 17 febbraio 1999, Lucarotti, in *Guida dir.*, 17/1999, p. 80 ss., con nota di G. AMATO, *Giro di vite sulle condotte penalmente rilevanti: verità obbligatoria solo se imposta dalla legge*.

⁷ Di recente, si vedano Cass. Pen., Sez. V, 15 gennaio 2018, n. 5365; si veda inoltre Cass., Pen. Sez. V, 02 aprile 2014, n. 18279.

⁸ Che, anzi, "lo presuppone esistente *aliunde*": F. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 4. Questo il precipitato della teoria c.d. formale, ormai prevalente in dottrina e giurisprudenza, secondo cui, per configurare il reato di cui all'art. 483 c.p., sarebbe sempre necessaria una previsione normativa che imponga al soggetto privato l'obbligo di dire la verità. Sul tema, si veda O. ERONIA, *Falsità "incauta" nelle certificazioni? Oggettività giuridica ed elemento soggettivo nei delitti di falso*, in *Cass. pen.*, 2010, 6, p. 2254 ss.

⁹ Si veda S. CORBETTA, *Falsità commessa dal privato in atto pubblico* (nota Cass. pen., Sez. V, 1 febbraio 2011 (ud. 14 dicembre 2010), n. 3681), in *Dir. pen. proc.*, 2011, 3, p. 293, G.D. PISAPIA, *L'obbligo giuridico di attestare il vero e l'art. 483*, in *Studi di diritto penale*, 1956, p. 85 ss., e V. PLANTAMURA, *Le falsità materiale ed ideologiche commesse dal privato. Le falsità in registri e notificazioni e quelle in scrittura privata*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (a cura di), *I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2010, p. 381.

che ricomprende tutte le circostanze, diverse da quelle dell'elenco *ex art. 46*, che "siano a diretta conoscenza dell'interessato", e possano essere spese nei rapporti con una pubblica amministrazione.

A raccordare tali disposizioni con il codice penale è l'art. 76 del d.P.R. 445/2000: nel disporre che "chiunque rilascia dichiarazioni mendaci, forma atti falsi o ne fa uso nei casi previsti dal presente testo unico è punito ai sensi del codice penale e delle leggi speciali in materia", si ritiene che la norma rinvii alle fattispecie in materia di falso, previste nel Titolo VII del Libro II del codice penale. Il comma 3 dell'art. 76, inoltre, chiarisce che "le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli art. 46 e 47 [...] sono considerate fatte a pubblico ufficiale".

Sulla base di tali disposizioni, si sostiene che gli artt. 46, 47 e 76 del d.P.R. 445/2000 soddisfino pienamente i requisiti di tipicità del reato *ex art. 483 c.p.*: da una parte, infatti, gli artt. 46, 47 e 76 del Testo Unico assegnerebbero valenza probatoria alle dichiarazioni del privato, individuando il referente normativo dell'obbligo di verità in capo a costui; l'equiparazione prevista al comma 3 dell'art. 76, dall'altra, consentirebbe di ritenere integrato il requisito dell'attestazione a pubblico ufficiale, previsto espressamente dall'art. 483 c.p.¹⁰ La norma in esame, pertanto, assumerebbe i connotati di clausola estensiva della tipicità¹¹, idonea ad ampliare le ipotesi di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico nel pieno rispetto del principio di legalità

Tali considerazioni, tuttavia, vengono criticate da una parte degli interpreti, i quali pongono l'accento sul fatto che la sussistenza di un'attestazione a pubblico ufficiale rappresenta solo uno dei requisiti concorrenti *ex art. 483 c.p.*: accanto ad esso, risulta sempre imprescindibile anche la sussistenza di un atto pubblico.¹² Si nega, allora, che la sola dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. 445/2000 possa costituire un atto pubblico, tanto nel senso espresso dagli artt. 2699 c.c., quanto nel significato più lato che a tale concetto è tradizionalmente riconosciuto ai fini penali.¹³ La nozione di atto pubblico, invero, rimanda pur sempre alla formazione dell'atto da parte di chi si possa definire un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, nell'esercizio delle proprie funzioni o attribuzioni¹⁴; tale non è, evidentemente, il privato che sottoscriva una dichiarazione sostitutiva di fatti noti.

Pertanto, per integrare la fattispecie in esame, sarebbe sempre necessaria una interazione tra privato che dichiara, e pubblico ufficiale che attribuisce veste formale

¹⁰ Così F. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 6.

¹¹ R. BARTOLI, *Le falsità documentali*, in M. Pelissero e R. Bartoli (a cura di), *Reati contro la fede pubblica*, in F. Palazzo, C.E. Paliero, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, X, Giappichelli, 2011, p. 177.

¹² Critico verso la scelta di ricomprendere le dichiarazioni sostitutive nell'art. 483 c.p. D. POTETTI, *Le dichiarazioni sostitutive del privato (d.P.R. n. 445 del 2000) e l'art. 483 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2240. Si veda anche PLANTAMURA, *op. cit.*, p. 386-387.

¹³ F.A. SIENA, *op. cit.*, p. 241. Si vedano, sul tema, S. DE FLAMMINEIS, *La falsità in atti pubblici*, in F. Ramacci (a cura di), *Reati contro la fede pubblica*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Trattato di diritto penale*, X, Giuffrè, 2013, p. 359-390, e F. BOTTALICO, *Falsità del pubblico ufficiale in atti pubblici*, in V. Mormando e F. Bottalico *op. cit.*, p. 284-287, R. BARTOLI, *op. cit.*, p. 174 ss. In giurisprudenza *Cass. Pen.*, Sez. V, 28 aprile 1998, Tramontana, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3431.

¹⁴ Tra gli altri, la definizione si rinviene in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, 2016, p. 235.

all'attestazione del privato, inserendola "nella forma legale dell'atto pubblico"¹⁵. Stante l'impossibilità di far rientrare, in tale nozione, la dichiarazione redatta ai sensi del d.P.R. 445/2000 che non sia confluita in un atto pubblico vero e proprio, taluni autori ritengono che l'applicazione dell'art. 483 c.p. in ipotesi di autodichiarazione privata costituirebbe una operazione analogica vietata dall'art. 25 Cost. e, per questo, ne negano radicalmente l'ammissibilità¹⁶.

La pronuncia in commento, a ben vedere, non aderisce alla ricostruzione da ultimo riportata: il Tribunale, infatti, motivando l'insussistenza del fatto a partire dal *deficit* strutturale e funzionale dell'atto preso in considerazione nella vicenda in esame, sembra riconoscere implicitamente l'idoneità delle dichiarazioni sostitutive disciplinate nel d.P.R. 445/2000 a costituire – in presenza dei necessari requisiti formali e sostanziali – il sostrato del falso ideologico del privato in atto pubblico. Nella prospettiva accolta dal Giudice, infatti, sarebbero qualificabili alla stregua di atti pubblici destinati a provare la verità dei fatti che attestano, *ex artt.* 76 del d.P.R. 445/2000 e 483 c.p., soltanto le dichiarazioni sostitutive che siano correttamente formate e, al contempo, svolgano una precisa funzione nel rapporto instaurato dal privato con la pubblica amministrazione.

3. Il difetto strutturale dell'atto.

L'esito assolutorio del giudizio in commento viene motivato *in primis* sulla scorta dell'insussistenza del falso sotto il profilo strutturale: si afferma, *invero*, che "per esservi falsità in una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, [...] occorre che vi sia una dichiarazione sostitutiva in senso tecnico". Tale è, innanzitutto, la dichiarazione che, a livello contenutistico, attenga a stati, qualità personali o fatti, anche relativi ad altre persone, e di cui il dichiarante abbia conoscenza diretta; in effetti, stante l'ampiezza della previsione, si può ritenere che il possesso di un contrassegno invalidi rientri nell'alveo dei fatti suscettibili in una dichiarazione sostitutiva da parte del privato.

L'art. 47 del d.P.R. 445/2000, in secondo luogo, prescrive "l'osservanza delle modalità di cui all'articolo 38"¹⁷; al comma 3, in particolare, la disposizione richiamata stabilisce che la dichiarazione, ove non sottoscritta dinanzi al funzionario pubblico destinatario della stessa, debba essere presentata insieme a una copia fotostatica del

¹⁵ D. POTETTI, *op. cit.*, p. 2241. Si vedano inoltre F.A. SIENA, *op. cit.*, p. 240 e D. GUIDI, *La falsità ideologica commessa dal privato*, in F. Ramacci (a cura di), *Reati contro la fede pubblica*, cit., p. 445. L'ipotesi di cui all'art. 483 c.p., peraltro, non potrebbe configurarsi ove, ad attestare, fosse un incaricato di pubblico servizio, stante l'applicabilità dell'art. 493 c.p., e dell'estensione ivi contenuta, alle sole ipotesi delittuose in cui i pubblici ufficiali siano soggetti attivi. Così V. PLANTAMURA, *op. cit.*, p. 381.

¹⁶ Così I. GIACONA, *False dichiarazioni sostitutive tra esigenze punitive e lacune del sistema penale*, in *Foro. it.*, 2011, II, p. 58.

¹⁷ Tali modalità sono il frutto di una stratificazione normativa: in particolare, le novità introdotte con la legge Bassanini-bis (L. 127/1997) e poi trasfusa nel d.P.R. 445/2000, hanno sostituito il sistema precedente di cui alla L. L. 15/1968, che prevedeva che la sottoscrizione dovesse essere apposta dinanzi al pubblico ufficiale e da questi autenticata, previa ammonizione relative alle eventuali conseguenze sanzionatorie derivanti dalla falsità. Si vedano F.A. SIENA, *op. cit.*, p. 239 e BARTOLI, *op. cit.*, p. 174.

documento di identità; tale fotocopia, inoltre, deve risultare allegata all'atto, di cui costituisce parte integrante. Alla luce del dato normativo, il Giudice rileva come, nel caso di specie, non potesse dirsi sussistente una dichiarazione sostitutiva rispondente ai requisiti di legge: come si legge in motivazione, infatti, mancherebbe la prova che all'istanza in autotutela presentata alla pubblica amministrazione fosse corredata la copia del documento di identità, non essendo sufficiente la mera indicazione dello stesso come "allegato", in calce all'atto.

Le considerazioni espresse in punto regolarità formale dell'autodichiarazione, a ben vedere, rievocano una questione problematica e risalente, in tema di falsità documentale: è da sempre discusso se il vizio dell'atto, rilevato secondo le regole di un settore estraneo a quello penale, sia suscettibile – e in che misura – di incidere sulla perfezione del reato di falso.¹⁸ Se si accoglie la tesi secondo cui il difetto di validità dell'atto che veicola il falso non incide automaticamente sulla rilevanza penale dello stesso, si dovrebbe ritenere che, dall'assenza di un requisito formale, non si possa desumere anche la necessaria insussistenza del falso sul versante penalistico¹⁹; ad essere dirimente sarebbe, piuttosto, la specifica attitudine ingannatoria del documento, anche a prescindere dal vizio suscettibile di renderlo inefficace.²⁰

D'altro canto, però, se la rilevanza penale dell'autodichiarazione è veicolata dalla norma espansiva della tipicità di cui all'art. 76 d.P.R. 445/2000, il riferimento agli artt. 46 e 47 – e, all'interno di quest'ultima disposizione, quello alle modalità di cui all'art. 38 – sembra assumere un ruolo decisivo nella delimitazione dell'ambito di rilevanza penale di tale peculiare ipotesi applicativa. In questo senso, l'operazione di estensione della nozione di atto rilevante ai fini del reato di falso *ex* art. 483 c.p. richiederebbe una valutazione stringente dei requisiti di forma dell'atto equiparato a quello pubblico dall'art. 76 del Testo Unico, onde evitare di estendere l'incriminazione ad atti che, alla luce della mancanza di requisiti strutturali, neppure siano da considerare propriamente delle autodichiarazioni, non rientrando "nel tessuto positivo degli artt. 38 e 46 d.P.R. cit."

In ogni caso, al di là del profilo meramente formale connesso al mancato rispetto delle modalità legali di formazione dell'atto, sono soprattutto le osservazioni relative all'incompatibilità funzionale tra la dichiarazione del privato e il contesto in cui è inserita ad assumere rilievo centrale e assorbente nella pronuncia in esame: come specificato dal giudice, infatti, "anche astrattamente ritenendo la dichiarazione sostitutiva (senza dubbio contenutisticamente falsa) strutturalmente integra in quanto materialmente annessa al documento di identità del dichiarante, è opportuno ulteriormente indugiare sulla effettiva configurabilità dell'illecito". Il problema attiene, specificamente, alla valutazione dell'attitudine probatoria della dichiarazione resa dal privato in relazione alla funzione dell'istanza rivolta alla pubblica amministrazione, e alla riflessione circa la

¹⁸ Delle tesi in materia dà approfonditamente conto R. BARTOLI, *op. cit.*, p. 95 ss.

¹⁹ Sul tema, si rinvia a U. DINACCI, *La invalidità dell'atto nella teoria del falso punibile*, in *Giust. pen.*, 1984, II, p. 258 ss.

²⁰ In giurisprudenza, si veda Cass. Pen., Sez. V, 17 marzo 2005, n. 27215.

possibilità che questa contenga fatti rilevanti ai sensi dell'art. 483 c.p., come integrato dal d.P.R. 445/2000.

4. Il difetto funzionale della dichiarazione sostitutiva in ipotesi di autotutela.

La riflessione in punto efficacia probatoria dei fatti attestati dal privato mediante autodichiarazione muove, nell'incedere motivazionale della pronuncia, dall'incompatibilità ontologica sussistente tra dichiarazione sostitutiva di atto notorio e istanza di annullamento in autotutela che la contenga. All'istanza formulata dal privato affinché la pubblica amministrazione eserciti i propri poteri *ex art. 21-nonies* della L. 241/90, invero, viene riconosciuta una natura "latamente impugnatoria", che impedisce di ritenere che i fatti a sostegno della propria richiesta possano essere provati in forma meramente assertiva, necessitando, all'opposto, di essere documentati e riscontrati in modo differente.

Nell'ipotesi dell'autotutela di una sanzione irrogata, cioè, il risultato sperato dal privato – e consistente nell'annullamento del provvedimento sfavorevole – non potrebbe mai essere ottenuto mediante la mera dichiarazione relativa a circostanze incompatibili con il provvedimento sanzionatorio medesimo. Posto che, nel presentare l'istanza di autotutela, il privato non espone alla pubblica amministrazione fatti che la stessa è portata ad assumere in quanto veri, la sola dichiarazione del privato, ancorché corredata dal riferimento alle disposizioni *ex artt. 46, 47 e 76* del d.P.R. 445/2000, non sarebbe sufficiente per ottenere l'annullamento della sanzione irrogata. Nell'esercizio del potere *ex art. 21-nonies* della L. 241/90, invero, l'autodichiarazione del privato non assume la valenza probatoria sostitutiva che giustifica, nell'impianto del d.P.R. 445/2000, l'obbligo di verità penalmente sanzionato.

La pronuncia, sul punto, mette opportunamente in risalto il fatto che non ogni dichiarazione, proveniente dal privato e diretta all'amministrazione, attiva il "potere-dovere di verità in merito a qualsiasi fatto a sua conoscenza che egli voglia porre all'attenzione" della stessa; in effetti, si conviene da tempo sul fatto che non possa essere rimessa al privato, che effettui una dichiarazione alla pubblica amministrazione, la potestà di "imprimere all'atto la destinazione probatoria per l'uso che intende farne"²¹. In questo senso, sebbene la fonte normativa che attribuisce specifica valenza probatoria all'atto dichiarativo del privato sia individuabile nel d.P.R. 445/2000, si deve riflettere sul fatto che, ad integrare il falso penale, non potrebbe essere qualsiasi dichiarazione del privato corredata dal riferimento agli artt. 46 e 47 del d.P.R. 445/2000, ma solo quella realmente dotata della valenza probatoria ad essa attribuita dalla legge, nel contesto dello specifico procedimento in cui essa è utilizzata.

La sentenza esprime allora l'idea che l'estensione di tipicità operata *ex art. 76* d.P.R. 445/2000 debba essere limitata ad atti non solo formalmente, ma anche

²¹ O. ERONIA, *op. cit.*, p. 2256. In giurisprudenza, il rimando è alla pronuncia Cass. Pen., Sez. Un., 15 dicembre 1999, Gabrielli, cit.

funzionalmente idonei ad integrare un'autodichiarazione. D'altro canto, come evidenziato da autorevole dottrina, il delitto di cui all'art. 483 c.p. "è realizzabile soltanto in relazione a quella particolare categoria di atti nei quali il privato può attestare usando come strumento di certificazione il pubblico ufficiale"²². Nella configurazione operata dal codice penale per il falso ideologico in atto pubblico commesso dal privato, cioè, la dichiarazione deve essere trasfusa senza ulteriori passaggi nell'atto: il pubblico ufficiale avrebbe il solo ruolo di trasferire, all'interno dell'atto pubblico, quanto è il privato a rappresentargli.

Nella peculiare ipotesi di realizzazione mediante dichiarazione sostitutiva del privato, ciò starebbe a significare che solo ove l'utilizzo dell'autocertificazione si inserisca un contesto procedimentale in cui la pubblica amministrazione è chiamata ad assumere come veritiere le dichiarazioni rese dal privato, senza ulteriori adempimenti istruttori sul punto, gli atti di cui agli artt. 46 e 47 d.P.R. 445/2000 sarebbero idonei a integrare il falso ideologico *ex art.* 483 c.p.: poiché, secondo il Tribunale, questo non avviene nel caso dell'istanza di annullamento in autotutela di una sanzione amministrativa, il reato contestato all'imputato non può dirsi integrato.

4.1. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione.

Più problematica appare la riflessione circa l'incompatibilità tra falso in autodichiarazione e potere discrezionale: nella pronuncia, invero, si accenna al fatto che, a rafforzare l'idea dell'incompatibilità tra autotutela e dichiarazione sostitutiva del privato, contribuirebbe il rilievo della natura altamente discrezionale dell'esercizio di potere da parte della pubblica amministrazione, che "potrebbe anche del tutto non attivarsi". Tale profilo, infatti, farebbe venire meno la certezza che, a seguito di istanza privata, l'autorità pubblica instauri un procedimento e annulli il proprio atto. Quand'anche si ritenesse che, in sede di autotutela, la dichiarazione del privato implichi il venir meno di ogni controllo della pubblica amministrazione sui fatti attestati dall'istante, perciò, ad impedire la possibilità di configurare l'art. 483 c.p. sarebbe la natura solo eventuale dell'esercizio del potere, che è subordinato sempre alla valutazione delle ragioni di interesse pubblico oltre che alla sussistenza di un vizio di legittimità del provvedimento previamente adottato.

Portando il ragionamento alle sue conseguenze estreme, ne deriverebbe l'affermazione secondo cui, affinché l'autodichiarazione configuri il delitto di falso *ex art.* 483 c.p., sarebbe sempre necessario che essa si inserisca, con efficacia probatoria piena ed automatica, in un procedimento finalizzato all'esercizio di un potere vincolato. Un simile assunto, nondimeno, limiterebbe fortemente la possibilità di ritenere che l'autodichiarazione configuri il sostrato materiale del falso ideologico del privato in atto pubblico, riservandola, in sostanza, ai soli casi di potere vincolato al ricorrere di requisiti fissati dalla legge, che il privato attesti mediante dichiarazione sostitutiva.

²² F. RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, Jovene, 1966, p. 118.

Una simile ricostruzione non convince: se, nell'esercitare il potere, la pubblica amministrazione è portata a confidare nella veridicità dell'autodichiarazione, non rileva che essa si iscriva nel contesto di un procedimento vincolato o discrezionale. In ogni caso, infatti, la decisione sarà assunta a partire dal postulato della rispondenza al vero dei fatti veicolati nel procedimento dal privato, mediante dichiarazione sostitutiva. Quando si riconosce una funzione estensiva all'art. 76 d.P.R. 445/2000, ritenendo tale disposizione idonea ad attribuire rilevanza penale all'autodichiarazione falsa, ciò che rileva è che l'atto del privato assuma una specifica portata probatoria dei fatti ivi dichiarati, e non anche che si inserisca in un procedimento in cui non sia presente alcuna discrezionalità.

In senso più profondo, la questione attiene all'individuazione – da sempre problematica e discussa – del bene giuridico tutelato dalla norma²³. Invero, nel sanzionare il comportamento lesivo della pubblica fede, declinata quale “aspettativa di veridicità”²⁴ della dichiarazione avente una specifica valenza probatoria, la lesione all'interesse tutelato può dirsi sussistente indipendentemente dalla natura vincolata o discrezionale dell'attività della pubblica amministrazione. In ogni caso, infatti, la dichiarazione privata appare contraria all'obbligo di veridicità derivante dall'attitudine probatoria ad essa attribuita dall'ordinamento: e poiché la reazione penale è giustificata dalla distorsione della “specifica funzione che il documento in questione assolve in rapporto ai possibili destinatari”, deve ritenersi integrato il delitto ogniqualvolta la pubblica amministrazione sia portata a confidare nella veridicità delle dichiarazioni private, quand'anche esse si iscrivano in un contesto procedimentale che richiede la valutazione discrezionale in ordine a profili differenti.

Simili considerazioni, d'altro canto, non contraddicono la soluzione sposata dal Giudice; nel ritenere che la dichiarazione sostitutiva, nel caso concreto, si ponesse “in disarmonia con l'alveo funzionale della normativa citata, contrastando del tutto con la *ratio* del d.P.R. 445/2000 e versando in una condizione di incoerenza rispetto alla natura e ai fini propri dell'istanza di annullamento in autotutela”, la pronuncia evidenzia una circostanza che vale a prescindere dalla natura discrezionale o meno del potere esercitato dalla pubblica amministrazione nel contesto procedimentale in cui si inserisce l'apporto dichiarativo del privato. A rilevare è, piuttosto, il ruolo che tale dichiarazione effettivamente svolge nell'impianto complessivo del potere pubblico.

In questo senso, la prospettiva funzionale che emerge nella pronuncia in commento merita di essere approfondita, astraendo dalla questione specifica della rilevanza del falso autodichiarativo in ipotesi di istanza di autotutela; nelle considerazioni svolte, infatti, si staglia una riflessione più ampia, relativa alla impossibilità di qualificare, in termini di autocertificazione penalmente rilevante ai sensi degli artt. 46, 47 e 76 d.P.R. 445/2000, qualsivoglia dichiarazione che il privato rende alla pubblica amministrazione. Solo indagando la questione in una prospettiva più ampia,

²³ Sul tema, si vedano R. BARTOLI, *op. cit.*, p. 57 ss. S. FIORE, *Ratio di tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli, 2000, 27.

²⁴ In questi termini R. ALAGNA, *Art. 483*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Delitti contro la fede pubblica*, in S. Moccia, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Napoli, 2014, p. 431.

infatti, sembra possibile delimitare correttamente lo spazio di rilevanza penale del falso in autodichiarazione. E l'approfondimento di tale questione appare, oggi, particolarmente interessante; l'esperienza emergenziale – che dello strumento dell'autocertificazione ha inteso fare ampio uso – dimostra a pieno la necessità di definire in modo coerente la rilevanza penale di tale strumento di semplificazione amministrativa.

5. Sui rapporti tra reati di falso e d.P.R. 445/2000.

È proprio il diritto penale emergenziale ad avere imposto, nell'ultimo periodo, una attenta riflessione sull'ammissibilità delle figure delittuose di falso in caso di autodichiarazione; a fronte di motivazioni variegate sul punto da parte della giurisprudenza di merito che si è espressa nel senso dell'irrilevanza penale di tali falsità,²⁵ alcuni autori hanno proposto, in modo del tutto condivisibile, di incentrare la riflessione "sulla struttura dell'ipotesi delittuosa di falso [...], volta in particolare a chiedersi se l'autodichiarazione sottoscritta dagli imputati sia effettivamente riconducibile alla categoria delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni o di atto di notorietà di cui agli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445 del 2000, in relazione alla quale può configurarsi la fattispecie di cui agli artt. 76 d.P.R. n. 445 del 2000 e 483 c.p."²⁶.

Il problema si impone prima e a prescindere dalla vicenda legata al diritto penale pandemico; ed è proprio per pervenire a una soluzione di respiro generale che occorre soffermarsi ad identificare quali atti del privato siano realmente idonei a configurare una ipotesi di autodichiarazione rilevante, ai fini penali, per via del disposto di cui all'art. 76 d.P.R. 445/2000.

La risposta al quesito non può che muovere dalla *ratio* del "meccanismo di semplificazione amministrativa"²⁷ di cui al d.P.R. 445/2000²⁸: invero, con l'introduzione delle dichiarazioni sostitutive, l'ordinamento ha inteso assegnare una funzione fidefacente a quanto dichiarato dal privato mediante il ricorso a tali strumenti. Le

²⁵ Tra cui il principio *nemo tenetur se detegere*, in GUP Milano, sent. 12 marzo 2021, giud. Del Corvo, con commento di E. PENCO, [Fra obbligo «di dire la verità» e diritto di difesa del singolo: dal G.u.p. di Milano una nuova pronuncia che riconosce l'insussistenza della fattispecie di cui all'art. 483 c.p. nell'ipotesi di false attestazioni in autodichiarazione Covid-19](#), in questa Rivista, 6 aprile 2021; l'incostituzionalità dei DPCM che hanno istituito il divieto di spostamento e l'obbligo di autocertificazione, in GIP Reggio Emilia, sent. 27 gennaio 2021, giud. De Luca, con commento di E. PENCO, *Ancora un proscioglimento per falso in autodichiarazione*, cit.; l'impossibilità di ravvisare un falso in intenzioni, in GIP Milano, sent. 16 novembre 2020, giud. Crepaldi, con commento di E. PENCO, *Autodichiarazione Covid-19 e reati di falso*, cit.

²⁶ E. PENCO, *Ancora un proscioglimento per falso in autodichiarazione*, cit.

²⁷ D. POTETTI, *op. cit.*, p. 2236. Sul punto, si rinvia anche a R. BORGOGNO, *Documento tradizionale e documento informatico*, in F. Ramacci (a cura di), *Le falsità documentali*, Padova, 2001, p. 68, e G.L. LO BIANCO, *Autocertificazione e organizzazione amministrativa: le facilitazioni per i cittadini e per le imprese, le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e di atti di notorietà, le copie conformi, le legalizzazioni di firme, il regime dell'imposta di bollo su atti e documenti*, Milano, 1995.

²⁸ *Ratio* analoga è riconosciuta ai testi normativi che disciplinavano tali istituti prima dell'approvazione del Testo Unico: per una panoramica complessiva, si rinvia a F.A. SIENA, *op. cit.*, p. 239-240.

dichiarazioni e le attestazioni fornite, in particolare, sarebbero suscettibili di giustificare l'intervento della pubblica amministrazione senza ulteriori verifiche da parte della stessa, salvi i controlli a campione di cui all'art. 71 d.P.R. 445/2000.

Proprio alla luce della "vocazione teleologica della normativa in parola", sembra confortata l'idea che, affinché si possa dire integrata la fattispecie di cui all'art. 483 c.p. per il tramite di una dichiarazione sostitutiva, si debba far riferimento alla rilevanza che tale dichiarazione riveste nel procedimento finalizzato all'emanazione di un provvedimento o alla produzione di altro effetto giuridico: se essa sostituisce realmente ogni eventuale attività istruttoria della pubblica amministrazione, si può ammettere l'utilizzo dell'art. 483 c.p.; viceversa, ove non sia riconosciuta questa valenza automatica a prendere il posto delle verifiche e degli accertamenti normalmente espletati dalla pubblica amministrazione, la fattispecie non potrà dirsi integrata, neppure laddove il modulo con cui il privato presenta le proprie considerazioni sia corredato dalla formula di avvertimento della natura penale del falso in autodichiarazione²⁹.

Alla luce degli articoli che le prevedono, infatti, le dichiarazioni sostitutive dei privati appaiono naturalmente destinate a inserirsi in un rapporto con la pubblica amministrazione, inaugurato con la presentazione di un'istanza e finalizzato al conseguimento di un risultato³⁰. La pronuncia in commento, nel negare che tale rapporto possa dirsi sussistente in ipotesi di istanza privata per l'annullamento d'ufficio di un precedente atto sanzionatorio, si sofferma sul fatto che il privato non avrebbe facoltà di dotare la propria dichiarazione dell'efficacia probatoria riconosciuta all'autodichiarazione *ex* artt. 46 e 47 d.P.R. 445/2000, semplicemente attribuendole tale *nomen iuris* o corredandola del riferimento alle disposizioni in parola; su un piano sostanziale, infatti, l'assoggettabilità al dovere di verità *ex* art 76 d.P.R. 445/2000 potrebbe sussistere "solo con riguardo a fatti la cui conoscenza da parte della pubblica amministrazione sia funzionale a fargli ottenere provvedimenti ampliativi rimandando ad un momento successivo i controlli (e le eventuali sanzioni)"³¹.

Ed infatti, la funzione probatoria degli atti del privato – da cui si desume un obbligo di dire la verità penalmente sanzionato *ex* art. 483 c.p. – può dirsi esistente solo ove le dichiarazioni rese "siano valutate come condizioni necessarie e sufficienti per la produzione di effetti giuridici ulteriori, o, addirittura, siano considerate presupposto sufficiente per la produzione di conseguenze giuridiche vantaggiose per il privato attestante"³². Nelle ipotesi in cui il soggetto pubblico mantiene un autonomo potere di accertamento delle condizioni di fatto per l'esercizio della funzione, questa produzione automatica di effetti giuridici non sembra ricorrere. Nondimeno, ciò non vale a escludere la rilevanza penale di ogni falsa dichiarazione del privato resa alla pubblica amministrazione: la possibilità di ritenere sussistente una diversa fattispecie di reato,

²⁹ In questo senso, "*folium non facit legem*": M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 521.

³⁰ Si veda E. PENCO, *Autodichiarazione Covid-19 e reati di falso*, cit.

³¹ In tal senso, non sembra sufficiente ad escludere il reato *ex* art. 483 c.p. la previsione, del tutto eventuale e subordinata a una valutazione discrezionale di dubbio sulla veridicità della dichiarazione del privato, dei controlli di cui all'art. 71 d.P.R. 445/2000. Si veda POTETTI, *op. cit.*, p. 2239.

³² R. GUERRINI, *Aspetti problematici della falsità ideologica*, in *Ind. pen.*, 1985, p. 694.

infatti, dipende dalla possibilità di ritenere integrati tutti gli estremi di altra ipotesi delittuosa.

5.1. Lo spazio residuo di rilevanza penale del falso in autodichiarazione: falsità personali e falso per induzione.

Al di fuori dei casi in cui la normativa extra-penale effettivamente assuma la dichiarazione resa dal privato quale elemento che confluisce nell'atto pubblico adottato senza che, su di esso, la pubblica amministrazione svolga alcuna attività di autonomo accertamento, la falsità resa mediante autodichiarazione sembra comunque destinata a rilevare, sul versante penalistico, ai sensi dell'art. 495, oltre che *ex artt.* 48 e 479 c.p..³³

Quanto alle falsità personali, ci si limita qui a segnalare che l'equiparazione della dichiarazione sostitutiva a quella fatta a pubblico ufficiale, di cui all'art. 76 d.P.R. 445/2000, appare idonea ad attivare l'ipotesi di cui all'art. 495 c.p.,³⁴ senza sollevare i problemi ravvisati dalla dottrina in relazione all'art. 483 c.p..³⁵ L'ipotesi di falsa dichiarazione circa l'identità, lo stato o altre qualità della propria o di altra persona, invero, non sconta l'ostacolo della necessaria trasposizione in atto pubblico delle circostanze dichiarate dal privato: a differenza di quanto accade nel falso ideologico del privato, infatti, l'esistenza di un atto pubblico non rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie *ex art.* 495 c.p..

Quanto invece alla rilevanza del falso per induzione, appare significativa, sul punto, la riflessione relativa al tratto differenziale caratteristico delle ipotesi delittuose di cui all'art. 483, da una parte, e agli artt. 48 e 479 c.p., dall'altra; nonostante la giurisprudenza si sia espressa da tempo a favore del concorso formale di reati³⁶, parte della dottrina contesta apertamente questa ricostruzione, ritenendo che le due disposizioni realizzino un concorso apparente di norme³⁷. Nel falso ideologico commesso dal privato in dichiarazioni dirette al pubblico ufficiale, invero, l'apporto dichiarativo del privato è destinato a entrare a far parte dell'atto pubblico senza che il pubblico ufficiale sia chiamato a svolgere alcuna attività, diversa dalla mera riproduzione; nell'ipotesi di falso per induzione, invece, la cifra tipica del reato è data proprio dalla circostanza che la dichiarazione del privato abbia eluso i controlli pubblici

³³ Favorevole alla configurabilità dell'art. 479 c.p., in presenza di tutti i requisiti richiesti dalla norma, Cass. Pen., Sez. V, 28 maggio 1999, Da Prato, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2097.

³⁴ D. GUIDI, *op. cit.*, p. 467.

³⁵ I. GIACONA, *op. cit.*, p. 58, in cui si sottolinea, in particolare, come i destinatari di tali dichiarazioni non siano sempre e solo pubblici ufficiali, in ciò rinvenendo il significato della disposizione di cui all'art. 76 d.P.R. 445/2000.

³⁶ In tal senso la già citata Cass. Pen., Sez. Un., 28 giugno 2007, Scelsi, n. 35488, cit.

³⁷ Si veda, ad esempio, E. MEZZETTI, *La condotta nelle fattispecie pertinenti al falso documentale*, in F. Ramacci (a cura di), *Le falsità documentali*, cit., p. 286-287, nonché R. BARTOLI, *op. cit.*, p. 292, in cui si dà conto del contrasto dottrinale tra chi ritiene si debba applicare l'art. 483 c.p., in quanto fattispecie speciale, e chi, come l'Autore, propende per l'applicazione degli artt. 48 e 479 c.p., in virtù del principio di consunzione.

o deviato l'attività propria della pubblica amministrazione, inducendo in errore il soggetto che forma l'atto pubblico³⁸.

La differenza, in altre parole, attiene al "tipo di attività compiuta dal pubblico ufficiale"³⁹: se essa si riduce a mera riproduzione, all'interno di un atto pubblico, delle dichiarazioni del privato, allora la fattispecie integrata è quella dell'art. 483 c.p. Viceversa, ove le false dichiarazioni siano suscettibili di essere integrate da un'attività – di certificazione, di controllo, di utilizzo – da parte del soggetto avente natura di un pubblico ufficiale, la fattispecie che viene in esame è l'art. 479 c.p., nella forma del falso per induzione *ex art.* 48 c.p., ove il pubblico ufficiale sia ingannato circa la veridicità della dichiarazione privata.

Nel falso per induzione, a ben vedere, sarebbe la stessa esistenza di un controllo da parte della pubblica amministrazione a negare la natura sostitutiva della dichiarazione del privato: se si concorda sul fatto che l'autodichiarazione, per essere tale, debba prescindere da qualsivoglia controllo dell'amministrazione ricevente – e posto quindi che la vera autodichiarazione risulta radicalmente incompatibile con l'art. 479 c.p.⁴⁰ – si deve concludere ritenendo che, sotto il profilo funzionale, la qualità di dichiarazione sostitutiva debba riconoscersi non ad ogni atto che il privato qualifichi come tale, ma solo a quello che, alla luce della disciplina del potere e del procedimento in cui si inserisce, sia suscettibile di integrare l'atto senza intermediazione della pubblica amministrazione, relativamente allo specifico profilo oggetto di dichiarazione da parte del privato⁴¹.

Sul punto, tuttavia, è doveroso segnalare che la tendenza alla semplificazione, inaugurata da tempo e oggi confermata dai più recenti interventi del legislatore, finisce per attribuire alle dichiarazioni del privato *ex artt.* 46 e 47 d.P.R. 445/2000 un ruolo sempre più significativo ed esteso⁴²: basti pensare all'art. 264, co. 1, lett. a) del decreto Rilancio⁴³ (D.L. 34/2020, convertito con L. 77/2020) che, al fine dichiarato di garantire la massima semplificazione, attribuisce alle dichiarazioni sostitutive un ruolo cardine nelle istanze finalizzate ad ottenere provvedimenti favorevoli legati all'emergenza Covid-19, o al nuovo comma 3-*bis*, inserito all'art. 18 della L. 241/90 dal decreto Semplificazioni (D.L. 76/2020 convertito in L. 120/2020), che estende l'efficacia probatoria della dichiarazione sostitutiva ad ogni procedimento ad istanza di parte avente ad oggetto benefici economici comunque denominati.

³⁸ "Il reato di cui all'art. 483 c.p. ricorre solo quando la falsa attestazione riguarda i fatti che il pubblico ufficiale si limita a recepire da un privato, che è l'autore immediato della falsità. Si versa, invece, nell'ipotesi di cui agli artt. 48 e 479 c.p., allorché tali fatti sono integrati da un'attestazione del pubblico ufficiale, di cui l'atto stesso è destinato a provare la verità", così Cass. Pen., Sez. V, 22 febbraio 2006, n. 13278, La Ganga.

³⁹ R. BARTOLI, *op. cit.*, p. 272.

⁴⁰ *ibid.*, p. 278.

⁴¹ Si pensi, tipicamente, al rinvio operato alle dichiarazioni *ex artt.* 46 e 47 del d.P.R. 445/2000 dall'art. 19 della L. 241/90, in materia di SCIA.

⁴² F.A. SIENA, *op. cit.*, p. 238-239.

⁴³ G.L. GATTA, [COVID-19: novità penalistiche nel "decreto rilancio" \(d.l. n. 34/2020\). Sospensione dei termini per la querela, sanatoria per l'emersione del lavoro irregolare, nuova disciplina in materia di delitti di falso e di indebita percezione di erogazioni pubbliche](#), in questa Rivista, 22 maggio 2020.

Deve pertanto ritenersi che, quand'anche fossero considerate nella prospettiva funzionale valorizzata nella pronuncia in commento, molte delle dichiarazioni private dirette alla pubblica amministrazione finirebbero, oggi, per rientrare nella nozione di cui agli artt. 46, 47 e 76 d.P.R. 445/2000, anche ai fini dell'applicazione della fattispecie di cui all'art. 483 c.p. Sulla scorta delle considerazioni svolte, invero, solo l'accoglimento della tesi contraria a ritenere integrato il falso *ex* art. 483 c.p. in presenza della sola autodichiarazione privata sarebbe idoneo a contrarre significativamente l'ambito di applicazione dell'ipotesi delittuosa in esame; e non è da escludere che, nel prossimo futuro, il dibattito giurisprudenziale e dottrinario sul tema torni ad accendersi, stante la proliferazione dei casi in cui la questione appare oggi suscettibile di assumere rilevanza.

6. Conclusioni.

La pronuncia in commento, in definitiva, offre l'occasione di riflettere sulla reale portata dell'autodichiarazione privata e della sua rilevanza ai fini dell'art. 483 c.p.: pretendo dall'assunto – non del tutto pacifico – che il combinato disposto degli artt. 46, 47 e 76 d.P.R. 445/2000 sia idoneo a integrare tutti i requisiti costitutivi del falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico, le riflessioni del Giudice si soffermano sulla rilevanza, ai fini penali, dell'integrità strutturale e dell'attitudine funzionale della dichiarazione privata corredata dal richiamo alle norme in materia di autodichiarazione.

Pronunciandosi in merito al caso specifico della dichiarazione sostitutiva del privato finalizzata all'annullamento di ufficio di una sanzione previamente irrogata, il Tribunale motiva la decisione assolutoria mettendo in rilievo la stringente necessità che l'atto sostitutivo, oltre ad essere formato nel pieno rispetto delle prescrizioni formali, sia anche idoneo a svolgere, nel procedimento amministrativo, la funzione probatoria che giustifica, in capo al privato, l'obbligo di dire la verità.

Se, a livello strutturale, è l'esistenza dell'art. 38 d.P.R. 445/2000 a fornire precise indicazioni circa il giudizio di correttezza formale, la soluzione sul piano funzionale appare maggiormente problematica, ma al contempo assolutamente centrale al fine di sviluppare una riflessione unitaria e coerente del falso in autodichiarazione. In particolare, ragionando sulla *ratio* semplificatoria di cui al d.P.R. 445/2000 e sul bene giuridico tutelato dall'art. 483 c.p., sembra potersi condividere l'idea secondo cui, per integrare il falso ideologico in atto pubblico, la dichiarazione del privato debba essere assunta come veritiera sulla base delle regole del procedimento in cui essa va a iscriversi, sia esso espressione di un potere vincolato o discrezionale.

Poiché l'attitudine probatoria richiesta dall'art. 483 c.p. non è attribuito di cui il privato possa, in via autonoma, ammantare qualsiasi propria dichiarazione rivolta alla pubblica amministrazione, sarà l'analisi della disciplina amministrativa sul potere a risultare dirimente al fine di ammettere o negare l'efficacia probatoria e a giustificare, di conseguenza, l'attivazione della sanzione di cui all'art. 483 c.p., o di altre ipotesi di falso penalmente rilevante che risultino, nel caso concreto, integrate in tutti gli elementi costitutivi. In questo senso, tuttavia, l'attuale tendenza alla semplificazione amministrativa, realizzata anche attraverso il massiccio impiego delle dichiarazioni *ex*

art. 46 e 47 d.P.R. 445/2000, induce a ravvisare ampi spazi di applicazione del falso autodichiarativo del privato, portando nuovamente al centro l'interrogativo circa l'ammissibilità della tesi che, nonostante l'assenza di un atto propriamente pubblico, ritiene sufficiente, per estendere l'ambito applicativo *ex* art. 483 c.p., il rinvio in bianco operato dall'art. 76 d.P.R. 445/2000.

LE FATTISPECIE DI DANNEGGIAMENTO INFORMATICO: UNA COMPARAZIONE TRA ITALIA E CINA

di Emanuele Riva

L'elaborato sviluppa la comparazione tra Italia e Cina nel campo dei delitti di danneggiamento informatico. È approfondita, in primo luogo, la cornice costituzionale dei due Paesi e la diversa valenza del principio di legalità, che si riflette, in definitiva, sulle caratteristiche della fattispecie incriminatrice. Vengono, quindi, analizzate le singole fattispecie evidenziando gli elementi e le scelte punitive comuni ai due ordinamenti: lo studio è condotto sul piano del bene giuridico tutelato, del fatto tipico e del rapporto tra danneggiamento informatico e invio di virus informatici. Si cerca, infine, di comprendere le ragioni dell'inattesa affinità tra i due sistemi.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il quadro sanzionatorio nell'ordinamento italiano. – 3. La legislazione cinese: l'art. 286 del codice penale. – 4. Danneggiamento di sistemi e danneggiamento di dati. – 5. L'oggetto di tutela: funzione e funzionamento del sistema informatico. – 6. Il rapporto tra invio di virus e danneggiamento informatico. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

Diversi scritti di diritto penale dell'informatica si aprono con una riflessione circa il ruolo e la diffusione delle “nuove tecnologie”, quasi a doversi giustificare di aver intrapreso una materia tanto tecnica e settoriale. A ben vedere, le tecnologie informatiche sono al giorno d'oggi la normalità, un elemento imprescindibile del vivere quotidiano¹. Così, il diritto dell'informatica non può più ritenersi un'avanguardia insolita per pochi giuristi appassionati: il diritto dell'informatica è *il* diritto dei nostri giorni.

Si tratta, infatti, di un argomento vivo e attuale, che impone una riflessione sempre più attenta agli sviluppi tecnologici e al progressivo schiudersi di nuove sfide per il giurista². Il diritto penale dell'informatica è parte del c.d. diritto dell'era digitale: è, quindi, un diritto essenzialmente transnazionale³. Detti aspetti ben si colgono nella

¹ L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, *Cybercrime*, 2019, Milano, 37-38.

² Per alcuni approfondimenti sulle nuove frontiere del diritto italiano dell'informatica: C. BENETAZZO, *ICT e nuove forme di interazione tra cittadino e Pubblica Amministrazione*, in *MediaLaws*, n. 2, 2020, 263-265; P. INSOLERA – S. ROMANO, *Processo penale “a distanza” e diritto alla privacy: possibili profili di contrasto*, in *MediaLaws*, n. 2, 2020.

³ G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2016, 333.

comparazione con la disciplina cinese. In particolare, si è scelto di approfondire i delitti di danneggiamento informatico, sia perché sanzionano fenomeni largamente diffusi e in aumento⁴, sia perché si tratta delle norme che meglio si prestano ad evidenziare le caratteristiche costituzionali e le scelte punitive dei due ordinamenti.

La Cina rappresenta, oggi, uno dei modelli più evoluti di integrazione della dimensione digitale nelle dinamiche quotidiane del tessuto sociale ed economico⁵: basti pensare alla diffusione delle c.d. *superApp*⁶ o al costante processo di ricerca e sviluppo di nuove tecnologie, condotto, da ultimo, nel campo dell'intelligenza artificiale⁷. Le stesse Istituzioni della PRC rivolgono grande attenzione ai temi della modernizzazione⁸ e della digitalizzazione⁹, tanto che il progresso tecnologico può riconoscersi come un elemento essenziale della Costituzione formale¹⁰ e sostanziale del Paese.

La Cina è altresì Patria di un diritto diverso dal nostro. Sono diversi i presupposti storico-culturali: tradizione, società e cultura giuridica¹¹. Sono diverse le scelte politiche più recenti: l'ispirazione costituzionale, di matrice leninista-maoista, si ripercuote, come si vedrà, sulle caratteristiche essenziali del diritto penale. A ciò si aggiunga che la Repubblica Popolare non ha aderito alla Convenzione di Budapest¹² sul crimine informatico.

Date queste premesse, ci si potrebbe aspettare che la comparazione tra i due Paesi si riduca ad una mera rassegna di differenze. Ma non è così.

⁴ Si considerino il più recente [rapporto Clusit](#) – associazione italiana per la sicurezza informatica e il [rapporto Allianz Global Corporate & Specialty](#) (AGCS) dell'ottobre 2020.

⁵ S. PIERANNI, *Red Mirror. Il nostro futuro si scrive in Cina*, Bari-Roma, 2020, *passim*.

⁶ Un esempio è costituito dall'App WeChat con cui è possibile, ad esempio, conversare in lingue diverse avvalendosi di un sistema di traduzione istantanea, effettuare pagamenti e piccole transazioni tra utenti, prenotare una visita medica, acquistare e programmare un viaggio sui mezzi di trasporto, pagare alcuni servizi pubblici, come le bollette dell'elettricità (per l'elenco esaustivo delle funzioni di WeChat, si può consultare la relativa sezione dello *Store GooglePlay*, all'URL www.play.google.com). L'argomento è approfondito in S. PIERANNI, *Red Mirror*, cit., 1 ss.

⁷ M. SORRENTINO, *Intelligenza artificiale: lezioni dalla Cina*, in C. Bulfoni, E. Lupano, B. Mottura (a cura di), *Sguardi sull'Asia e altri scritti in onore di Alessandra Cristina Lavagnino*, Milano, 2017, 113-115. Sul rapporto tra intelligenza artificiale, società e legislazione in Cina: L. WEIQIU, "Technology-Society+ Economy" Paradigm of AI Legislation, in *Wūhàn dàxué xuébào* (武汉大学学报), n. 1, 2020, 65.

⁸ Per un utile approfondimento: Q. YUJUN, *Modernization and Legislation of Scientific and Technical Administration*, in *Kējì yǔ fǎlǜ* (科技与法律), n. 4, 1995.

⁹ In Cina sono state istituite, ad esempio, sia la *Cyberspace Administration of China* (*Guójiā hùliánwǎng xìnxī bàngōngshì* - 国家互联网信息办公室; letteralmente: Ufficio nazionale d'informazione su Internet), sia la *Central Cyberspace Affairs Commission* (*Zhōngyāng Wǎngluò Ānquán Hé Xìnxī Huà Wěiyuánhùi* - 中央网络安全和信息化委员会).

¹⁰ Come si evince dal Preambolo e dagli artt. 14 e 47 della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese.

¹¹ Il tema è sviluppato in J. ZHANG, *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*, Springer, 2008; I. CARDILLO, Y. RONGGEN, *La cultura giuridica cinese tra tradizione e modernità*, in *Quaderni fiorentini XLIX* (2020), pp. 97-134 (contributo pubblicato sul sito dirittocinese.com, all'URL <https://dirittocinese.com/2020/10/22/la-cultura-giuridica-cinese-tra-tradizione-e-modernita/>).

¹² Ci si riferisce alla *Convention on Cybercrime*, stipulata a Budapest, il 23 novembre del 2001.

Nel *Codice penale della Repubblica popolare cinese*¹³ (in seguito, anche solo codice penale o codice penale cinese) si prevedono fattispecie dedicate al danneggiamento informatico (precisamente, l'art. 286), che corrispondono, in certo modo, ai quattro articoli (artt. 635-*bis*; 635-*ter*; 635-*quater*; 635-*quinqüies*) introdotti nel codice penale italiano. La presente ricerca si occupa di approfondire ciò che accomuna i due ordinamenti e di individuare le ragioni di tale convergenza.

2. Il quadro sanzionatorio nell'ordinamento italiano.

Sotto la spinta del Consiglio d'Europa¹⁴, il Legislatore italiano, con la L. 547/1993, ha introdotto nel codice penale l'art. 635-*bis*, rubricato «Danneggiamento di sistemi informatici e telematici»¹⁵. Ratificata la Convenzione di Budapest, la norma è stata sostituita, ai sensi dell'art. 5 della L. 48/2008, dalle quattro fattispecie che compongono l'apparato sanzionatorio ora vigente.

L'art. 635-*bis*, nella nuova versione, punisce le condotte di danneggiamento o soppressione di «informazioni, dati o programmi informatici altrui»¹⁶. Le medesime condotte sono contemplate dall'art. 635-*quater*: tale norma, tuttavia, si caratterizza per il diverso diverso oggetto materiale dell'evento, costituito dai «sistemi informatici e telematici».

Tale impostazione «binaria» viene ripresa anche dagli artt. 635-*ter* e 635-*quinqüies* che, tuttavia, si riferiscono ai dati e ai sistemi informatici «utilizzati dallo Stato o da altro

¹³ In lingua originale: *Zhōnghuá rénmin gònghéguó xíngfǎ* (中华人民共和国刑法). Il testo è stato promulgato il 1° luglio del 1979 ed è stato profondamente riformato nel 1997, entrando, così, in vigore nell'ottobre dello stesso anno. Si noti che la legge penale del 1979 ammetteva il ricorso all'analogia (art. 79), benché fosse prevista la supervisione da parte della Corte Suprema del Popolo: solo diciotto anni più tardi è stato sancito il divieto di ricorrere al procedimento analogico. Come nota il Picotti, tale divieto non è, tuttavia, contemplato nella Costituzione, ma si deduce dall'affermazione del principio di legalità, in base all'art. 3 dello stesso codice penale cinese: L. PICOTTI, *Offensività ed elemento soggettivo del reato nel codice penale della repubblica popolare cinese*, in *Diritto Penale XXI Secolo*, n. 1, 2010, p. 54. Sull'evoluzione del diritto penale in Cina: I. CARDILLO, *Lo sviluppo del diritto penale cinese dalla fondazione della repubblica popolare ad oggi*, in *Diritto Penale XXI Secolo*, n. 2, 2018, 261-274.

Per la traduzione italiana del codice penale cinese si fa riferimento all'autorevole contributo del Prof. Shenkuo Wu, in S. WU (traduzione di), S. VINCIGUERRA (revisore della traduzione e curatore dell'edizione), *Il codice penale della repubblica popolare cinese*, in *Diritto Penale XXI Secolo*, Anno IX, 2010.

¹⁴ Il riferimento è alla Raccomandazione No. R. (89)9 del Consiglio d'Europa (Comitato dei Ministri), adottata il 18 gennaio 1989.

¹⁵ Il testo introdotto dall'art. 9 della l. 547/1993 prevedeva che «chiunque distrugge, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili sistemi informatici o telematici altrui, ovvero programmi, informazioni o dati altrui, è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se ricorre una o più delle circostanze di cui all'articolo 635 c. 2, ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema, la pena è della reclusione da uno a quattro anni».

¹⁶ Il secondo comma individua una circostanza aggravante se il fatto è commesso con violenza alla persona o con minaccia ovvero «con abuso della qualità di operatore del sistema». Va rilevato, a tal proposito, che la figura dell'operatore di sistema si riconosce in colui che, per le funzioni svolte, si trova nella posizione di intervenire continuativamente sul sistema informatico. Tale aggravante ricorre nei principali reati informatici previsti dal codice e persegue, in definitiva, la violazione del rapporto di fiducia che intercorre tra titolare del sistema e *system operator*.

ente pubblico o comunque di pubblica utilità". Tali ultime norme, invero, si distinguono anche sotto il profilo della struttura del reato. Nell'ipotesi in cui l'oggetto materiale della condotta sia "di pubblica utilità", il Legislatore ha, infatti, previsto una significativa anticipazione della soglia di rilevanza penale. Sanzionando "i fatti diretti a" danneggiare i dati o i sistemi "pubblici", gli artt. 635-ter e 635-quinquies configurano, in realtà, un reato di pericolo¹⁷: il delitto si consuma a prescindere dall'effettivo verificarsi dell'evento di danneggiamento.

L'anticipazione della rilevanza penale dipende, così, dalla qualificazione dell'oggetto materiale della condotta: una scelta legislativa che, tuttavia, connota il reato di una certa indeterminatezza.

Le norme richiamate si riferiscono, in primo luogo, ai dati e ai sistemi informatici "utilizzati da un ente pubblico o dallo Stato": si tratta di un'espressione vaga, foriera di dubbi interpretativi e applicativi. Non è chiaro, ad esempio, se ricorra il requisito in esame solo nel caso in cui i dati o i sistemi informatici facciano parte della dotazione stabile dell'ente pubblico oppure anche qualora l'ente venga ad utilizzare tali strumenti solo occasionalmente.

Risulta, in secondo luogo, ancora più problematico stabilire quando ricorra la "pubblica utilità" dell'oggetto materiale. Per fare chiarezza sulla portata di tale espressione, vi è chi ha proposto di considerare soddisfatto il requisito in esame qualora i dati o il sistema siano «comunque di interesse pubblico»¹⁸, rilevando, in questo senso, «l'utilità sociale dell'oggetto dell'aggressione»¹⁹ e le conseguenze lesive per la tutela degli interessi pubblici. Tale soluzione interpretativa non pare, tuttavia, risolvere il *vulnus* di determinatezza che affligge le fattispecie in esame. Non sempre sarà possibile conoscere e riconoscere, *ex ante*, l'utilità sociale di un dato informatico o di un sistema informatico: sicché, in definitiva, la portata di queste espressioni e, di conseguenza, l'estensione della rilevanza penale, si conosceranno, nell'ipotesi concreta, solo al termine del giudizio.

3. La legislazione cinese: l'art. 286 del codice penale.

L'art. 286 del codice penale cinese contempla il reato di danneggiamento informatico. In particolare, nella traduzione italiana²⁰, il primo comma recita come segue: *chiunque, in violazione delle disposizioni statali, compiendo operazioni di cancellazione, modificazione, aggiunta, impedimento al funzionamento di un sistema informatico o*

¹⁷ I. SALVADORI, *Il "microsistema" normativo concernente i danneggiamenti informatici. Un bilancio molto poco esaltante*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2012, 204 ss.; C. PARODI e V. SELLAROLI (a cura di), *Diritto penale dell'informatica. I reati della rete e sulla rete*, 2020, 595; D. PAOLANTI, *Il danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità*, in *studiocataldi.it*.

¹⁸ V. DESTITO, *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 2010 (aggiornamento), 751.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ La traduzione è sempre tratta da S. WU, *Il codice penale della Repubblica Popolare cinese*, cit. Una traduzione ufficiale in lingua inglese della legge penale cinese è consultabile [a questa pagina](#) sul sito ufficiale della Missione permanente della Repubblica Popolare Cinese presso le Nazioni Unite.

telematico, cagiona il malfunzionamento del sistema suddetto, qualora vi sia una conseguenza grave, è punito con la reclusione pari o inferiore a cinque anni o con l'arresto.

L'articolo prosegue con un secondo comma, con il quale viene sanzionato chiunque, in violazione delle disposizioni statali, compie operazioni di cancellazione, modificazione, aggiunzione ai dati o programmi applicativi che sono conservati, trattati o trasmessi in un sistema informatico o telematico.

Un terzo comma della medesima norma sanziona il danneggiamento informatico perpetrato mediante l'uso di programmi dannosi: ci occuperemo di tale ipotesi affrontando il tema dei virus informatici.

La lettura dell'art. 286 del codice penale può destare, a prima vista, perplessità. Può sorprendere, infatti, che la norma cinese ricorra ad espressioni particolarmente vaghe: il fatto tipico è punibile, ad esempio, solo «qualora vi sia una conseguenza grave»²¹. Similmente, la pena è aumentata qualora le conseguenze siano «particolarmente gravi»²². Come è evidente, si tratta di uno stile legislativo assai distante dal modello di sufficiente determinatezza perseguito dal legislatore penale occidentale²³.

Una simile tecnica di *drafting* è, però, coerente con i principi costituzionali accolti dall'ordinamento cinese. Si tratta di un aspetto che merita di essere approfondito.

Partiamo dal presupposto che il principio di sufficiente determinatezza della fattispecie penale rappresenta un'estrinsecazione necessaria del principio di legalità. È pacifico, infatti, che quando la formulazione legislativa lascia margini eccessivi alla valutazione discrezionale dell'interprete, il principio legalitario viene, di fatto, svuotato del proprio significato e della propria funzione. È il tema, se vogliamo, delle c.d. norme penali in bianco. È altrettanto riconosciuto che il principio di legalità costituisce, a sua volta, un ineludibile «corollario del principio della divisione dei poteri»²⁴. Da queste brevi premesse possiamo dedurre l'esistenza di un'interconnessione logica tra principio di separazione dei poteri, principio di legalità e principio di sufficiente determinatezza della legge penale, tale che ove non sia riconosciuto il primo, sfumino di conseguenza anche le altre garanzie considerate: è questo il caso del sistema cinese.

La Costituzione della Repubblica Popolare Cinese non riconosce il principio di divisione dei poteri: almeno formalmente, non è nemmeno corretto parlare di "poteri", al plurale. L'art. 2 della Costituzione cinese, infatti, afferma solennemente che «*All power in the People's Republic of China belongs to the people*»²⁵. Tale impostazione è espressione del modello di centralismo democratico di matrice leninista, vero e proprio principio-

²¹ Il testo in lingua originale dell'art. 286 parla di *Hòuguǒ yánzhòng de* (后果严重的), letteralmente "conseguenze serie".

²² In questo caso, la pena prevista è superiore ai cinque anni di reclusione: *Hòuguǒ tèbié yánzhòng de, chǔ wǔ nián yǐshàng yǒu qī túxíng* (后果特别严重的, 处五年以上有期徒刑).

²³ F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 49 ss.

²⁴ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2014 (VII edizione), 48. Sul punto anche M. SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Milano, 1968, 40-41.

²⁵ La traduzione ufficiale in lingua inglese è tratta dal sito del Consiglio di Stato della Repubblica Popolare Cinese (www.gov.cn); in lingua originale: *Zhōnghuá rénmin gònghéguó de yīqiè quánlì shǔyú rénmin* (中华人民共和国的一切权力属于人民).

cardine del sistema costituzionale cinese²⁶. Il tema meriterebbe, invero, una trattazione a sé. In questa sede, interessa focalizzarsi soltanto sul rifiuto del principio di divisione dei poteri: basti considerare, del resto, che soltanto entro un quadro costituzionale che sancisca tale rifiuto, il Partito Comunista può esplicare la propria attività di supervisione e direttiva²⁷ nei confronti delle diverse articolazioni dell'apparato amministrativo e istituzionale, ivi compresi gli organi legislativi e giudiziari²⁸.

Il rifiuto formale della divisione dei poteri determina una concezione “debole” del principio di legalità. È stato osservato, a tal proposito, che nell'ordinamento cinese «basta una riserva relativa, che lasci ampi varchi agli apporti di fonte amministrativa e di fonte giudiziaria, in cui la direttiva politica del partito unico [possa] spiegarsi agevolmente»²⁹. In questo senso si deve leggere la clausola d'illiceità speciale contemplata dall'art. 286, con la quale si subordina la configurabilità del reato di danneggiamento informatico alla violazione delle «disposizioni statali»³⁰. Si tratta, invero, di una clausola piuttosto frequente nelle disposizioni del codice penale cinese³¹. Orbene, in base all'art. 96 del codice penale, con l'espressione «disposizioni statali» devono intendersi non soltanto le leggi emanate dall'Assemblea Nazionale del Popolo (o dal Comitato Permanente) ma anche le misure di carattere amministrativo e le decisioni adottate dal Consiglio di Stato³².

Ora, è chiaro che simili rinvii a fonti non legislative finiscono per atrofizzare il principio di legalità. Di conseguenza, in un ordinamento in cui la divisione dei poteri e il principio legalitario non sono garanzie riconosciute e ineludibili, non ci si può aspettare che la norma penale abbia un alto grado di determinatezza. Del resto, la tecnica di *drafting* perseguita dal Legislatore cinese è proprio quella di lasciare il maggiore spazio all'interprete.

Si spiega così l'utilizzo di espressioni generiche nel testo dell'art. 286 della legge penale cinese. Non si tratta di un *deficit* nella tecnica redazionale adottata dal Legislatore, bensì, all'opposto, di una scelta consapevole e coerente con i valori costituzionali della Repubblica Popolare.

²⁶ W. CHUANZHI, *Democratic Centralism: The Core Mechanism in China's Political System*, in *Qiushi Journal*, n. 4, 2013; G. CRESPI REGHIZZI, *Centralismo democratico* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1988, 268; C. MUGELLI, *Indipendenza e professionalità del giudice in Cina* (tesi di dottorato), Firenze, 2012, 23-25.

²⁷ S. VINCIGUERRA, *Impressioni di un penalista italiano alla lettura del codice penale cinese*, in *Diritto Penale XXI Secolo*, n. 1, 2010, 39.

²⁸ Benché, infatti, l'art. 126 della Costituzione cinese sancisca che i Tribunali del Popolo esercitano il potere giudiziario in modo indipendente, l'art. 128 precisa, tuttavia, che la Corte Suprema del Popolo è responsabile nei confronti dell'Assemblea Nazionale del Popolo e del suo Comitato Permanente. Inoltre, l'art. 67 prevede che il Comitato Permanente ha il potere di supervisionare i lavori della Corte Suprema del Popolo, ovvero di nominarne o rimuoverne, su raccomandazione del presidente della stessa Corte, i vicepresidenti e i giudici, i membri del suo comitato giudiziario e il presidente della corte militare.

²⁹ S. VINCIGUERRA, *Impressioni di un penalista italiano*, cit., 39.

³⁰ La norma si riferisce, letteralmente, alla “violazione delle norme nazionali”: *Wéifǎn guójiā guīdìng* (违反国家规定).

³¹ Si vedano, a titolo di esempio, gli artt. 137; 184; 222; 225; 285; 288 del codice penale cinese.

³² Il Consiglio di Stato (*Guówùyuàn*; 国务院) non è, in Cina, un organo di giustizia amministrativa, ma è il massimo organo di governo della Repubblica Popolare.

Si può aggiungere, infine, una considerazione. La dottrina giuridica cinese ha valorizzato l'impiego di espressioni generiche con specifico riferimento alle norme incriminatrici in materia informatica³³. Shan Yuming, in particolare sostiene che proprio le clausole più generiche (come le «circostanze gravi» previste dall'art. 286)³⁴ possono essere sfruttate in sede interpretativa, sia per limitare l'applicabilità della fattispecie penale, in ossequio al principio di *extrema ratio*, sia per adeguare e aggiornare, in concreto, il carico sanzionatorio delle diverse fattispecie informatiche³⁵. La norma penale che consenta la massima discrezionalità interpretativa sarebbe, dunque, la più idonea a perseguire un fenomeno dinamico e mutevole come quello informatico.

Fornite, così, le coordinate essenziali per comprendere la fattispecie dell'art. 286, si può procedere con alcune considerazioni in prospettiva comparata.

4. Danneggiamento di sistemi e danneggiamento di dati.

Sia in Cina sia in Italia si prevedono norme differenti a seconda che si tratti di danneggiamento di dati oppure di danneggiamento di sistemi informatici. All'art. 635-*bis* del codice penale italiano corrisponde, per certi versi, il secondo comma dell'art. 286 del codice penale cinese³⁶, così come all'art. 635-*quater* corrisponderebbe l'art. 286, primo comma³⁷.

Non si tratta di un'impostazione scontata. Basti solo ricordare che il reato di danneggiamento informatico introdotto in Italia con la L. 547/1993 contemplava, sotto un'unica fattispecie, sia il danneggiamento dei dati sia il danneggiamento dei sistemi³⁸.

Viene, dunque, da chiedersi quale sia la *ratio* alla base di una simile scelta legislativa. A ben vedere, le motivazioni di tale regime non sono le stesse nei due ordinamenti.

Con riguardo al sistema penale italiano, un dato risulta evidente. La forbice edittale prevista per l'aggressione ai sistemi varia da «uno a cinque anni di reclusione»; nel caso di attacco ai dati e programmi, si prevede, invece, la reclusione «da sei mesi a tre anni». Il Legislatore del 2008 ha, quindi, riconosciuto una maggiore carica lesiva nel

³³ S. YUMING, *The Current Situation of Network Crime Legislation and its Direction in China*, in *Héběi fǎxué* (河北法学), n. 6, 2018.

³⁴ *Ibid.*; con le parole dell'Autore: *Wèi shìyìng wǒguó fānzù gàiniàn cáiqǔ dìngxìng qiě dìngliàng de lifǎ jièdìng móshì yǔ wǎngluò fānzù jìliàng duìxiàng hǎiliàng huà de xiànsí xūyào* (为适应我国犯罪概念采取定性且定量的立法界定模式与网络犯罪计量对象海量化的现实需要).

³⁵ In lingua originale, si legge: *Děng dìngliàng yāoqiú zuòwéi fǎdìng xíng shēnggé de tiáojiàn* (等定量要求作为法定刑升格的条件).

³⁶ X. LI, *Regulation of Cyber Space: An Analysis of Chinese Law on Cyber Crime*, in *International Journal of Cyber Criminology*, n. 2, 2015, 195.

³⁷ X. LI, *Regulation of Cyber Space*, cit., 194. Sul punto, anche P. YONG, [Comparative research on "Convention on Cybercrime" and Chinese relevant Legislation](#), in *coe.int*, 2. In particolare, l'Autore accosta i primi paragrafi dell'art. 286 del codice penale cinese all'art. 5 della Convenzione di Budapest.

³⁸ L'art. 635-*bis* c.p. come introdotto dalla L. 547/1993 si riferiva a «chiunque distrugge, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili sistemi informatici o telematici altrui, ovvero programmi, informazioni o dati altrui».

danneggiamento del sistema informatico rispetto al danneggiamento dei soli dati. Quanto detto, trova conferma analizzando anche il regime di procedibilità previsto dalle due norme: per il delitto di cui all'art. 635-*bis* si procede a querela della persona offesa; il reato di cui all'art. 635-*quater* è, invece, procedibile d'ufficio.

L'impostazione configurata dalla L. 48/2008 discende dagli artt. 4³⁹ e 5⁴⁰ della Convenzione di Budapest. Va osservato, però, che la Convenzione non impone che il danneggiamento dei sistemi sia punito con sanzione più severa rispetto a quella prevista per l'attacco ai dati: si tratta, dunque, di una precisa scelta di politica criminale da parte del Legislatore italiano.

È opportuno operare, inoltre, una precisazione di ordine terminologico. Nella formulazione degli artt. 635-*bis* e 635-*quinqüies* si fa riferimento a «dati, informazioni e programmi». È stato però osservato, correttamente, che la differenza tra i termini menzionati sarebbe «più che altro nominalistica»⁴¹, dal momento che la nozione di «informazioni» non rappresenterebbe un concetto autonomo e facilmente distinguibile da quello di «dati» o «programmi». Sostanzialmente, le norme si riferiscono al danneggiamento dei dati e dei programmi, confermando, quindi, il parallelismo di fondo con l'art. 286 della legge penale cinese, ove si menzionano (opportunamente) soltanto dati o programmi⁴².

Nel sistema cinese, tuttavia, la *ratio* alla base dello sdoppiamento delle fattispecie non si può ricostruire in termini di offensività. La pena è, infatti, la medesima, sia che si tratti di danneggiamento di sistemi, sia che si tratti di danneggiamento di dati.

Ad un'analisi attenta dell'art. 286, si osserva che le fattispecie previste dai primi due commi non sono parallele, ma, piuttosto, complementari.

È stato notato che soltanto la prima norma, quella riferita al sistema informatico, è idonea a perseguire il danneggiamento dell'«*hardware equipment*»⁴³: l'aggressione fisica al bene protetto rileva tanto in quanto cagioni il malfunzionamento del *computer system*. Di converso, l'attacco ai dati e programmi informatici assume rilevanza penale esclusivamente come attività di *hacking* in senso stretto, perpetrata attraverso operazioni informatiche. La differenza tra le due fattispecie consiste, dunque, nella possibilità o meno di configurare l'ipotesi di danneggiamento «fisico». In questo senso, soltanto il *computer system*, come complesso *hardware*, è tutelato sia dal cyberattacco vero e proprio, sia dalla lesione delle componenti materiali, come, per esempio, nel caso di

³⁹ L'art. 4 della Convenzione prevede che: «Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the damaging, deletion, deterioration, alteration or suppression of computer data without right (...)».

⁴⁰ L'art. 5 della Convenzione prevede che: «Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the serious hindering without right of the functioning of a computer system by inputting, transmitting, damaging, deleting, deteriorating, altering or suppressing computer data».

⁴¹ V. DESTITO, *Digesto*, cit., 750.

⁴² Cfr. art. 286 del codice penale cinese; letteralmente, la norma si riferisce ai «dati» e alle «applicazioni»: *Shùjù hé yìngyòng chéngxù jìnxíng* (数据和应用程序进行).

⁴³ P. YONG, *Comparative Research*, cit., 2.

danneggiamento della scheda madre perpetrato utilizzando una bomba elettromagnetica⁴⁴.

Ma non è tutto. Bisogna osservare che la fattispecie di cui al secondo comma sanziona l'aggressione ai dati in quanto «memorizzati, elaborati o trasmessi dal sistema informatico»⁴⁵: qualora i dati attaccati si considerino al di fuori di un sistema informatico, la condotta non sarebbe punibile⁴⁶. Anche il danneggiamento dei dati informatici deve interferire, cioè, con il corretto funzionamento del *computer information system* menzionato nel primo paragrafo della norma.

Entrambe le norme, in definitiva, proteggono il sistema informatico, da due diverse prospettive: ecco perché si possono definire fattispecie complementari. Il primo paragrafo dell'art. 286 del codice penale sembra salvaguardare il sistema nella sua dimensione di infrastruttura *hardware*, attraverso un reato di evento che risulta integrato se la condotta del soggetto agente «cagiona il malfunzionamento del sistema»⁴⁷.

All'opposto, il secondo paragrafo dell'articolo 286 si concentra sulla sanzione delle condotte illecite propriamente informatiche, tutelando, quindi, il contenuto del sistema, i dati e i programmi. In definitiva, la sanzione del danneggiamento informatico si sviluppa, nel codice penale cinese, attraverso una duplice dimensione: quella del sistema in quanto tale, come «infrastruttura informatica», e quella del sistema come complesso di dati e programmi.

L'impostazione descritta ha delle importanti ricadute applicative. Per accertare la rilevanza penale del danneggiamento informatico serve stabilire, di volta in volta, se ricorra la nozione di *computer information system*. Come è noto, però, la definizione di sistema informatico è controversa e, talvolta, sfuggibile, tanto nel diritto cinese, quanto nel diritto italiano⁴⁸. A tal proposito, basti considerare l'esempio del danneggiamento di

⁴⁴ *Ibid*. L'Autore cita espressamente l'ipotesi di «*damaging computer motherboard by using electromagnetic bomb*».

⁴⁵ S. WU, *Il codice penale della repubblica popolare cinese*, cit.

⁴⁶ P. YONG, *Comparative research*, cit., 3.

⁴⁷ L'espressione è tratta dalla preziosa traduzione in italiano del codice penale cinese: S. WU, *Il codice penale della repubblica popolare cinese*, cit.

⁴⁸ Basti una breve considerazione. Nel portale Federica dell'Università di Napoli Federico II, il «[sistema informatico](#)» è definito come infrastruttura tecnologica sulla quale poggia il sistema informativo; su brocardi.it viene invece definito come un *computer* o un insieme di più *computer* o altri apparati elettronici (es. router ecc...), tra loro interconnessi in rete: si compone sia di elementi *hardware* che *software*. La differenza tra le due nozioni è evidente, soprattutto con riferimento al requisito della «connessione alla rete»; il riferimento, inoltre, alla nozione di *computer* trasferisce il problema definitorio a quest'ultima espressione, tutt'altro che pacifica. Rientrano, con alta probabilità, nella categoria «computer», i PC, i laptop, gli smartphone, i tablet, le smart TV, i sistemi di c.d. Infotainment degli autoveicoli, gli ATM, le console per videogiochi e, in generale, i server, atteso che tutti i dispositivi menzionati uniscono una componente Hardware e la componente Software alla possibilità di collegarsi ad una rete. Più difficile è, invece, comprendere la distinzione tra uno smartwatch, che, alla stregua dei criteri indicati, può considerarsi un computer, e un orologio satellitare (come quelli utilizzati per monitorare l'attività sportiva): in quest'ultimo caso, il dispositivo è collegato ad una rete GPS e non è chiaro se vi sia un unico sistema informatico (orologio con satellite), se siano due sistemi distinti (orologio e satellite) oppure se non vi sia alcun sistema informatico. Similmente, ci si potrebbe chiedere se un computer non funzionante perché privo, ad esempio, della scheda madre, sia ancora considerato un sistema informatico. Il ragionamento potrebbe proseguire esplorando ulteriori ramificazioni di questo rebus linguistico pressoché inestricabile. Insomma, la realtà

un *hard disk* esterno o di una chiavetta *USB*: siamo in presenza di un *computer information system*? Se si risponde negativamente, la distruzione materiale di simili dispositivi non rientrerebbe nel fatto tipico descritto dall'art. 286 del codice penale cinese.

Se, invece, venissero hackerati i dati contenuti nell'*hard disk* o nella chiavetta, bisognerebbe comunque verificare che le informazioni danneggiate possano considerarsi «*within computer system*»⁴⁹, vale a dire conservate, trattate o trasmesse in un sistema informatico o telematico. Le considerazioni svolte rendono, ad ogni modo, evidente quanto il ruolo svolto dalla nozione di sistema informatico si riveli essenziale per configurare il reato di cui all'art. 286 del codice penale cinese. Tale problema non si pone, invece, per le norme italiane, che sanzionano anche l'aggressione di dati che non accedano ad un sistema informatico⁵⁰.

La Corte Suprema del Popolo⁵¹ ha fornito delle indicazioni ermeneutiche per ricostruire la nozione di sistema informatico. L'argomento è affrontato nel caso-guida No. 103: *People v. Xu Qiang*⁵², deciso il 9 agosto del 2016⁵³. I Casi-Guida costituiscono una selezione, operata dal massimo organo giurisdizionale del Paese, di casi giudicati da corti inferiori, che vengono così dotati «*de facto* di forza vincolante»⁵⁴. L'iniziativa, avviata nel 2010, costituisce uno strumento importante per unificare gli *standard* di interpretazione giudiziale, trattandosi di decisioni alle quali tutte le Corti, di ogni livello, possono fare riferimento: si è addirittura parlato, forse impropriamente, di “*new chinese*

informatica conosce svariate applicazioni ma non è chiaro quali rientrino nella definizione di “sistema informatico”. Per alcune interessanti osservazioni sul linguaggio informatico, si rinvia ad A. ZOPPETTI, [Il disastro della terminologia informatica italiana di fronte all'inglese](#), 14 maggio 2018.

Una definizione di sistema informatico si trova nelle fonti sovranazionali. In particolare, l'art. 1, lett. a), della Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica definisce il sistema informatico come “*qualsiasi apparecchiatura o gruppo di apparecchiature interconnesse o collegate, una o più delle quali, in base ad un programma, compiono l'elaborazione automatica di dati*”. La norma fornisce, altresì, la definizione di “dati informatici”, “*service provider*” e “*trasmissione di dati*”. Similmente, l'art. 2 della Direttiva 2013/40/UE fornisce una definizione di “sistema d'informazione” quale “*apparecchiatura o gruppo di apparecchiature interconnesse o collegate, uno o più dei quali svolge un trattamento automatico di dati informatici secondo un programma, nonché i dati informatici immagazzinati da tale apparecchiatura o gruppo di apparecchiature, trattati, estratti o trasmessi dagli stessi ai fini della loro gestione, uso, protezione e manutenzione*”.

⁴⁹ P. YONG, *Comparative research*, cit., 3.

⁵⁰ A. CAPELLINI, *I delitti contro l'integrità dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, *Cybercrime*, 2019, Milano, 779. Vi è chi ritiene, invece, debba sussistere un legame funzionale tra le «informazioni» e un sistema informatico: R. DE PONTI, *Art. 635-bis (voce)*, in E. Dolcini – G. L. Gatta, *Codice Penale Commentato*, Milano, 2015, 1013.

⁵¹ La Corte Suprema del Popolo è, in base all'art. 127 della Costituzione cinese, il massimo organo giudiziario della Repubblica popolare cinese: controlla l'amministrazione della giustizia da parte dei tribunali popolari ai vari livelli locali e dei tribunali speciali.

⁵² Si tratta del caso *Zhǐdǎo ànlì 103 hào: Xúqiáng pòhuài jìsuànjī xìnxi xìtǒng àn* (指导案例103号：徐强破坏计算机信息系统案).

⁵³ La decisione è stata selezionata come caso-guida il 25 dicembre del 2018, dietro approvazione del *Judicial Committee* della Corte Suprema del Popolo.

⁵⁴ La definizione riportata è tratta da I. CARDILLO, [Collaborazione tra Diritto Cinese e CGCP Stanford Law School](#), in [dirittocinese.com](#), 8 aprile 2018.

Sul tema anche: C. LUMING – G. SUNI, [A Short Review of the Case Guidance System of the Chinese Judiciary](#), in [asialaw.com](#), 4 settembre 2019.

*common law*⁵⁵. Ad ogni modo, quel che interessa sottolineare in questa sede è che la pronuncia che stiamo per illustrare costituisce un paradigma valido per tutti i Giudici della Repubblica Popolare.

Il *Guiding-Case* n. 103 riguarda proprio un'ipotesi di «*sabotaging computer information system*». Una società che produce automezzi per l'edilizia dispone di un sistema di informazione satellitare, basato su servizi *GPS*, per monitorare i macchinari venduti a rate. Nei contratti stipulati dalla società ricorre, infatti, una clausola che autorizza il venditore a bloccare le attrezzature in caso di inadempimenti da parte dell'acquirente⁵⁶. Quando il cliente ritarda o non effettua i pagamenti dovuti, l'automezzo riceve il comando di "blocco": può essere avviato, ma non è in grado di svolgere le proprie specifiche funzioni. Nel caso in analisi, gli imputati, dopo aver alterato i sistemi installati sull'automezzo, hanno utilizzato un *jammer GPS* per forzare il blocco di cinque autobotti vendute a rate dalla società. Ora, quanto più interessa in questa sede è che la Corte ha appurato, come primo punto, che il sistema di monitoraggio remoto dei veicoli, utilizzato dall'impresa, costituisce un sistema informatico⁵⁷. Tale nozione viene, in particolare, ricostruita attraverso due elementi, uno strutturale e uno funzionale. In primo luogo, è possibile parlare di sistema informatico soltanto laddove siano individuate una serie di strutture tecnologiche interconnesse. Nel caso di specie, detto requisito è soddisfatto dalla piattaforma di monitoraggio remoto, dai terminali *GPS*, dai *controllers* e dai *display*. In secondo luogo, va analizzato il profilo funzionale del sistema informatico, vale a dire lo scopo e il normale funzionamento dello stesso. Tale requisito viene riconosciuto, nel caso di specie, nelle funzioni di trattamento automatico, archiviazione, trasmissione e riproduzione dei dati relativi alla funzione di controllo automatico degli equipaggiamenti.

La Corte Suprema del Popolo fornisce, quindi, una definizione di *computer information system* che associa la dimensione strutturale, diremmo *hardware*, alla *funzione* che queste componenti assolvono. La valorizzazione della *funzione* del sistema ci introduce all'analisi del bene giuridico tutelato dalle fattispecie di danneggiamento: vediamo in che termini.

5. L'oggetto di tutela: funzione e funzionamento del sistema informatico.

Le norme italiane poste a sanzione del danneggiamento informatico si trovano nel Capo I (Dei delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone) del Titolo XIII (Dei delitti contro il patrimonio): tale collocazione suggerirebbe, dunque,

⁵⁵ J.E.H. LIMMER, *China's "new common law"*, in *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, Vol. 21, No. 2, 2013, pp. 96-133. Un'interessante ricostruzione del sistema dei casi-guida si trova in [Chinese Common Law? Guiding Cases and Judicial Reform](#), in *Harvard Law Review*, 10 giugno 2016.

⁵⁶ Nel testo originale, si legge: *Chūmài rén yǒu quán cǎiqǔ tíngjī, suǒ jī dēng cuòshī* "yǐ" (出卖人有权采取停机、锁机等措施"以).

⁵⁷ Nel testo originale, si legge: *Qǐyè de jīxiè yuǎnchéng jiānkòng xìtǒng shǔyú jìsuànjī xìnxī xìtǒng* (企业的机械远程监控系统属于计算机信息系统).

che si tratti di reati a tutela del patrimonio. È stata osservata, tuttavia, una differenza tra la fattispecie di danneggiamento “tradizionale” (art. 635 c. p.) e i reati di danneggiamento informatico. Nel primo caso, infatti, il bene giuridico tutelato è senz’altro da individuarsi nel patrimonio, in relazione sia alle cose mobili sia alle cose immobili⁵⁸. Nelle fattispecie informatiche, invece, l’oggetto di tutela sarebbe costituito, più correttamente, dall’«integrità e dalla sicurezza dei sistemi e dei dati informatici»⁵⁹. Gli artt. 635-bis e seguenti si caratterizzerebbero, dunque, per lasciare sullo sfondo la tutela patrimoniale⁶⁰: la comparazione con l’ordinamento cinese rivela, tuttavia, come l’impostazione adottata dal Legislatore italiano conservi, invero, vari elementi di connotazione patrimonialistica⁶¹.

In primo luogo, è utile analizzare le condotte tipiche descritte dalle norme dei due ordinamenti, per osservare come il codice italiano si attenga ad ipotesi strettamente legate ad una potenzialità lesiva o distruttiva. Tale aspetto risulta evidente dall’analisi dei verbi impiegati dagli artt. 635-bis e seguenti, che, escluso l’«alterare», individuano un campo semantico riconducibile all’idea del distruggere o cancellare («deteriora»; «sopprime»; «danneggiare»; «rendere inservibile»). Anche la condotta di alterazione, peraltro, potrebbe intendersi in senso “peggiorativo”, considerato che si trova, nell’art. 635-bis, tra i verbi «cancella» e «sopprime»⁶². Si può dire, dunque, che le norme italiane tutelano l’integrità dei dati o programmi e la capacità di funzionamento⁶³ del sistema informatico.

Con soluzione differente, invece, l’art. 286 del codice cinese impiega le espressioni “cancellare, modificare, aggiungere e ostacolare il funzionamento”⁶⁴.

Ad una prima lettura, le condotte della fattispecie cinese sembrano rispecchiare quanto previsto dal codice italiano: dei quattro verbi elencati dalla norma cinese, tuttavia, soltanto il primo esprime esplicitamente l’idea di un danno in senso “distruttivo”. Questo significa che l’intervento può essere, per configurare il reato in Cina, anche di tipo incrementativo o manipolativo, come nel caso dell’aggiunta (illecita) di dati ulteriori nel sistema, senza che tale attività comporti una vera interruzione del funzionamento del sistema. Ne discende che l’art. 286 del codice penale cinese non tutela tanto la capacità di funzionamento *tout court* del sistema informatico, quanto, piuttosto,

⁵⁸ In particolare, l’art. 635 tutelerebbe l’integrità e l’utilizzabilità della cosa: C. BACCAREDDA BOY, *Art. 635* (voce), in E. Dolcini – G. L. Gatta, *Codice Penale Commentato*, cit., 987; I. SALVADORI, *Il “microsistema” normativo concernente i danneggiamenti informatici. Un bilancio molto poco esaltante* cit., 204 ss.

⁵⁹ L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in *Il diritto penale dell’informatica nell’epoca di internet*, Padova, 2004, 76.

⁶⁰ Ivi, 73.

⁶¹ Vi è chi, peraltro, ritiene che il bene giuridico tutelato dalle norme in esame sia semplicemente il patrimonio: D. PAOLANTI, *Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici dello Stato*, cit.

⁶² È stato osservato che l’alterazione dovrebbe tradursi in una modificazione dei dati e programmi tale da «renderne impossibile il normale utilizzo per un lasso di tempo apprezzabile»: R. DE PONTI, *Art. 635-bis* (voce), in E. Dolcini – G. L. Gatta, *Codice Penale Commentato*, cit., 1016.

⁶³ Il riferimento è all’art. 615 *quinquies*.

⁶⁴ Cfr. S. WU, *Il codice penale della repubblica popolare cinese*, cit., 145. In lingua originale: *Duì jìsuànjī xìnxì xìtǒng gōngnéng jìnxíng shānchú, xiūgǎi, zēngjiā, gānrǎo* (对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰).

la sua normale *funzione*. La legge penale cinese, del resto, si riferisce, testualmente, all'impossibilità per il sistema di funzionare normalmente⁶⁵.

Il *Guiding Case No. 104 (People v. Li Sen, He Limin, Zhang Fengbo, et al.)* offre alcuni argomenti in questo senso, confermando come il bene giuridico tutelato dall'art. 286 del codice penale cinese vada propriamente individuato nel normale espletamento delle funzioni assegnate al sistema informatico. Il caso, deciso il 15 giugno del 2017, riguarda il sistema di monitoraggio della qualità dell'aria, che trasmette le informazioni al *China National Environmental Monitoring Center*. Secondo la ricostruzione operata dai Giudici cinesi, i soggetti imputati si sarebbero introdotti nella stazione di monitoraggio di *Chang'an* per compromettere i sistemi automatici di raccolta dei dati: lo scopo è stato raggiunto semplicemente ostruendo il campionatore con del filo di cotone. Tale operazione ha determinato numerose anomalie nei dati di monitoraggio e una complessiva distorsione delle informazioni riferibili a più periodi. Anche in questo caso, la Corte procede, in primo luogo, chiarendo che il sistema di monitoraggio dell'aria anzi descritto costituisce un sistema informatico⁶⁶. Una volta definito tale aspetto essenziale, viene riconosciuto che la condotta posta in essere dai soggetti imputati costituisce il reato di danneggiamento informatico, riconoscendo, nel caso di specie, anche le gravi conseguenze richieste per l'applicazione dell'art. 286 del codice penale cinese⁶⁷. Il *guiding case* permette di riflettere, dunque, sulla portata dell'evento previsto dalla norma dell'art. 286. Per certi versi, infatti, il sistema di monitoraggio dell'aria ha funzionato correttamente anche dopo l'intervento degli imputati, dal momento che non c'è stato un vero e proprio danneggiamento del circuito di elaborazione informatica del *computer*, ma, piuttosto, un intervento sui dati di *input*, che, proprio perché il sistema ha continuato ad operare, hanno dato informazioni distorte sulla qualità dell'aria. Ciò troverebbe conferma, peraltro, nel "punto di diritto" della sentenza⁶⁸, ove si precisa che il reato di *Sabotaging computer information system* si è configurato con l'ostruzione⁶⁹ dell'apparecchiatura, attraverso l'utilizzo di cotone.

Il fatto tipico della fattispecie cinese, insieme a quanto deciso nel *Guiding-case 104*, dimostra, dunque, che il bene giuridico tutelato dalla norma va individuato nella funzione che dovrebbe svolgere normalmente il sistema "attaccato": l'art. 286 sanziona,

⁶⁵ Art. 286 del codice penale cinese, primo comma. La traduzione ufficiale in lingua inglese si riferisce all'incapacità del sistema informatico «to operate normally». In lingua originale: *Zàochéng jìsuànjī xìnxī xìtǒng bùnéng zhèngcháng yùnxíng* (造成计算机信息系统不能正常运行). In particolare, la locuzione *Zhèngcháng yùnxíng* (正常运行) significa "funzionalità normale".

⁶⁶ Nel testo originale, si legge che: *Huánjìng zhī liàng jiāncè xìtǒng shǔyú jìsuànjī xìnxī xìtǒng* (环境质量监测系统属于计算机信息系统).

⁶⁷ Nel caso-guida, si specifica, infatti, che «l'interferenza provocata dagli imputati (nel caso, cinque soggetti) sul campionamento ha causato gravi conseguenze, che integrano il requisito delle "conseguenze gravi" stabilito dall'articolo 286 del codice penale» (*Wǔ bèigào rén gānrǎo cǎiyàng de xíngwéi zàochéng le yánzhòng hòuguǒ, fúhé xíngfǎ dì èrbǎi bāshíliù tiáo guīdìng de "hòuguǒ yánzhòng" yàojiàn*; 五被告人干扰采样行为造成了严重后果, 符合刑法第二百八十六条规定的“后果严重”要件).

⁶⁸ Si tratta di una sezione chiamata *Cáipàn yàodiǎn* (裁判要点), letteralmente "punto del Giudice", nella quale si cristallizza la *ratio decidendi*.

⁶⁹ L'espressione utilizzata è *Dǔ* (堵) che, nella forma verbale, significa "bloccare" o "tappare": la condotta descritta non può, pertanto, considerarsi un attacco informatico in senso proprio.

pertanto, l'interferenza con il corretto svolgimento delle funzioni del sistema, tralasciando qualsiasi implicazione patrimonialistica⁷⁰.

Simili argomenti non possono riferirsi, invece, alle quattro fattispecie dell'ordinamento italiano. Come si è già detto, infatti, le condotte tipiche descritte dal codice penale implicano un intervento che si risolva, in definitiva, in un malfunzionamento, peraltro grave⁷¹, dell'elaboratore. La differenza tra i due ordinamenti si coglie, in particolare, ipotizzando il caso dell'aggiunta illecita di dati al sistema, tale da provocare una distorsione nei risultati dell'elaborazione informatica. Una simile ipotesi può integrare, in Cina, il delitto di danneggiamento informatico, poiché rientra nel caso di chi, «compiendo operazioni di aggiunzione»⁷², impedisce al sistema di operare normalmente. Nell'ordinamento italiano «l'introduzione di dati, informazioni o programmi» è espressamente contemplata dall'art. 635-*quater*: tuttavia, si tratta di una particolare modalità commissiva il cui esito deve essere comunque quello di «distruggere, danneggiare, rendere inservibile o ostacolare gravemente il funzionamento del sistema informatico».

In questo senso, il danneggiamento informatico presenta ancora, in Italia, i tratti di una fattispecie ispirata alla difesa del patrimonio, dal momento che la tutela accordata dagli artt. 635-*bis* e seguenti del codice penale sembra riferirsi ai dati e sistemi informatici intesi più come *res alicuius* che non come reti di informazioni e funzioni. Quanto appena detto trova conferma osservando che i dati e i sistemi menzionati dagli artt. 635-*bis* e *quater* debbono essere «altrui». Il requisito dell'altruità mal si concilia con la natura dematerializzata dei dati informatici⁷³, risultando, in definitiva, un retaggio mutuato dalle fattispecie di danneggiamento tradizionale. Nell'ordinamento italiano, allora, l'oggetto di tutela individuato dagli artt. 635-*bis* e seguenti va riconosciuto sì nell'integrità e sicurezza dei sistemi informatici, ma quest'ultimi sono considerati come beni a rilevanza patrimoniale: per questo motivo, la tutela si focalizza sulla capacità di funzionamento dei sistemi stessi.

6. Il rapporto tra invio di virus e danneggiamento informatico.

La comparazione tra Italia e Cina permette di approfondire un ultimo aspetto. Il danneggiamento di dati e sistemi informatici è spesso l'esito dell'impiego dei c.d. *malware*: in entrambi gli ordinamenti, si prevedono fattispecie penali a sanzione della creazione e diffusione di virus informatici.

⁷⁰ Nel caso-guida analizzato, del resto, non viene riconosciuto un danneggiamento del sistema informatico, ma un'interferenza con lo stesso: l'espressione impiegata dal codice cinese e richiamata nella sentenza è *Gānrǎo* (干扰), che significa propriamente «turbare», «interferire».

⁷¹ Ai sensi dell'art. 635-*quater* c.p., si richiede, tra le altre condotte, che il soggetto agente ostacoli «gravemente» il funzionamento del sistema.

⁷² S. WU, *Il codice penale della repubblica popolare cinese*, cit., 145.

⁷³ A. CAPPELLINI, *I delitti contro l'integrità dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici*, cit., 781.

Il quadro sanzionatorio previsto dal codice penale italiano è l'esito della riforma introdotta dalla L. 48/2008. L'art. 615-*quinqüies*, quale riformato da questa novella, punisce chiunque, allo scopo di danneggiare illecitamente un sistema informatico o i dati ad esso pertinenti, ovvero di favorire l'interruzione o l'alterazione del suo funzionamento, si procura, produce o diffonde apparecchiature, dispositivi o programmi informatici.

La tecnica di *drafting* adottata dal Legislatore si caratterizza, invero, per l'impiego di un ampio novero di condotte tipiche, per le quali si pongono due diversi ordini di criticità. In primo luogo, la distinzione, sul piano semantico, delle espressioni impiegate dall'art. 615-*quinqüies* non risulta sempre agevole. Vengono impiegati, ad esempio, i termini, apparentemente equivalenti, «comunica», «consegna» e «diffonde»: la differenza tra le locuzioni appena richiamate si potrebbe ricostruire nel senso che la diffusione presuppone una condotta rivolta ad un numero indeterminato di destinatari, mentre, nel caso di consegna o comunicazione, i destinatari sarebbero individuati e specifici⁷⁴.

In secondo luogo, è stato evidenziato come alcune delle condotte perseguite dalla norma in esame comportino una (pericolosa) anticipazione della soglia di rilevanza penale, già piuttosto arretrata, trattandosi di reato di pericolo. Si possono leggere, in questo senso, le condotte tipiche del procurarsi o importare un programma dannoso: tali previsioni si rivelano particolarmente problematiche, se si considera che risultano prodromiche non soltanto alla commissione del danneggiamento informatico, ma anche alla stessa diffusione di virus informatici⁷⁵.

Spostando l'attenzione all'ordinamento cinese, si osserva come la norma di riferimento per la sanzione dei virus informatici sia ancora l'art. 286. Quanto interessa è, in questo caso, il terzo comma della fattispecie, con il quale è punito «chiunque, intenzionalmente, producendo o diffondendo virus informatici o altri programmi distruttivi, interrompe il funzionamento del sistema informatico o telematico»⁷⁶.

Il carico sanzionatorio è, ancora una volta, il medesimo visto per il primo comma dell'art. 286. Le condotte tipiche sono in parte sovrapponibili a quelle viste con l'articolo 615-*quinqüies* italiano, benché vi sia una differenza importante: il codice penale cinese non persegue l'attività prodromica di chi si procura il programma dannoso⁷⁷.

Ciò premesso, si osserva, invero, come la struttura del reato sia affatto diversa nei due ordinamenti. La norma cinese richiede che i programmi creati o inviati siano

⁷⁴ L. PICOTTI, voce *Reati informatici*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2000, 19; R. DE PONTI, Art. 635-bis (voce), in E. Dolcini – G. L. Gatta, *Codice Penale Commentato*, 625-626; V. DESTITO, *Digesto*, cit., 749.

⁷⁵ A.C. AMATO MANGIAMELI – G. SARACENI, *I reati informatici. Elementi di teoria generale e principali figure criminose*, 2015, Torino, 70 ss.

⁷⁶ La traduzione italiana è tratta da S. WU, *Il codice penale della repubblica popolare cinese*, cit., 145.

⁷⁷ Va precisato, tuttavia, che il codice penale cinese prevede, all'art. 22, un particolare istituto di diritto penale generale, il c.d. reato preparato: «È reato preparato predisporre i mezzi o porre le condizioni al fine di commettere un reato». Non si può escludere, pertanto, che la condotta di chi si procura o produce un malware risulti comunque punibile come forma di preparazione del reato previsto dall'art. 286 del codice. Sulla preparazione del crimine, alcune considerazioni in: S. VINCIGUERRA, *Impressioni di un penalista italiano*, cit., 47.

«distruttivi»⁷⁸: i codici informatici dovranno, pertanto, essere intrinsecamente o almeno potenzialmente dannosi. Al contrario, nella fattispecie italiana la carica lesiva del fatto tipico dipende unicamente dall'elemento soggettivo⁷⁹: la condotta è, infatti, perpetrata «allo scopo di danneggiare illecitamente un sistema informatico». Il danneggiamento del *computer system* non rileva, dunque, come potenzialità “tecnica” del programma, ma soltanto come finalità cui è preordinata la condotta del soggetto agente⁸⁰. Se il Legislatore avesse voluto, infatti, richiedere certe caratteristiche del *software-virus*, avrebbe potuto ricorrere all'espressione “apparecchiature atte a”, come previsto, ad esempio, dall'art. 617-*quinquies*. A ben vedere, il riferimento alla pericolosità del codice informatico era presente nella versione originaria dell'art. 615-*quinquies*, ove si menzionava «il programma informatico (...) avente per scopo o per effetto il danneggiamento di un sistema». Nella nuova formulazione della fattispecie, invece, la carica offensiva della condotta incriminata emerge soltanto sul piano dell'elemento soggettivo, tanto che, escludendo l'inciso che enuncia il dolo specifico, risulterebbe paradossalmente imputabile «Chiunque (...) si procura, produce, riproduce, importa, diffonde, comunica, consegna o, comunque, mette a disposizione di altri apparecchiature, dispositivi o programmi informatici».

Da questa prima analisi, emergono alcune delle potenziali criticità applicative della norma italiana: ci si potrebbe domandare, ad esempio, se sia penalmente rilevante la trasmissione di programmi o applicazioni lecite e diffuse sul mercato, se effettuata allo scopo di provocare l'interruzione del sistema altrui, come nel caso di trasmissione di un *software* notoriamente “pesante” verso un elaboratore, al solo fine di provocarne il rallentamento⁸¹. Allo stesso modo, bisognerebbe chiedersi se ricorra il delitto di cui all'art. 615-*quinquies* nel caso di diffusione, con la descritta finalità, di un programma che si riveli del tutto innocuo.

Si tratta di un'ipotesi che ci porta, sotto certi profili, ad affrontare il tema del tentativo. L'art. 615-*quinquies* costituisce un reato di pericolo presunto: la configurabilità della fattispecie tentata è, pertanto, discussa, dal momento che esisterebbe il rischio di rendere punibile il c.d. “pericolo di un pericolo”⁸². L'ipotesi tentata risulta, in ogni caso, difficile da configurare, considerando l'ampiezza della fattispecie in esame: con la mera trasmissione di un *malware*, senza che ne consegua alcun danno, il delitto risulterebbe,

⁷⁸ La norma, in lingua originale, si riferisce a «programmi distruttivi come i virus informatici»: *Chuánbò jìsuànjī bìngdú děng pòhuài xìng chéngxù* (传播计算机病毒等破坏性程序).

⁷⁹ A. CAPPELLINI, *I delitti contro l'integrità dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. MANNA, *Cybercrime*, 2019, Milano, 811 ss.

⁸⁰ Alcuni Autori, tuttavia, ritengono che il principio di offensività imponga di accertare che gli strumenti siano «dotati di una effettiva potenzialità offensiva»: R. DE PONTI, *Art. 635-bis (voce)*, in E. Dolcini – G. L. Gatta, *Codice Penale Commentato*, cit., 623. Tale interpretazione è senz'altro da preferire, ma il dato normativo, come si dirà, non sembra offrire elementi che impongano una valutazione sulla nocività intrinseca dei programmi utilizzati dal soggetto agente.

⁸¹ Considerazioni simili in A. CAPPELLINI, *I delitti contro l'integrità dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici*, in *Cybercrime*, cit., 703.

⁸² Sul punto: V. DESTITO, *Digesto*, cit., 751; A. CAPPELLINI, *I delitti contro l'integrità dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici*, in *Cybercrime*, cit., 816-817.

infatti, già consumato. La fattispecie tentata si potrebbe verificare, allora, nel caso di fallimento della procedura di diffusione, come nell'ipotesi di invio non riuscito dell'*e-mail* contenente il virus, oppure in caso di fallimento nella creazione del *malware*: tuttavia, la soglia di rilevanza penale si rivelerebbe, in questi casi, irragionevolmente arretrata. Un ulteriore dubbio applicativo attiene all'ipotesi di diffusione di un virus effettuata, tuttavia, nella consapevolezza che la minaccia sarà facilmente e prontamente neutralizzata da *software* antivirus, senza che ne derivi alcun disturbo per l'elaboratore. Una fattispecie, questa, che delineandosi, probabilmente, come forma di dolo eventuale, rivela un possibile *vulnus* nella tutela apprestata dall'art. 615-*quinquies*.

Se si considera la fattispecie cinese si nota come sia richiesto il verificarsi di un evento, consistente nel malfunzionamento del sistema attaccato. Tale impostazione lascia un margine più definito per l'ipotesi del delitto tentato, che il codice penale cinese disciplina all'art. 23: «È reato tentato iniziare a commettere un reato ma senza successo a cagione di fattori non voluti dal reo»⁸³. Nel caso del terzo comma dell'art. 286, infatti, la trasmissione di un programma dannoso senza conseguenze per il sistema informatico costituisce l'inizio della commissione di un crimine che, tuttavia, non può dirsi compiuto⁸⁴.

L'analisi del tentativo mette in luce un aspetto importante della norma cinese: si tratta, anche in questo caso, di una fattispecie di vero e proprio danneggiamento informatico. Se non avviene il danneggiamento, infatti, il delitto è solo tentato, dovendosi applicare, in base all'art. 23, secondo comma, una pena diversa, più "leggera", o un carico sanzionatorio mitigato⁸⁵.

In Cina, il confine tra invio di virus e danneggiamento informatico si può sintetizzare in questi termini: tra il primo e il terzo comma dell'art. 286 vi sarebbe un rapporto di genere a specie, dove il secondo rappresenta una particolare modalità commissiva del primo. Anzi, le due norme si riferirebbero a diverse forme dello stesso crimine, con l'unica differenza che, nel terzo comma, l'attività illecita può essere commessa «*through the network*»⁸⁶.

La norma cinese configura un reato di evento a condotta vincolata. È un aspetto essenziale nel raffronto tra i due ordinamenti: nella fattispecie cinese assume centralità, per l'applicazione della norma, non tanto la trasmissione del virus, quanto, piuttosto, il danneggiamento (in senso lato) del sistema informatico. Tanto è vero, che il semplice *spreading* di un *malware* non sembrerebbe integrare il reato in esame, richiedendosi che tale condotta provochi effettivamente un malfunzionamento del sistema "infettato".

⁸³ La traduzione italiana è tratta da S. WU, *Il codice penale della repubblica popolare cinese*, cit., 145.

⁸⁴ Per un'approfondita ricostruzione sulla "pericolosità dell'azione" e l'"efficacia causale dell'azione tentata": L. HANYUE, *Rationale for Punishing Criminal Attempt via the Functional Danger Concept* (Wèisui chǔfá gēnjù de gōngnéng xìng wéixiǎn lùnzhèng; 未遂处罚根据的功能性危险论证), in *Zhōngwài fǎxué* (中外法学), n. 6, 2019. Per alcune considerazioni sul delitto tentato in Cina: X. XIAOHUI, *On the Beginning Point of Attempt in Criminal Law*, in *Héběi fǎxué* (河北法学), n. 10, 2008.

⁸⁵ Nel testo in lingua originale: *Duìyú wèisui fàn, kěyǐ bǐzhào jìsuì fàn cóng qīng huòzhě jiǎnqīng chǔfá* (对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚). Si noti, anche in questo caso, come la formulazione della norma lasci ampi margini discrezionali all'autorità giudicante.

⁸⁶ P. YONG, *Comparative research*, cit., 2.

Una simile impostazione si riflette, in definitiva, sul ruolo svolto dal tipo di programma creato o diffuso: non solo il programma doveva essere, come visto, preordinato a causare un malfunzionamento, ma detto danneggiamento deve essersi effettivamente verificato, altrimenti il reato non è consumato.

Va rilevato, in ogni caso, che i virus informatici sono oggetto, in Cina, di un poderoso *corpus* di norme extra-penali, che perseguono, con sanzioni amministrative⁸⁷, anche la mera produzione e diffusione di *malware*: si considerino, in questo senso, l'art. 6 delle misure amministrative per la prevenzione e il controllo dei virus informatici⁸⁸ e gli artt. 22 e 25 della successiva *Cybersecurity Law*⁸⁹.

Più complessa è la ricostruzione dei confini che intercorrono, nel sistema italiano, tra le fattispecie di cui agli artt. 635-*bis* ss. e l'art. 615-*quinquies*. Quest'ultimo costituisce, infatti, una fattispecie di pericolo, sicché, come si è detto, il delitto si configura indipendentemente dal verificarsi di un danno. È possibile osservare che l'art. 615-*quinquies* e gli artt. 635-*bis* e seguenti tutelano il medesimo bene giuridico⁹⁰ (la sicurezza e l'integrità dei sistemi informatici) essendo l'una fattispecie prodromica rispetto alle altre. La trasmissione di virus informatici potrebbe costituire antefatto non punibile rispetto al delitto di danneggiamento informatico, giacché quest'ultimo sanziona il concretizzarsi del medesimo pericolo individuato dall'art. 615-*quinquies*: considerando l'identità dell'oggetto di tutela, in simili ipotesi troverebbero applicazione gli artt. 635-

⁸⁷ Si deve considerare, peraltro, che, nell'ordinamento cinese, la differenza tra sanzione penale e sanzione amministrativa si rivela, per certi versi, più formale che sostanziale, dal momento che anche la condanna amministrativa può comportare forme di reclusione. È sufficiente, in questo senso, leggere il testo dell'art. 63 della *Cybersecurity Law*, che, nel sanzionare varie condotte pericolose per la sicurezza della rete, prevede che l'autorità competente «where circumstances are serious, shall impose between 5 and 15 days detention». Il testo integrale della legge è disponibile sul portale *chinacopyrightandmedia*, all'URL:

<https://chinacopyrightandmedia.wordpress.com/2016/11/02/cybersecurity-law-of-the-peoples-republic-of-china-third-reading-draft/>.

⁸⁸ Le "Misure amministrative per la prevenzione e il controllo dei virus informatici" sono state adottate il 30 marzo 2000 dall'Ufficio del Ministro della Pubblica Sicurezza: *Jisuanji bìngdú fángzhì guǎnlǐ bànfǎ* "yǐjīng 2000 nián 3 yuè 30 rì gōng'ān bù bùzhǎng bàngōng huìyì tōngguò, xiànyǔ fābù shíxíng" (计算机病毒防治管理办法 已经 2000年3月30日 公安部 部长办公会议通过, 现予发布施行). Il Documento prevede il divieto generale di creazione di virus, al quale seguono dei più specifici divieti di diffusione di *malware*: tra le condotte menzionate e, dunque, proibite dall'art. 6, sono elencate la fornitura di *file*, *software* e supporti contenenti virus informatici (art. 6, n. 2), la vendita, il noleggio e la distribuzione di supporti contenenti virus informatici (art. 6, n. 3).

⁸⁹ Si tratta della *Cybersecurity Law of the People's Republic of China*, approvata il 7 novembre 2016 ed in vigore dal 2017. L'art. 22 prevede, nella traduzione inglese, che: «Providers of network products and services must not install malicious programs; when discovering that their products and services have security flaws or vulnerabilities, they shall immediately adopt remedial measures, and follow provisions to promptly inform users and report to the competent departments». L'art. 60 dispone sanzioni pecuniarie per la violazione dell'art. 22, nel caso in cui siano installati programmi dannosi. È possibile osservare come le norme appena richiamate si rivolgano ai *Network Operators*: l'impostazione della *Cybersecurity Law* prevede, infatti, il coinvolgimento e la responsabilizzazione dei *provider* per implementare la sicurezza informatica, costruendo il c.d. *MLPS* (*multi-level protection system*) introdotto dall'art. 21 della stessa legge.

⁹⁰ L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in L. Picotti (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica all'epoca di internet*, 2004, Padova, 70-75; R. DE PONTI, Art. 635-*bis* (voce), in E. Dolcini – G. L. Gatta, *Codice Penale Commentato*, cit., 622.

bis e *quater*, stando al criterio del maggiore minimo edittale. Il reato previsto dall'art. 615-*quinqüies* sarebbe, dunque, assorbito nelle fattispecie di danneggiamento⁹¹ tutte le volte in cui il programma dannoso determina l'interruzione del funzionamento del sistema informatico.

È evidente, insomma, come l'applicazione dei reati di danneggiamento oppure dell'art. 615-*quinqüies* dipenda dalla sussistenza o meno di un danno al sistema informatico: possono, tuttavia, verificarsi ipotesi incerte, in cui non appare semplice stabilire se l'elaboratore sia danneggiato, come nel caso di un virus latente in un *PC* che, connesso alla rete, provoca la diffusione automatica del *malware* verso altri *computer*⁹². Un'ulteriore criticità si evidenzia nel rapporto tra il tentato danneggiamento informatico e l'invio di *malware*: in tali ipotesi, potrebbe prevalere quest'ultimo, in forza del principio di specialità⁹³.

La matassa diventa ancor più inestricabile quando si considera il confine tra l'art. 615-*quinqüies* e i reati previsti dagli artt. 635-*ter* e 635-*quinqüies*: l'invio di virus ad un sistema informatico di pubblica utilità potrebbe, infatti, costituire un fatto diretto a distruggere i dati o i sistemi utilizzati dallo Stato, come previsto dalle particolari fattispecie di danneggiamento anzi richiamate. Ora, considerando che, in dette ipotesi, l'effettivo danneggiamento del sistema costituisce, ai sensi del secondo comma di entrambe le norme, una circostanza aggravante, è ragionevole ritenere che l'anticipazione di tutela configurata dal primo comma degli artt. 635-*ter* e 635-*quinqüies* si ponga in rapporto di specialità rispetto al più generico reato di pericolo previsto dall'art. 615-*quinqüies*.

La ricostruzione operata dimostra come la maggiore ampiezza di tutela prevista dal Legislatore italiano nel caso dei virus informatici si risolva in un'incertezza di fondo circa i confini applicativi delle fattispecie penali, restituendo un quadro sanzionatorio per certi versi più complesso e imprevedibile rispetto all'impostazione vista per l'ordinamento cinese.

7. Conclusioni.

La comparazione tra Italia e Cina consente di svolgere alcune considerazioni conclusive.

Sia il diritto italiano sia il diritto cinese considerano il sistema informatico meritevole di tutela penale. Esiste, infatti, una tendenziale convergenza dei due sistemi penali nel campo dei reati informatici⁹⁴ ed, in particolare, nelle fattispecie di danneggiamento.

⁹¹ A. CAPPELLINI, *I delitti contro l'integrità dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici*, in *Cybercrime*, cit., 817.

⁹² Un esempio analogo è riportato in V. DESTITO, *Digesto*, cit., 750.

⁹³ Così V. DESTITO, *ivi*, 751.

⁹⁴ Tale aspetto risulta anche dalla comparazione di altre fattispecie di diritto penale dell'informatica. Nel codice cinese si trovano norme comparabili con gli articoli del codice italiano in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico (cui corrisponde l'art. 285 del codice penale cinese); di tutela delle comunicazioni

Tale aspetto può sorprendere. L'ordinamento cinese, infatti, non aderisce a quelle fonti di diritto convenzionale che hanno portato, in Italia, all'introduzione dei reati di danneggiamento informatico. E di certo, Italia e Cina non condividono il medesimo percorso storico-culturale, né la medesima tradizione giuridica o il medesimo *background* costituzionale. Da dove nasce, allora, l'impostazione comune dei due Paesi? La più autorevole dottrina italiana e cinese è concorde nel riconoscere il carattere transnazionale e aterritoriale del fenomeno informatico⁹⁵, che determina, in definitiva, scelte di politica criminale comuni ai diversi ordinamenti giuridici. Come si è visto, ad un'analisi attenta delle fattispecie, emergono invero delle differenze di fondo: è diversa la *ratio* alla base dello sdoppiamento di norme, è diversa la concezione di tutela del sistema informatico ed è diversa la tecnica legislativa. È proprio questo differente punto di partenza, tuttavia, che permette di valorizzare, ancora di più, la relativa convergenza delle fattispecie analizzate in materia di *cybercrime*. L'estensione globale delle funzioni dell'informatica e della rete pongono, infatti, le medesime sfide e criticità, con le quali il diritto deve confrontarsi. Un aspetto, questo, dimostrato dall'importante ruolo svolto nella regolamentazione del cyberspazio dalle fonti sovranazionali, alle quali l'ordinamento cinese rivolge grande attenzione. Da questo punto di vista, seguendo l'indicazione di Rodolfo Sacco, per il quale il comparatista è «sommamente interessato a tutte le fonti indirette che condizionano l'intero funzionamento del diritto»⁹⁶, si può dire che benché manchi un'adesione formale della Cina alla Convenzione di Budapest, quest'ultima entra a far parte del diritto penale dell'informatica cinese come strumento di approfondimento accademico e come parametro di analisi delle norme rilevanti⁹⁷.

La comparazione Italia-Cina mostra, dunque, che i fenomeni digitali, essenzialmente globali e transnazionali, modellano e conformano il diritto dei diversi Paesi, imponendo al giurista di oggi di volgere il proprio sguardo oltre i confini dell'ordinamento nazionale.

Questa ricerca consente anche un'altra riflessione. Abbiamo confrontato due sistemi penali profondamente diversi. L'avverbio "profondamente" è d'obbligo: la Costituzione della Repubblica Popolare Cinese non riconosce il principio di divisione dei poteri, sicché, come si è visto, anche il principio di legalità dell'ordinamento penale

(cui corrisponde l'art. 252 del codice penale cinese); di frode informatica, cui possono avvicinarsi gli artt. 266 e 287 del codice penale cinese, così come interpretati dalla Corte Suprema del Popolo con l'opinione N. 32, del 20 dicembre 2016.

⁹⁵ Si considerino, fra tutti: G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, cit. *passim* (in particolare, 324 ss); F. CORONA, *I reati informatici*, in M. Iaselli (a cura di), *Diritto e nuove tecnologie*, *Prontuario giuridico-informatico*, 2016, Milano, 381; P. YONG, [New China Criminal Legislations in the Progress of Harmonization of Criminal Legislation against Cybercrime](#), in *coe.int*, 2011.

⁹⁶ R. SACCO – P. ROSSI, *Introduzione al Diritto Comparato*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, 2015 (VI Ediz.), Milano, 13.

⁹⁷ Lo dimostra, in particolare, il contributo di Zhang Jin e Shen Hua, i quali esaminano e confrontano l'art. 615 ter del codice penale italiano con il reato di *Ausspähen von Daten* (spionaggio di dati) previsto dalla Sezione 202 dello *Strafgesetzbuch* tedesco, dei quali viene fornita una traduzione integrale in cinese: gli Autori cinesi analizzano la differente attuazione dell'obbligo posto dall'art. 3 della Convenzione di Budapest negli ordinamenti italiano e tedesco. J. ZHANG e S. HUA, *On International Cooperation in AntiComputer Crime Measures and Its Legislation in Relative Countries*, in *Zhèngzhì yǔ fǎlǜ* (政治与法律), 2004.

ne risulta più debole. Poste queste premesse, ci si poteva aspettare che il confronto con il nostro ordinamento fosse impari: i principi sanciti dagli artt. 25 e 27 della Costituzione italiana impongono che la legge penale sia tassativa, certa e sufficientemente determinata.

A ben vedere, però, le caratteristiche innovative della dimensione digitale determinano, in tutti i sistemi, problemi di corrispondenza tra la fattispecie penale e l'attività illecita da perseguire⁹⁸. Il *cybercrime* pone, in altre parole, un problema di tipicità. Ebbene, la verifica condotta con questa ricerca permette di osservare come a queste nuove sollecitazioni il diritto dei due Paesi reagisca in modo analogo, simmetrico, indipendentemente dalla diversa cornice formale di valori costituzionali. In particolare, si possono evidenziare due diversi atteggiamenti.

In primo luogo, le ipotesi delittuose possono essere ritagliate su modelli specifici di *cybercrime*. In questi casi, può accadere che il fatto tipico descritto dalla norma non riesca a coprire tutte le forme di *hacking* possibili: il rischio è, dunque, quello di creare ingiustificati vuoti di tutela. Questa impostazione si coglie, nell'ordinamento cinese, con riferimento alla lesione di quei dati che non siano parte di un sistema informatico: l'art. 286 del codice penale cinese non è in grado di perseguire simili condotte. Un analogo *vulnus* si verifica nell'ordinamento italiano con riferimento agli artt. 635-*bis* e seguenti, inidonei a sanzionare la mera manomissione o aggiunta di dati, che non comprometta gravemente il funzionamento del sistema.

Per evitare di configurare reati eccessivamente "selettivi", la legislazione penale può allora ricorrere a fattispecie particolarmente ampie e tendenzialmente onnicomprensive, come reazione alla vastità e alla mutevolezza del crimine informatico: il rischio, in questo caso, è però quello di una sostanziale imprevedibilità dei confini della responsabilità penale. Valgano in questo senso le criticità evidenziate per il rapporto tra il danneggiamento informatico e il delitto (consumato o tentato) previsto dall'art. 615-*quinqies* c. p. Nel sistema penale cinese, può ascriversi a questa tendenza il ricorrere, anche in materia di *cybercrime*, ad espressioni vaghe, dai confini incerti.

Ecco il punto: la legge penale di un sistema basato sui principi di legalità, tassatività e determinatezza presenta le medesime criticità applicative della legge penale di un Paese che disconosce la divisione dei poteri, accogliendo una concezione debole del principio di legalità. Ci si potrebbe domandare come ciò sia possibile: due considerazioni chiariscono tale aspetto.

Si sono più volte evidenziati i problemi che affliggono le fattispecie penali italiane. L'attuale assetto legislativo è l'esito di un'importazione acritica del testo della Convenzione di Budapest: un "copia e incolla" che ha conferito alla fonte convenzionale il rango di fattispecie punitiva nazionale. Tale impostazione dà luogo a serie difficoltà applicative e di coordinamento normativo, sicché, nonostante la previsione delle massime garanzie a livello costituzionale, la fonte primaria non può dirsi soddisfacente.

⁹⁸ Le difficoltà di inquadramento del crimine informatico si riscontrano, del resto, anche nell'analisi criminologica, atteso che gli idealtipi elaborati, in questo campo, per classificare il *cybercrime* risulterebbero poco riconoscibili nella realtà empirica. Per un approfondimento in questo senso: G. MICIOTTI, *La Cybercriminalità*, in A. Balloni, R. Bisi, R. Sette, *Criminologia applicata*, 2019, Milano, 324ss.

Sotto altro aspetto, si è più volte sottolineato come dalla Costituzione cinese discenda un sistema penale meno garantista. Ciò è vero. Tuttavia non si può trascurare che il codice del 1997 ha rappresentato un “grande balzo in avanti” per il diritto penale cinese⁹⁹. Rispetto al precedente codice del 1979¹⁰⁰, infatti, sono stati introdotti sia il divieto di analogia¹⁰¹ sia il riconoscimento formale del principio di legalità¹⁰² (la cui portata è, comunque, relativa). In questo senso, anche la disciplina dei reati informatici risente del processo di sviluppo di nuove e più forti garanzie nel sistema penale cinese, conferendo alla fattispecie un’impostazione più simile a quella degli ordinamenti occidentali e delle fonti internazionali. Certo, scopo della comparazione non è quello di esprimere una «*valutazione, positiva o negativa, delle istituzioni altrui*»¹⁰³. Di questo chi scrive è fermamente convinto. Altrettanto certo è, però, che un diritto penale moderno non può prescindere dal riconoscimento di principi garantistici ineludibili: primo fra tutti, la certezza del diritto¹⁰⁴. In questi termini, lo sviluppo di un diritto penale certo e prevedibile è una strada che la Cina di oggi ha già intrapreso e ha il dovere di proseguire.

In questa direzione e nell’auspicata prospettiva di riforma del danneggiamento informatico italiano, le più autorevoli Istituzioni internazionali, cui sia l’Italia sia la Cina aderiscono, potrebbero cogliere ciò che accomuna gli ordinamenti studiati, per guidare un processo di ripensamento del diritto penale dell’informatica¹⁰⁵.

⁹⁹Sul tema: I CARDILLO, *Lo sviluppo del diritto penale cinese dalla fondazione della repubblica popolare ad oggi*, in *Diritto Penale XXI Secolo*, Anno XVII, 2018.

¹⁰⁰ Per alcune autorevoli considerazioni sul primo codice penale promulgato dalla Repubblica Popolare Cinese e sull’intenso dibattito della dottrina cinese circa l’opportunità di riconoscere o meno il principio della presunzione di innocenza: F. STELLA, *Giustizia e Modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, pp. 77-78.

¹⁰¹ Il divieto di analogia non è, però, sancito da una norma costituzionale. Sul punto: L. PICOTTI, *Offensività ed elemento soggettivo del reato nel codice penale della repubblica popolare cinese*, in *Diritto Penale XXI Secolo*, Anno IX, 2010, p. 54.

¹⁰² L’art. 3 del codice penale cinese prevede che “qualunque fatto che sia espressamente previsto come reato dalla legge va condannato e punito, qualunque fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge non va né condannato né punito”.

¹⁰³ R. SACCO – P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 4-5.

¹⁰⁴ M. DONINI, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, 63 ss., 92 ss.

¹⁰⁵ L’auspicio è condiviso dall’illustre giurista cinese, più volte citato in questa ricerca, P. YONG, in *New China Criminal Legislations in the Progress of Harmonization of Criminal Legislation against Cybercrime*, cit., 6.

CYBERLAUNDERING E VALUTE VIRTUALI. LA LOTTA AL RICICLAGGIO NELL'ERA DELLA *DISTRIBUTED ECONOMY*^(*)

di Mariachiara Croce

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Valute virtuali e riciclaggio: inquadramento del fenomeno. – 3. La disciplina preventiva del riciclaggio: dal D. Lgs. 90/2017 al D. Lgs. 125/2019. – 4. La disciplina sanzionatoria del riciclaggio. – 4.1 Il *cyberlaundering* – 5. L'autoriciclaggio – 5.1 Il *cyber self-laundering* – 5.2. La responsabilità per riciclaggio di *exchangers*, *wallet providers*, *mixers* e *miners*. – 6. Normativa antiriciclaggio e valute virtuali. Esperienze regolatorie a confronto. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Il *cyberlaundering* è una manifestazione parziale dell'ampio fenomeno del *cybercrime*, al quale è riconducibile ogni forma di sfruttamento delle *new technologies* a fini delittuosi¹. Mutuando la classica distinzione dottrinale² tra delitti informatici in senso stretto e delitti informatici in senso lato³, è possibile ricondurre il *cyberlaundering* a questa seconda categoria: quale ipotesi di riciclaggio comune commesso avvalendosi di un *computer* come mezzo, e non come oggetto materiale del reato, esso è suscettibile di assumere soltanto eventualmente le vesti di un reato informatico.

^(*) Il contributo è destinato alla pubblicazione in A. Nuzzo (a cura di), *Fintech, Smart technologies e Governance dei mercati*, Luiss University Press.

¹ Per *cyberlaundering* si intende una particolare forma di utilizzo della rete internet a scopo criminoso. Come si evince dal termine, esso costituisce, infatti, una trasposizione in chiave moderna e digitale dei "classici" delitti di cui agli artt. 648-bis c.p. e 648-ter.1 c.p. Per un inquadramento del tema v. V. PLANTAMURA, *Il cybericiclaggio*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Milano, 2019, 859 ss.

² L. PICOTTI, *La nozione di "criminalità informatica" e la sua rilevanza per le competenze penali europee*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 4, 827 ss.; R. FLOR, *Cyber-criminality: Finding a Balance between Freedom and Security*, nella raccolta di scritti del convegno *Cybercrime: Global Phenomenon and its Challenges*, *International Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme (ISPAC)*, 13 ss. Per alcuni interessanti spunti di riflessione inerenti alla prima reazione legislativa a fronte dell'affermarsi della criminalità informatica, R. BLAIOTTA – F. BERGHELLA, *Diritto penale dell'informatica e beni giuridici*, in *Cass. pen.*, 1995, 9, 2329 ss.

³ Nella prima categoria di reati informatici rientrano tutte le condotte criminosi che abbiano come *target* il computer, come, ad esempio, le attività di *cyberspying* o la commissione di estorsioni via internet. La seconda tipologia di reati informatici, invece, è comprensiva di ogni condotta criminosa perpetrata sfruttando le caratteristiche della rete.

Se le prime manifestazioni criminoso rivolte allo sfruttamento delle nuove tecnologie a fini di riciclaggio si registravano già da tempo⁴, mediante ricorso a *smart cards* e monete elettroniche⁵, è stato solo con l'avvento delle valute virtuali che il fenomeno ha avuto una crescita esponenziale, in quanto le relative operazioni permettono il consolidamento dei proventi delittuosi senza alcun previo passaggio per la dimensione reale dell'economia: nella *distributed economy* il riciclaggio diviene un fenomeno di regola totalmente digitale.

Per comprendere la serietà dei rischi associati alla diffusione di questi valori, è sufficiente richiamare le più recenti statistiche sulla capitalizzazione del mercato delle *criptocurrencies*⁶, che evidenziano come il volume di transazioni stia crescendo in modo rapido e costante e con esso, inevitabilmente, anche il numero di operazioni sospette⁷.

Nel presente contributo saranno esaminate le questioni più significative connesse proprio all'utilizzo delle valute virtuali per fini di riciclaggio, concentrando l'attenzione non solo sui profili repressivi, ma anche sulla disciplina preventiva di recente introduzione.

2. Valute virtuali e riciclaggio: inquadramento del fenomeno.

L'art. 1, comma 2, lett. qq) del D. Lgs. 231/2007⁸ definisce la valuta virtuale come una «rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o un'autorità pubblica, non necessariamente collegata ad 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»⁹.

⁴ Il *cyberlaundering* trae origine dalla progressiva dematerializzazione del denaro e dall'avvento della c.d. moneta elettronica. In argomento, D.A. LESLIE, *Legal Principles for Combatting Cyberlaundering*, Law, Governance and Technology Series, Basilea, 2014, 55.

⁵ L. PICOTTI, *Profili penali del cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 3-4, 594-598.

⁶ Il mercato delle valute virtuali, sebbene sia sorto solo nel 2009 dalle rovine della crisi economico-finanziaria dell'anno precedente, può contare oggi su di un giro d'affari multimiliardario: se, solo a maggio 2017 il mercato aveva una capitalizzazione di 91 miliardi di dollari, all'inizio del 2018 il volume globale di ha superato i 150 miliardi di dollari, facendo registrare una media di transazioni giornaliere in criptomoneta pari a 3,5 miliardi di euro. Cfr. il sito [Coin Market Cap](https://coinmarketcap.com/).

⁷ «Quaderni dell'antiriciclaggio dell'Unità di Informazione Finanziaria», sul sito della UIF, Semestre I, 2018, 59.

⁸ La disposizione è stata introdotta dall'art. 1, comma 1 del D. Lgs. 25 maggio 2017 n. 90 («Attuazione della direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminoso e di finanziamento del terrorismo»). Per un primo commento alla riforma, 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 *Dir. banc.*, 2018, 1, 4 ss. Le parole «né garantita» e «o per finalità di investimento» sono state introdotte dall'art. 1, comma 1, lett. h) del D. Lgs. 125/2019.

⁹ A seconda del grado di convertibilità in moneta reale, si distingue tra valute virtuali non convertibili o a schema chiuso, valute virtuali a convertibilità limitata o unidirezionale, valute virtuali a convertibilità piena o bidirezionale. Le valute virtuali a schema chiuso possono essere utilizzate solo nell'ambito della comunità

Nella prassi, gli utenti entrano in possesso delle valute virtuali cambiando *fiat money*, offrendo merci o servizi dietro corrispettivo (previamente pattuito) in criptovalute ovvero ricevendole in regalo o a titolo di ricompensa per l'attività prestata all'infrastruttura¹⁰.

A rendere particolarmente attraente la valuta virtuale agli occhi degli investitori è la perfetta fusione dei vantaggi della moneta reale e di quelli della moneta elettronica in essa riscontrabile. Come la moneta fisica, essa è accessibile a chiunque, ha carattere anonimo¹¹ ed è agevolmente trasferibile; come la moneta elettronica, consente di effettuare agevolmente pagamenti a distanza e garantisce transazioni rapide e a basso costo¹².

Le transazioni in valuta virtuale sono un formidabile veicolo di *business*, poiché consentono agli operatori economici di entrare in contatto con le più svariate realtà internazionali e di interagire con le stesse a costi ridotti e con possibilità di perfezionare in modo istantaneo trasferimenti di ingenti somme di denaro¹³. Per queste stesse ragioni, la criptomoneta ha attirato su di sé l'attenzione dei criminali informatici, specialmente nel periodo immediatamente successivo alla sua creazione¹⁴.

virtuale di riferimento e, pertanto, rappresentano la forma di *e-cash* tipica delle piattaforme di giochi virtuali; le valute virtuali a flusso unidirezionale, acquistabili mediante moneta reale, si caratterizzano per essere non riconvertibili in *fiat money*; le valute virtuali a flusso bidirezionale, infine, sono liberamente convertibili e riconvertibili e possono pertanto essere acquistate mediante *fiat money* e vendute in cambio dello stesso (a tale ultima categoria appartiene il Bitcoin, la più nota e diffusa *virtual currency*). Pur essendo valute di carattere privato, le valute virtuali si distinguono, inoltre, in valute virtuali centralizzate, create da un emittente privato, e valute virtuali decentralizzate, generate dagli utenti della rete avvalendosi di specifici *software* basati su meccanismi di crittografia. Sul punto si veda la «Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette 'valute virtuali'», 30 gennaio 2015, pubblicato dalla Banca D'Italia sul [sito istituzionale](#), 2 ss.

¹⁰ A quest'ultima ipotesi è riconducibile la ricompensa in *virtual currency* riconosciuta dal sistema Bitcoin ai *miners* che risolvano la *proof of work* prevista dal protocollo base. Di recente, G.P. ACCINNI, *Profili di rilevanza penale delle criptovalute (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, in *Archivio Penale*, 2018, 1, 4.

¹¹ L'anonimato (*rectius*, lo pseudo-anonimato) garantito agli *users* di valute virtuali è il principale elemento che induce la criminalità a sfruttare la *piazza finanziaria digitale* per polverizzare le ingenti liquidità di origine illecita.

¹² Queste caratteristiche rendono le valute virtuali uno strumento utile al consolidamento della ricchezza proveniente da reato. La rapidità degli scambi rappresenta un serio ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa, mentre l'accettazione su larga scala assicura l'*integration* del profitto nelle mani del reo attraverso semplici operazioni di acquisto di beni o servizi o scambio in altri valori virtuali. Cfr. N. PASSARELLI, *Bitcoin e antiriciclaggio*, sul [sito del Sistema di Informazione per la Sicurezza della Repubblica](#), 15 novembre 2016; L. STURZO, [Bitcoin e riciclaggio 2.0](#), in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, 20.

¹³ Inoltre, concretizzando il sogno di democratizzazione finanziaria, i valori virtuali agevolano il coinvolgimento dei soggetti più deboli nelle attività commerciali e finanziarie. La pseudoanonimizzazione delle transazioni e la garanzia dell'anonimato assicurano ai cittadini di Paesi retti da governi dispotici che vietino l'utilizzo del circolante virtuale di tutelare le proprie legittime esigenze di tutela della riservatezza. Cfr. 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, 3, 415.

¹⁴ Sulle possibili forme di sfruttamento ai fini criminosi delle valute virtuali si veda P. SEVERINO, *Sicurezza informatica e prevenzione del cybercrime*, in *LuissOpen*, 8 settembre 2017, 10.

Le innegabili potenzialità criminogene delle valute virtuali non debbono, tuttavia, condurre a conclusioni affrettate circa la natura del circolante virtuale e la legittimità del suo utilizzo.

A ben vedere, una transazione in valuta virtuale – quale che sia l'infrastruttura o la base monetaria utilizzata – è di per sé neutra: l'illiceità dell'operazione potrebbe eventualmente dipendere dalla causa della transazione o dall'oggetto di essa. A tal proposito, in dottrina è stato correttamente osservato che il *pactum fiduciae* tra utenti si basa sulla stabilità e sulla legittimità del protocollo informatico che governa la catena dei blocchi. La fiducia sarebbe minata alle fondamenta se l'infrastruttura fosse utilizzata prevalentemente o esclusivamente per scopi criminosi¹⁵. Risulta quindi chiaro che l'impiego delle valute virtuali a fini di riciclaggio rappresenta una patologia del sistema, una cifra nera che rischia di disgregare la fiducia che l'utente medio ripone nella tecnologia a registro diffuso e nei relativi valori¹⁶.

Come avviene per ogni innovazione tecnologica, anche nella nuova dimensione virtuale dell'economia è presente un rischio intrinseco¹⁷. È noto che nel 2014 la *European Banking Authority*¹⁸ ha individuato ben settanta distinti rischi del sistema delle criptovalute, distinguendoli a seconda che riguardino gli utenti, i professionisti, le imprese ovvero la stabilità del mercato. Nella medesima direzione, l'*European Cybercrime Center* ha evidenziato un rapporto di diretta proporzionalità tra l'aumento di capitalizzazione del mercato delle criptovalute e lo sviluppo del *cybercrime*, con speciale riferimento al *cyberlaundering* e al dilagare dei mercati neri nel *dark web*¹⁹. Per quel che qui interessa, il riciclaggio mediante valori virtuali dovrebbe condurre ad una riflessione criminologica certamente più ampia sull'asservimento della *distributed economy* ai propositi della criminalità organizzata²⁰.

¹⁵ Cfr. 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*, cit., 5.

¹⁶ Le stesse caratteristiche delle *virtual currencies* che hanno portato all'affermazione ed alla rapida capitalizzazione del mercato valutario virtuale rischiano di condurlo verso l'autodistruzione. Infatti, pur non dubitando del fatto che le peculiarità del mercato delle criptovalute (anonimato, la rapidità delle transazioni, agevolazione delle operazioni transnazionali, abbattimento dei costi ed assenza di banche ed intermediari) le rendano meritevoli di essere paragonate, quanto a portata rivoluzionaria, all'affissione sulla porta della chiesa di Wittenberg nel 1517 delle famose novantacinque tesi di Martin Lutero non si possono trascurare le derive criminose del sistema riscontrabili nella prassi. Cfr. R. GUTTMAN, *The Bitcoin Bible gold edition. All you need to know about bitcoins and more*, Norderstedt, 2013, 368; G. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del Bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, cit., 431.

¹⁷ L'espressione è di N. PASSARELLI, *Bitcoin e antiriciclaggio*, cit., 1.

¹⁸ European Banking Authority (EBA), *Opinion on virtual currencies*, 4 luglio 2014, disponibile sul [sito dell'EBA](#), 21 ss.

¹⁹ «Internet Organised Crime Threat Assessment 2017», pubblicato dall'*Internet Cybercrime Centre* (EC3) costituito presso Europol, sul [sito di Europol](#), 47 ss.

²⁰ Secondo E. SIMONCINI, *Il cyberlaundering: la «nuova frontiera» del riciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4, 2015, 907, l'economia virtuale è un «*cyber-heaven* non solo per il crimine organizzato, ma anche per tutte quelle società che intendano sfruttare un luogo ideale e «sicuro» per realizzare operazioni di cyberlaundering e conseguire illecite ricchezze». In effetti, la forza attrattiva esercitata dal mercato delle valute virtuali è particolarmente preoccupante laddove si consideri l'uso che ne potrebbe fare la criminalità

Le infrastrutture basate sulla tecnologia *blockchain*²¹, sebbene permettano a chiunque di visionare le transazioni effettuate dagli altri nodi della rete, verificandone l'importo e individuando gli indirizzi dell'ordinante e del beneficiario, non consentono, tuttavia, di risalire all'identità dei singoli *users*²². Sul pubblico registro le transazioni sono infatti catalogate in stringhe numeriche esadecimali corrispondenti agli indirizzi di invio/recezione della valuta (*transaction address*). Peraltro, gran parte dei protocolli di gestione delle transazioni consente agli *users* di formare identificativi (chiave pubblica-privata e indirizzo) differenti per ogni singola transazione, rendendo difficoltosa, se non impossibile, l'identificazione dei titolari degli *accounts* coinvolti.

Una forte spinta criminogena è data poi dall'assenza di Autorità centrali nel sistema valutario virtuale. Com'è noto, le normative antiriciclaggio presuppongono la presenza di un sistema di intermediazione bancaria e finanziaria quale canale maestro per la segnalazione di operazioni sospette, a compendio degli obblighi di identificazione della clientela e di informativa sui controlli attribuiti all'Unità di Informazione Finanziaria²³. In un ecosistema *peer to peer*, l'assenza di intermediari sottrarrebbe alle autorità di vigilanza ed alla magistratura inquirente un fondamentale interlocutore istituzionale²⁴ per la prevenzione e il contrasto del riciclaggio. Tuttavia, nel mercato delle valute virtuali operano anche molti operatori professionali che, offrendo agli utenti servizi di portafoglio o di scambio (*wallet providers* ed *exchangers*), consentono di recuperare l'intermediazione perduta, figurando di fatto come intermediari nel compimento di operazioni in criptovaluta.

3. La disciplina preventiva del riciclaggio: dal D. Lgs. 90/2017 al D.Lgs. 125/2019.

Con l'emanazione del D. Lgs. 27 maggio 2017, n. 90 il Legislatore ha segnato un importante passo in avanti per l'adeguamento della disciplina antiriciclaggio ai nuovi

organizzata, soprattutto se di stampo mafioso. Quest'ultima, essendo impegnata nella costante ricerca di tecniche sempre più sofisticate per delinquere, sembra aver sviluppato una raffinata elasticità nell'impiegare a fini criminosi i nuovi ritrovati tecnologici.

²¹ E. FERRARI, *Bitcoin e criptovalute: la moneta virtuale tra fisco ed antiriciclaggio*, in *Il Fisco*, 2018, 9, 861 ss.

²² Esistono in verità delle euristiche di *blockchain intelligence* che consentono di aggregare indirizzi per poi confrontarli con i risultati delle indagini *open source*. Si tratta comunque di tecniche dal valore soltanto indiziario, che non sono in grado di superare da sé la barriera dell'anonimato.

²³ Il decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231 prevede che i soggetti destinatari della disciplina siano gravati da obblighi di adeguata verifica della clientela, di registrazione e conservazione della documentazione e di segnalazione delle operazioni sospette.

²⁴ Si veda l'informativa «Utilizzo anomalo di valute virtuali», sul [sito della UIF](#), con cui la Unità di Informazione Finanziaria (UIF), prima dell'emanazione del D. Lgs. 90/2017, esprimeva la propria preoccupazione per l'assenza di obblighi antiriciclaggio in capo agli operatori professionali nel settore delle valute virtuali, rilevando nello specifico 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 non sono tenuti all'osservanza degli obblighi di adeguata verifica della clientela, registrazione dei dati e segnalazione delle operazioni sospette. Tale circostanza può rendere appetibile lo strumento virtuale per coloro che intendono porre in essere condotte criminali e non agevola le attività di prevenzione e contrasto».

rischi derivanti dalla dimensione virtuale dell'economia²⁵, giocando addirittura d'anticipo rispetto alle Istituzioni dell'Unione Europea²⁶.

Oltre ad aver introdotto una definizione di valuta virtuale²⁷, l'intervento riformatore ha toccato numerose disposizioni del Decreto Legislativo 21 novembre 2007, n. 231, includendo i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale²⁸ tra i destinatari degli obblighi antiriciclaggio²⁹. Tali soggetti vengono inseriti nel novero degli operatori non finanziari di cui all'art. 3, comma 5 del Decreto³⁰, destinatari degli obblighi di adeguata verifica della clientela, di registrazione e conservazione della documentazione, nonché di segnalazione delle operazioni sospette. In particolare, optando per l'assoggettamento alla normativa antiriciclaggio della sola attività di cambio di valuta virtuale in reale (e viceversa) svolta dagli *exchangers*, il Legislatore delegato mirava a delimitare l'espansione della normativa antiriciclaggio alle sole «aree di diretta interferenza delle valute virtuali con le monete correnti e l'economia reale»³¹.

Il Decreto delegato del 2017 è intervenuto anche su alcune disposizioni del D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, imponendo agli *exchangers* l'iscrizione in una sezione speciale del registro dei cambiavalute tenuto dall'Organismo degli agenti e dei mediatori creditizi³².

²⁵ Il Decreto, intitolato «Attuazione della direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo e recante modifica delle direttive 2005/60/CE e 2006/70/CE e attuazione del regolamento (UE) n. 2015/847 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006», è stato adottato in base alla delega conferita con legge 12 agosto 2016, n. 170 (art. 15).

²⁶ 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*, cit., 6 ss.

²⁷ *Supra* § 2.

²⁸ L'art. 1, comma 2, del D. Lgs. 21 novembre 2007 n. 231 definisce prestatore di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale "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" (lett. ff).

²⁹ M.R. DE RITIS, *Bitcoin: una moneta senza frontiere e senza padrone? Il recente intervento del legislatore italiano*, in *giustiziavivile.com*, 2018, 3, 9; M. MICCOLI, *"Bitcoin" fra bolla speculativa e controllo antiriciclaggio*, in *Notariato*, 2018, 2, 151 ss.

³⁰ «Rientrano nella categoria di altri operatori non finanziari: [...] i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, limitatamente allo svolgimento dell'attività di conversione di valute virtuali da ovvero in valute aventi corso forzoso» (lett. i). Per approfondimenti sulla natura finanziaria/valutaria delle valute virtuali si rinvia a G. LEMME – E. S. PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso Bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 11, 22 ss.

³¹ In questi termini, F. DI VIZIO, [Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti](#), in *Dir. pen. cont.*, 10/2018, 87. La dottrina ha utilizzato l'efficace metafora della cinta daziaria in riferimento alla necessità di regolare i rapporti tra la dimensione reale e quella virtuale dell'economia: "una "cinta daziaria" dotata di alcune "porte" per individuare chi e che cosa passa dal mondo reale a quello virtuale e viceversa. Solo alle transazioni *compliant* sarà garantito l'accesso al mondo reale, mentre le altre saranno destinate ad essere isolate in quello virtuale" (D. MAJORANA, *Disciplina giuridica e fiscale delle criptovalute: sfida al legislatore dal web*, in *Corr. trib.*, 2018, 8, 630).

³² L'art. 8 del decreto delegato, nel modificare l'art. 17-bis del D. Lgs. 141/2010, ha introdotto un nuovo comma 8-bis «le previsioni di cui al presente articolo si applicano, altresì, ai prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, come definiti nell'articolo 1, comma 2, lettera ff), del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e successive modificazioni tenuti, in forza della presente disposizione, all'iscrizione

L'esempio italiano è stato seguito dal Legislatore eurounitario³³ che, con l'emanazione della Direttiva 2018/843/UE, è intervenuto sul quadro normativo includendo però tutti gli operatori professionali del mercato delle valute virtuali tra i destinatari della normativa antiriciclaggio³⁴.

Nello specifico, oltre a dettare una nozione di valuta virtuale³⁵ analoga a quella contenuta nell'art. 1, comma 2, lett. qq) del D. Lgs. 231/2007, la Direttiva delinea la categoria dei prestatori di servizi di portafoglio digitale (i cosiddetti *wallet providers*)³⁶, includendoli tra i soggetti destinatari degli obblighi antiriciclaggio, accanto agli *exchange providers*³⁷, imponendo, pertanto, ad entrambe le categorie di operatori di verificare

in una sezione speciale del registro di cui al comma 1». L'art. 8 disciplina l'esercizio professionale, nei confronti del pubblico, dell'attività di cambiavalute e le prerogative pubbliche di controllo sul relativo esercizio. «Il legislatore ha in sostanza equiparato le attività svolte dai professionisti del mercato delle criptovalute a quella dei cambiavalute, senza effettuare alcuna distinzione tra attività di trading (diretto e indiretto), *mining* e *mixing*. Ne consegue che tutti i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale saranno sottoposti alla medesima disciplina, senza distinzioni in base al tipo di attività in concreto svolta» (in questi termini, 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*, cit., 18).

³³ La disciplina antiriciclaggio ha conosciuto, a livello europeo, una progressiva evoluzione. Prima della Direttiva 2018/843/UE, la Direttiva 1991/308/CE poneva le basi per il contrasto al riciclaggio, entro ambiti oggettivi e soggettivi piuttosto ristretti. La seconda Direttiva 2001/97/CE, oltre ad estendere l'ambito applicativo della precedente, imponeva agli stati Membri di dotarsi di validi sistemi di identificazione e controllo del *paper trail*. La terza Direttiva 2005/60/UE espandeva l'ambito soggettivo dei destinatari degli obblighi previsti dalla precedente normativa. La quarta Direttiva (2015/849/UE) faceva proprie le raccomandazioni adottate nel 2012 dal FATF (*International standards on combating money laundering and the financing of terrorism and proliferation*), estendendo notevolmente l'ambito oggettivo di operatività della normativa antiriciclaggio. Sull'evoluzione della normativa europea, V. MITSILEGAS – N. VAVOULA, *The evolving EU anti-money laundering regime*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, 23, 2, 261 ss.

³⁴ Con la presentazione della proposta di Direttiva 2016/0208 (COD) la Commissione aveva posto in evidenza la improrogabile necessità di inserire i prestatori di servizi connessi alle valute virtuali tra i destinatari della quarta Direttiva antiriciclaggio. «È di fondamentale importanza ampliare il campo di applicazione della direttiva (UE) 2015/849 in modo da includere le piattaforme di cambio di valute virtuali e i prestatori di servizi di portafoglio digitale. È necessario che le autorità competenti possano monitorare l'uso delle valute virtuali. Ciò consentirebbe un approccio equilibrato e proporzionale, salvaguardando i progressi tecnici e l'elevato livello di trasparenza raggiunto in materia di finanziamenti alternativi e imprenditorialità sociale» (considerando n. 6 della Proposta, oggi considerando n. 8 della Direttiva).

³⁵ L'art. 3, punto 18, della Direttiva 2015/849/UE, definisce la valuta virtuale 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».

³⁶ L'art. 3, punto 19, della Direttiva 2015/849/UE, nel testo modificato dall'art. 1, par. 2, lett. d) della Direttiva 2018/843/UE, definisce il *wallet provider* come il «soggetto che fornisce servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali».

³⁷ Definiti come i soggetti «la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute aventi corso forzoso». Cfr. Art. 2, paragrafo 1, punto 3, lett. g) della Direttiva 2015/849/UE, come modificato dall'art. 1, par. 1, lett. c) della Direttiva 2018/843/UE.

costantemente l'adeguatezza della clientela, nonché di effettuare, laddove ne ricorrano i presupposti, segnalazioni di operazioni sospette alle Autorità nazionali competenti³⁸.

Con il D. Lgs. 4 ottobre 2019, n. 125 il Legislatore italiano ha recepito la Direttiva 2018/843/UE³⁹, portando a compimento quel delicato percorso di adeguamento della normativa antiriciclaggio, e delle disposizioni di carattere general-preventivo ivi previste, alla dimensione virtuale della criminalità economica, di fatto intrapreso con l'emanazione del già citato D. Lgs. 90/2017.

In primo luogo, mentre il D. Lgs. 90/2017 ravvisava nella valuta virtuale solo un mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi, il D. Lgs. 125/2019 ha riconosciuto espressamente alla valuta virtuale anche la fondamentale funzione di strumento di investimento⁴⁰, così ampliando l'ambito di applicabilità del D. Lgs. 231/2007.

In secondo luogo, se con il D. Lgs. 90/2017, ben prima dell'emanazione della Direttiva 2018/843/UE, solo gli *exchangers* e non anche i *wallet providers* erano stati introdotti tra i soggetti obbligati di cui al D. Lgs. 231/2007, l'art. 1, lettera u), del D. Lgs. 125/2019, recependo l'art. 1 della quinta Direttiva, ha colmato tale lacuna, assoggettando agli obblighi antiriciclaggio anche i prestatori di servizi di portafoglio digitale (art. 3, comma quinto, lett. i-bis), D. Lgs. 231 del 2007).

L'analisi degli interventi di riforma più recenti, con particolare riguardo all'introduzione di *exchangers* e *wallet providers* tra i soggetti sottoposti agli obblighi antiriciclaggio di cui al D. Lgs. 231/2007, ci restituisce un quadro normativo certamente più idoneo che in passato a confrontarsi con fenomeni di riciclaggio digitale, ma non in grado di neutralizzare pienamente il rischio del loro verificarsi, alla luce del fatto che, potendo gli utenti «effettuare operazioni anche senza ricorrere a tali prestatori, gran parte dell'ambiente delle valute virtuali rimarrà caratterizzato dall'anonimato» (considerando n. 9 della quinta Direttiva).

4. La disciplina sanzionatoria del riciclaggio.

Sebbene il riciclaggio⁴¹ sia stato introdotto nel Titolo XIII del Libro II del codice penale, dedicato ai delitti contro il patrimonio, la dottrina più autorevole ritiene che il

³⁸ G. P. ACCINNI, *Profili di rilevanza penale delle criptovalute (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, cit., 20; L. STURZO, *Bitcoin e riciclaggio 2.0*, cit., 30.

³⁹ Cfr. S. D. FLAMMINEIS, [Distrazione e riciclaggio di fondi europei. I progetti riciclatori tra emergenza economica e tutela penale degli interessi finanziari dell'UE](#), in questa Rivista, 2021, 2, 45.

⁴⁰ Sulle funzioni del circolante virtuale, anche con riferimento alle ricadute penalistiche, si veda F. DI VIZIO, *Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti*, cit., 117.

⁴¹ L'art. 648-bis c.p., introdotto dall'art. 3 del D.L. 21.03.1978, n. 59 e da ultimo modificato dall'art. 3, comma 1, L. 15.12.2014, n. 186, punisce con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da euro 5.000 a euro 25.000 chi «fuori dei casi di concorso nel reato [...] sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo; ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa [...]». Si prevede un aggravamento di pena quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale; una diminuzione se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. In dottrina, *ex multis*, M. ZANCHETTI, *Art. 648-bis c. p.*, in A. Crespi – G. Forti – G. Zuccalà (a cura

reato abbia natura plurioffensiva, essendo lesivo anche (del buon andamento del sistema economico e) dell'amministrazione della giustizia⁴².

Mentre in origine soltanto alcuni delitti di particolare gravità, tassativamente previsti dalla norma incriminatrice, potevano assurgere a *predicate crimes* del riciclaggio, l'attuale formulazione codicistica delimita la categoria dei reati presupposto mediante un generico richiamo a delitti non colposi⁴³.

Il Legislatore ha strutturato la norma incriminatrice del riciclaggio come fattispecie a forma libera: all'indicazione delle condotte di sostituzione e trasferimento – esordio all'apparenza tassativo – fa, infatti, seguito la locuzione «ovvero compie [...] altre operazioni», che estende l'ambito operativo della disposizione a una molteplicità di condotte⁴⁴.

La struttura della fattispecie come reato di pericolo concreto permette di sanzionare qualsiasi condotta che abbia carattere dissimulatorio, quale che ne sia la forma o il contenuto, purché idonea a ostacolare l'identificazione dell'origine di «denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo».

Il riciclaggio, pur consistendo in un unico processo, si snoda in tre diverse fasi: *placement-stage*, *layering-stage* e *integration-stage*.

Il *placement*, caratterizzato dal collocamento del denaro (dei beni o delle altre utilità) di provenienza delittuosa nel circuito dell'economia legale, rappresenta per l'agente lo stadio più pericoloso della filiera criminosa. Il più delle volte sarà infatti necessario trasferire il denaro sporco presso istituti o intermediari bancari o creditizi, operanti nel sistema finanziario legale. Tale operazione presuppone che il riciclatore possa contare su diversi contatti di fiducia che gli permettano non solo di agire per interposta persona, ma anche di eludere i controlli imposti dalla disciplina preventiva del riciclaggio⁴⁵.

di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, 1939 ss.; P. MAGRI, *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, vol. VII, Padova, 2007, 419 ss.; G. COLOMBO, *Il riciclaggio*, Milano, 1990; G. M. FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 3, 1264 ss.; L. MAGISTRO, *Riciclaggio dei capitali illeciti, rilevanza del fenomeno e strategie di contrasti in materia fiscale*, Milano, 1991; A. MANGIONE, *Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 3, 1138 ss.; P. COSTANZO, *Il riciclaggio di disponibilità di provenienza illecita. La disciplina penale italiana alla luce delle regole internazionali e comunitarie*, in A. Di Amato (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2007, 339 ss.; V. MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 1-2, 39 ss.

⁴² Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2016, 463; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2015, 247.

⁴³ Non si richiede peraltro che vi sia una sentenza passata in giudicato sulla commissione del delitto presupposto, essendo una questione incidentale che il giudice sarà chiamato a decidere sulla base delle prospettazioni e delle prove presentate dalle parti.

⁴⁴ A. ZACCHIA, *La natura del reato di riciclaggio. Nota a Cass. sez. II pen. 13 luglio 2016, n. 29611*, in *Cass. pen.*, 2017, 7, 2824 ss.

⁴⁵ Tuttavia, il riciclatore non può dirsi mai del tutto al riparo dal rischio di emersione e conseguente segnalazione delle operazioni poste in essere: infatti, qualsiasi forma di piazzamento od investimento di ingenti somme di denaro, la cui origine sia avvolta da una certa opacità, è suscettibile di attirare l'attenzione dei soggetti preposti ai controlli antiriciclaggio ex D. Lgs. 231/2007, oggetto di trattazione in precedenza.

Il *layering* è il *core* del processo riciclatorio. Esso consiste in una serie di operazioni volte ad impedire o rendere grandemente difficoltosa la ricostruzione della traccia documentale (*paper trial*) che collega il capitale ripulito all'origine delittuosa dei beni che lo compongono⁴⁶.

Il processo culmina con l'*integration*, la fase in cui il denaro di provenienza illecita – ripulito attraverso una complessa serie di operazioni, previo trattenimento (di regola) da parte del riciclatore di una percentuale a titolo di compenso per l'attività prestata – torna nella disponibilità dell'autore del reato presupposto, in modo da poter essere reimpiegato nell'economia legale nei modi più disparati.

4.1. Il cyberlaundering.

Il *cyberlaundering* rappresenta la nuova frontiera del riciclaggio. Esso consiste nell'utilizzo delle nuove tecnologie, *rectius* delle tecnologie informatiche e telematiche, per la ripulitura dei proventi delittuosi. Le origini del *cyberlaundering* sono riconducibili alla progressiva dematerializzazione e informatizzazione dei flussi di denaro che ha consentito agli attori economici di compiere operazioni in valuta senza il previo passaggio per la dimensione tangibile dell'economia. La interconnessione globale tra sistemi informatici, da una parte, e la diffusione di piattaforme di *home banking*, dall'altra, rendono la rete un luogo ideale per il compimento di attività riciclatorie⁴⁷.

Alcuni autori distinguono due diverse forme di *cyberlaundering*: il riciclaggio digitale strumentale e il riciclaggio digitale integrale⁴⁸.

Il primo può essere definito come un *cyberlaundering* "parziale", in quanto il denaro oggetto della condotta di piazzamento non è *ex ante* dematerializzato. La fase di *placement* dei capitali illeciti presenta quindi difficoltà analoghe a quelle riscontrabili nel riciclaggio non digitale, richiedendo una forma di movimentazione fisica del contante al fine di trasformarlo in *e-cash*. Al contrario, nel riciclaggio totalmente digitale⁴⁹ le somme,

⁴⁶ In un'operazione di riciclaggio in valuta reale, le transazioni finanziarie compiute nella fase di *layering* si articolano in due fasi successive: dapprima, il riciclatore movimenta la liquidità in conti accesi in diversi Stati esteri; in seguito, investe tali fondi in strumenti finanziari ovvero in società aventi sede in paesi *off-shore*. Secondo E. SIMONCINI, *Il cyberlaundering: la «nuova frontiera» del riciclaggio*, cit., 901, il *layering* è lo stadio del riciclaggio maggiormente facilitato dal *web*.

⁴⁷ S. MULINARI, *Cyberlaundering*, Milano, 2003, 62.

⁴⁸ E. SIMONCINI, *Il cyberlaundering: la «nuova frontiera» del riciclaggio*, cit., 900.

⁴⁹ A differenza del riciclaggio digitale strumentale, quello integrale presuppone che il denaro sporco, oggetto della condotta riciclatoria, abbia forma digitale. Non è quindi necessario alcun contatto materiale tra riciclatore e contante. La differente natura del denaro oggetto del *cyberlaundering* integrale rispetto a quello suscettibile di lavaggio mediante il *cyberlaundering* strumentale comporta anche una distinzione strutturale tra i due processi criminosi. Secondo alcuni, mentre il riciclaggio digitale strumentale è costituito da tre fasi (*placement*, *layering*, *integration*) che si manifestano in modo ben distinto tra loro, il processo del *cyberlaundering* integrale, in quanto caratterizzato dal compimento di transazioni economico-finanziarie condotte integralmente *online*, inizia e finisce con il *placement-stage*, il quale assorbe le due fasi successive. R. GUTTMAN, *Cybercash: the coming Era of electronic money*, Londra, 2003, 28 ss.; S. MULINARI, *Cyberlaundering*, cit., 41.

già disponibili in forma dematerializzata, possono essere ripulite senza passare per la realtà materiale.

La ripulitura del denaro *online* presenta per i criminali numerosi vantaggi, tra cui: la possibilità di agire in qualsiasi momento e in modo anonimo, senza che sia necessario interfacciarsi *de visu* con persone fisiche; l'opportunità di assoldare direttamente sul *web* terzi fiduciari per il compimento delle operazioni intermedie (*money mules*); le difficoltà nell'individuazione del *locus commissi delicti* e dell'identità dei soggetti coinvolti nella filiera del *laundering*.

L'utilizzo delle valute virtuali massimizza i predetti vantaggi, rendendo assai più agevole la movimentazione dei capitali. A differenza dell'infrastruttura bancaria tradizionale, un ecosistema decentralizzato riduce drasticamente i tempi di transazione e permette uno scambio *peer to peer*, senza passare per soggetti terzi gravati dagli obblighi antiriciclaggio⁵⁰. Vieppiù, la criptomoneta consente di inviare e ricevere denaro con garanzie di anonimità come nessun altro sistema al mondo. Difatti, anche gli Stati storicamente più legati al segreto bancario ammettono oggi ampie deroghe e riserve in forza degli accordi internazionali di mutua collaborazione in materia penale e/o tributaria⁵¹.

Date queste premesse, veniamo ora ad esaminare le questioni più rilevanti in merito all'utilizzo delle valute virtuali a scopo di riciclaggio.

Una prima questione riguarda la riconducibilità del *cyberlaundering* alla fattispecie di cui all'art. 648-bis c.p., con particolare riguardo alle modalità esecutive della condotta e all'oggetto materiale del reato. Poiché il Legislatore ha costruito il riciclaggio come un reato a forma libera, la rilevanza penale dell'operazione posta in essere dipende dalle concrete modalità del fatto, *melius* dalla sua idoneità a ostacolare l'identificazione della provenienza illecita del denaro, dei beni o delle altre utilità. Pertanto, non sovviene alcun dubbio sulla configurabilità del delitto *de quo* in caso di transazioni in valori virtuali che, per loro natura, rendono estremamente difficoltosa la ricostruzione del *digital trial*⁵².

Risulta, invece, più complessa la corretta individuazione dell'oggetto materiale del riciclaggio, non essendo affatto chiara la natura giuridica da attribuire alle valute virtuali. In base all'opinione attualmente prevalente, la criptomoneta non potrebbe essere considerata una valuta in senso proprio poiché, diversamente dalle valute *fiat*,

⁵⁰ A parere di chi scrive, la criptomoneta è la valuta della rete per eccellenza, condividendo con essa la *ratio* e alcune caratteristiche di fondo. Infatti, come la rete Internet è il risultato del movimento di democratizzazione informativa, le valute virtuali sono il prodotto dell'esigenza di democratizzazione finanziaria.

⁵¹ Del resto, anche se il lavaggio del denaro si realizzasse in paesi che garantiscono appieno il segreto bancario o in Stati che non prevedono presidi antiriciclaggio, i criminali dovrebbero comunque trovare un espediente per rientrare in possesso dei capitali ripuliti senza compiere operazioni sospette. L'utilizzo del circolante virtuale risolve a monte il problema, poiché, quale che sia lo Stato di residenza del destinatario finale delle somme, non esistono segnali "spia" della illiceità della transazione.

⁵² Cfr. 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*, cit., 4.

quelle virtuali non hanno corso forzoso né corso legale⁵³, né sarebbero in grado di assicurare *in toto* le funzioni di riserva di valore, unità di conto e mezzo di scambio⁵⁴.

Pertanto, senza entrare nel merito della questione, che esulerebbe dall'economia del presente lavoro, possiamo limitarci ad affermare che, nella prospettiva penalistica, l'assimilazione della valuta virtuale al denaro contravverrebbe al divieto di analogia *in malam partem*.

Esclusa la riconducibilità della moneta virtuale al denaro, si ritiene che essa non possa neppure essere inquadrata nella categoria dei beni. La più consolidata corrente di pensiero⁵⁵ – solo di recente messa in discussione da una pronuncia di legittimità⁵⁶ – abbraccia un'interpretazione restrittiva, secondo la quale sono beni le sole *res* tangibili, suscettibili di essere oggetto di diritti.

Le valute virtuali possono, invece, essere pacificamente ricondotte alla categoria residuale delle altre utilità⁵⁷, trattandosi di una formula tanto ampia da ricomprendere qualsiasi entità economicamente apprezzabile.

Il circolante virtuale viene in considerazione sia nel riciclaggio digitale strumentale sia in quello digitale integrale.

Nel caso in cui il provento del reato non sia disponibile in forma dematerializzata⁵⁸, la fase di *placement* avrà ad oggetto un'operazione di cambio del circolante per moneta elettronica o direttamente per criptomoneta. Nella prima ipotesi sarà sufficiente depositare il denaro su conti correnti o carte prepagate ed utilizzare questi ultimi per l'acquisto di valuta virtuale; più complessa è la seconda ipotesi, possibile unicamente avvalendosi di appositi ATM che accettino rimesse in contante e forniscano in cambio le chiavi crittografiche del *tantundem* in Bitcoin.

⁵³ G. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del Bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, cit., 417. In tema, G. LEMME – E. S. PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso Bitcoin*, cit., 24; N. VARDI, *"Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei Bitcoin*, in *Dir. inf.*, 2015, 1, 450.

⁵⁴ Sul punto, D. YERMAK, *Is Bitcoin a real currency? An economic appraisal*, NBER Working Paper No. 19747, 2013, 2 ss.

⁵⁵ In questo senso, per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 23 secondo cui "è definibile cosa, nel senso del diritto penale, ogni oggetto corporale o fisico: in altri termini, ogni entità fisica del mondo esterno che presenti i caratteri della definitezza spaziale e della esistenza autonoma". Dal punto di vista ontologico le valute virtuali non sono altri che dati informatici, che sarebbe impossibile ricondurre al concetto penalistico di cosa o di bene, senza violare il principio di tassatività e il divieto di analogia.

⁵⁶ Secondo Cass. Pen., Sez. II, 13 aprile 2020, n. 11959, inerente alla sottrazione di dati informatici salvati su di un *personal computer* aziendale del quale il soggetto attivo aveva la disponibilità per ragioni di lavoro, i dati informatici dovrebbero essere considerati beni mobili.

⁵⁷ Cfr. S. CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015, 252; L. STURZO, *Bitcoin e riciclaggio 2.0*, cit., 24.

⁵⁸ Non sia cioè moneta elettronica, secondo la definizione fornita dall'art. 1, comma 1, lett. h-ter) TUB «il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso per effettuare operazioni di pagamento come definite all'articolo 1, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, e che sia accettato da persone fisiche e giuridiche diverse dall'emittente».

Qualora, invece, la provvista sia costituita da moneta elettronica, l'interessato potrà convertirla in valuta virtuale tramite una piattaforma di scambio, effettuando un semplice bonifico bancario con indicazione delle coordinate dell'*account* del beneficiario.

Tanto nel primo quanto nel secondo caso, la prima fase del *cyberlaundering* (*placement stage*) si rivela particolarmente delicata, poiché i potenziali riciclatori debbono entrare in contatto con gli intermediari professionisti al fine di ottenere la conversione del provento delittuoso in circolante virtuale. Essendo questa la fase nella quale più facilmente si avvertono i segnali di allarme di possibili operazioni sospette, la scelta del Legislatore di imporre presidi antiriciclaggio in capo agli *exchange providers* appare sicuramente razionale.

La fase di *placement* non è però necessaria ogniqualevolta il provento del reato sia già disponibile in valuta virtuale, come nel caso in cui oggetto della ripulitura sia il prezzo pagato da terzi per l'acquisto di beni intrinsecamente illeciti sul *dark web* oppure il corrispettivo versato per liberare un sistema informatico da un *ransomware*. Si potrà configurare in questi casi un riciclaggio (totalmente) virtuale, caratterizzato dalla mancanza del *placement stage*. L'assenza di intermediari nella conversione pone un serio ostacolo all'emersione dei capitali illeciti e all'individuazione dei responsabili, rendendo questa forma di riciclaggio la più difficile da contrastare.

La fase di (*cyber-*) *layering* consiste nella movimentazione di valuta virtuale tra più indirizzi appartenenti allo stesso soggetto o a prestanome virtuali (*money mules*). Le transazioni in criptomoneta sono annotate sulla *blockchain* e associate all'indirizzo di portafoglio degli utenti. Pertanto, le movimentazioni in valuta virtuale, anche se anonime, sono in linea di principio perfettamente tracciabili.

Le operazioni che compongono la fase di *layering* possono inoltre contare sull'opera dei *mixers*, un tempo aventi un ruolo chiave nell'ecosistema delle valute virtuali e oggi soggetti, invece, alla concorrenza delle altre modalità di realizzazione della fase di *layering*⁵⁹. L'attività svolta da questi soggetti ha lo scopo di sofisticare il *digital trail*, in modo da rendere estremamente difficoltosa la ricostruzione delle tracce dei trasferimenti di valuta virtuale⁶⁰. Il funzionamento di un servizio di *mixing*, o *mixnet*, può essere descritto nei termini seguenti: un utente deposita un determinato ammontare di criptovaluta su uno o più conti di ingresso, per poi ritirare il denaro virtuale su conti di uscita preesistenti o appositamente creati.

Compito del *mixer* è evitare che l'ammontare di denaro depositato possa essere direttamente associato all'ammontare ritirato alla fine. Per l'assolvimento di tale compito, il *mixer* trattiene – quale corrispettivo della propria attività – una percentuale sul valore della transazione⁶¹.

⁵⁹ Tra i più noti servizi di *mixing* rinvenibili in rete meritano di essere menzionati *Bitlaunder*, *Easycoin*, *Sharedcoin* e *Bitcoin Laundry*.

⁶⁰ Per non lasciare tracce di attività "sospette", ed evitare quindi un passaggio di "denaro" diretto tra due portafogli digitali, si dovrebbe spezzare la concatenazione di trascrizioni sul "libro mastro" pubblico.

⁶¹ In argomento, 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*, cit., 11, secondo cui «il mixing è avvolto da un'aura tale di sospetto sull'impiego a fini criminosi (in particolare al fine di ostacolare l'identificazione della provenienza dei flussi di valuta virtuale), da poterla considerare in sé

I prestatori di servizi di *mixing* utilizzano generalmente quattro distinti conti: di ingresso, *bounce*, *pool*, di uscita⁶². Dapprima, l'utente deposita il denaro di provenienza delittuosa su conti di entrata, dove viene prelevato dal *mixer*. Quest'ultimo può frammentare il denaro di provenienza illecita e indirizzarlo verso diversi conti di rimbalzo (di qui la definizione *bounce*) ovvero destinare il denaro di più utenti a un unico conto (detto *pool*). Infine, il denaro, oggetto di molteplici transazioni intermedie, confluisce in un conto di uscita controllato dal fruitore del servizio⁶³.

Il ciclo si chiude con il rientro dei capitali ripuliti nel circuito dell'economia legale, nelle stesse forme tipiche del riciclaggio analogico ovvero senza abbandonare la dimensione dell'economia virtuale.

Il beneficiario delle transazioni potrà nuovamente convertire la valuta virtuale in moneta *fiat* tramite una piattaforma di scambio, inviare il denaro verso conti accesi in Paesi *off-shore* che garantiscano la massima segretezza bancaria o adottare procedure di *remote banking* al fine di trasferire su nuovi conti il denaro sporco; infine, il denaro sporco potrebbe essere impiegato anche per l'acquisto o la ricarica di *smart cards* prepagate⁶⁴.

Preme, infine, rilevare che alcune tecniche riciclatorie si distinguono per una peculiare artificiosità. Tra esse rientra il cosiddetto *loan back*. Trattasi di una particolare operazione con cui il riciclatore, con il pretesto di voler avviare un'attività produttiva o commerciale ovvero per rilevare un'azienda, contrae un prestito offrendo in garanzia i fondi virtuali di provenienza delittuosa. Dopo aver ottenuto il finanziamento, il riciclatore non adempie, tuttavia, le proprie obbligazioni nei confronti della banca, la quale procede, dunque, ad escutere la garanzia. In tal modo è lo stesso istituto creditizio a perfezionare, inconsapevolmente, la ripulitura del denaro di provenienza illecita⁶⁵.

Infine, poiché la maggior parte delle valute virtuali sono accettate come mezzo di pagamento da un crescente numero di operatori economici, il rientro nel circuito dell'economia lecita potrà realizzarsi anche senza la previa conversione in moneta avente corso legale, semplicemente acquistando beni o servizi.

Sarebbe, dunque, opportuno procedere all'imposizione e all'attivazione dei presidi antiriciclaggio in capo a tutti quei professionisti che, pur non svolgendo attività di cambiavalute virtuali, accettino a qualsiasi titolo pagamenti in valuta virtuale. È difatti lecito attendersi che, nel prossimo futuro, all'aumento del numero di utenti disposti ad

intrinsecamente illecita».

⁶² Così, O. CALZONE, *Servizi di mixing e Monero*, in *Gnosis*, 28 luglio 2017, 5.

⁶³ Tra le valute più utilizzate per il *mixing* si segnala *Monero*, che, garantendo ai suoi *users* un solido anonimato e la non tracciabilità delle operazioni, rappresenta l'infrastruttura migliore per l'erogazione di questo tipo di servizi.

⁶⁴ L'utilizzo di *smart cards* risulta particolarmente insidioso, in quanto il denaro può esservi immesso istantaneamente in molteplici modi: tramite operazioni telefoniche, da *e-wallets*, presso ATM, dall'*hard drive* di un computer ovvero mediante trasferimenti di denaro via *home banking*. Di recente, D.A. LESLIE, *Legal Principles for Combatting Cyberlaundering*, *Law, Governance and Technology Series*, cit., 71.

⁶⁵ E. SIMONCINI, *Il cyberlaundering: la «nuova frontiera» del riciclaggio*, cit., 903. Deve comunque rilevarsi come nel nostro ordinamento tale tecnica non potrebbe funzionare se non quando ricorrano ipotesi di patto marciano o di previo passaggio per la vendita coatta dei valori virtuali. L'acquisizione diretta della garanzia *sic et simpliciter* contravviene, infatti, al generale divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

accettare pagamenti in contante virtuale corrisponderà una riduzione della quantità di criptomoneta da riconvertire in moneta reale. Ciò farebbe cadere nel vuoto la disciplina preventiva disegnata dal Legislatore, rivolta ad oggi ai soli *exchangers* e *wallet providers*.

5. L'autoriciclaggio.

L'art. 3 della L. 15 dicembre 2014 n. 186 ha introdotto nel codice penale, all'art. 648-ter.1 c.p., il delitto di autoriciclaggio⁶⁶, facendo venir meno il c.d. "privilegio di autoriciclaggio"⁶⁷. Prima della riforma, i fatti di riciclaggio realizzati dallo stesso autore del reato presupposto integravano un mero *post factum* non punibile, figurando come uno sviluppo logicamente naturale e prevedibile della prima azione delittuosa, se non addirittura come una peculiare manifestazione di esercizio del diritto di difesa da parte del reo⁶⁸. La modifica legislativa ha inoltre inciso sulla disciplina di cui al D.Lgs. 231/2001, introducendo il delitto di autoriciclaggio nel *numerus clausus* dei reati presupposto della responsabilità degli enti⁶⁹.

L'autoriciclaggio consiste nell'immissione nel circuito dell'economia legale da parte dell'autore (o del concorrente) di un delitto non colposo dei proventi derivanti dalla propria precedente condotta criminosa, in modo da ostacolarne concretamente la tracciabilità⁷⁰.

Oltre al patrimonio e all'amministrazione della giustizia, la norma è posta a presidio della libera concorrenza nel mercato, la quale rischia di essere falsata

⁶⁶ «Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa [...]».

⁶⁷ P. CORSO, *Il declino di un "privilegio": l'autoriciclaggio (anche da reato tributario) ha rilievo penale autonomo*, in *Corr. trib.*, 2015, 3, 159 ss.; S. SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 12, 1631 ss.

⁶⁸ *Ex multis*, A. R. CASTALDO – M. NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova, 2010, 92 ss.; S. SEMINARA, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 2, 236; V. MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 1-2, 75 ss.; R. BRICCHETTI, *Riciclaggio e autoriciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2, 684 ss.

⁶⁹ La Legge n. 186/2014 ha modificato l'art. 25-octies del D.Lgs. 231/200. Il nuovo testo recita: «In relazione ai reati di cui agli articoli 648, 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 200 a 800 quote. Nel caso in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengano da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni si applica la sanzione pecuniaria da 400 a 1000 quote». In argomento, G. GAREGNANI – G. GALLI – L. TROYER, *Brevi note sull'introduzione del nuovo delitto di autoriciclaggio nel novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa da reato di cui al D. Lgs. 231/01*, in *Riv. dottori comm.*, 2015, 3, 467 ss.; G. STILE, *Profili problematici della responsabilità dell'ente da riciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 3, 105 ss.; A. ROSSI, *Autoriciclaggio e responsabilità degli enti da reato*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2017, 2, 492 ss.

⁷⁰ E. BASILE, *L'autoriciclaggio nel sistema penalistico di contrasto al "money laundering" e il nodo gordiano del concorso di persone*, in *Cass. pen.*, 2017, 3, 1277 ss.

dall'impiego di capitali di provenienza illecita da parte di alcuni attori economici. Sebbene la norma esordisca con il termine "chiunque", l'autoriciclaggio è un reato proprio, in quanto il soggetto attivo deve essere individuato *per relationem* rispetto alla previa commissione di un delitto presupposto non colposo⁷¹.

Per quel che riguarda le condotte esecutive, la *littera legis* sembra essere il risultato della fusione della fattispecie di riciclaggio di cui all'art. 648-bis c.p. con quella di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, *ex art.* 648-ter c.p.⁷²

A caratterizzare la condotta autoriciclatoria, secondo l'attenta analisi effettuata in dottrina⁷³, sono le tre fasi già individuate in sede di trattazione del riciclaggio: *placement*, *layering* e *integration*. L'ultima fase della condotta autoriciclatoria deve, però, assumere la forma di destinazione del provento illecito ad «attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative»⁷⁴ e deve essere non astrattamente, bensì concretamente idonea ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dell'oggetto materiale.

Prima di entrare nel merito della questione relativa all'utilizzo delle valute virtuali come strumento di *self-laundering*, è opportuno premettere brevi cenni su uno dei profili più problematici della materia: il concorso di persone nel reato⁷⁵.

Subito dopo l'entrata in vigore della riforma del 2014, la dottrina si è interrogata sulla possibilità di ravvisare nel fatto dell'*extraneus* che fornisca un contributo concorsuale alla condotta autoriciclatoria dell'autore del delitto presupposto un concorso in autoriciclaggio ovvero la più grave fattispecie di riciclaggio.

La questione è stata infine oggetto di una sentenza⁷⁶ della Seconda sezione Penale della Corte di Cassazione nella quale i giudici di legittimità, chiamati a definire l'ambito applicativo delle fattispecie di riciclaggio e autoriciclaggio, muovendo dalla *ratio* sottesa

⁷¹ A. GULLO, [Realizzazione plurisoggettiva dell'autoriciclaggio: la Cassazione opta per la differenziazione dei titoli di reato](#), in *Dir. pen. cont.*, 6/2018, 262 ss.; V. CITRARO, *Il delitto di autoriciclaggio, art. 648-ter. 1 c.p.*, in *De Iure Criminalibus*, 8 marzo 2016.

⁷² M. LANZI, *La difficile individuazione di limiti applicativi all'autoriciclaggio: il bene giuridico, il tempo e l'oggetto*, in *L'Indice penale*, 2017, 2, 506 ss.

⁷³ A. GULLO, [Autoriciclaggio. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016"](#), in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2015; A. D'AVIRRO – M. GIGLIOLI, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 2, 135 ss.; S. CAVALLINI – L. TROYER, [Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del vicino ingombrante](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, 95 ss.; L. VITALE, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2018, 1, 13 ss.

⁷⁴ Le attività economiche e imprenditoriali, come si ricava dagli artt. 2082 c.c. (Imprenditore), 2135 c.c. (Imprenditore agricolo), 2195 c.c. (Imprenditori soggetti a registrazione), ricomprendono non soltanto le attività produttive in senso stretto, dirette alla produzione di beni o servizi, ma anche quelle di scambio e distribuzione dei beni nel mercato del consumo, nonché ogni altra attività che possa rientrare in una di quelle previste dalle summenzionate norme civilistiche. Cfr. A. GULLO, *Autoriciclaggio*, cit.; Id, *Il delitto di autoriciclaggio al banco di prova della prassi: i primi (rassicuranti) chiarimenti della Cassazione. Nota a Cass. sez. II pen. 28 luglio 2016, n. 33074*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 4, 483 ss. Di recente anche A. M. DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, Torino, 2017, 180.

⁷⁵ Sul tema, *ex multis*, D. BRUNELLI, *Autoriciclaggio: profili del concorso di persone*, in E. Mezzetti – D. Piva (a cura di), *Punire l'autoriciclaggio: come, quando e perché*, Torino, 2016, 19 ss.

⁷⁶ Cass. Pen., Sez. II, 17 gennaio 2018, n. 17235 con nota di A. GULLO, *Realizzazione plurisoggettiva dell'autoriciclaggio: la Cassazione opta per la differenziazione dei titoli di reato*, cit.

all'introduzione dell'art. 648-ter. 1 c.p. nell'ordinamento giuridico italiano e richiamando alcune preesistenti ipotesi codicistiche di diversificazione del titolo di reato rispetto a condotte concorrenti (tra cui, ad esempio, il delitto di evasione e quello di procurata evasione, di cui agli artt. 385 e 386 c.p.), hanno escluso che nel fatto dell'*extraneus* che ponga in essere la condotta tipica di autoriciclaggio ovvero contribuisca alla realizzazione della stessa da parte dell'*intraneus* sia ravvisabile un concorso nel reato di autoriciclaggio. In tale ipotesi, dunque, mentre l'*intraneus* risponderà di autoriciclaggio, la condotta dell'*extraneus* non potrà che essere ricondotta alla più grave fattispecie riciclatoria prevista e punita dall'art. 648-bis c.p.

5.1. Il cyber self-laundering.

L'introduzione dell'art. 648-ter.1 nel codice penale stigmatizza anche quelle condotte di ripulitura del denaro commesse nel *cyberspazio*. Poiché il riciclaggio digitale, specie nella sua forma più evoluta – quella integralmente digitale – presenta dei vantaggi notevoli rispetto al riciclaggio analogico, è ragionevole ritenere che le reti telematiche costituiscano oggi il luogo preferito dai criminali per il lavaggio del denaro sporco⁷⁷.

A tal fine, non occorre che l'agente disponga di conoscenze tecnico-informatiche particolarmente raffinate né che sia in contatto con una rete criminale che si occupi dei passaggi intermedi del denaro. Infatti, nello scenario digitale, l'autore del delitto presupposto può agevolmente agire in totale autonomia, accendendo conti presso istituti di moneta elettronica, scommettendo *on-line*, convertendo il denaro in valuta virtuale, creando *fake accounts* su diverse piattaforme di scambio, generando plurimi indirizzi di transazione per rimbalzare il denaro e così via.

L'attività di terzi soggetti diviene così un fattore occasionale, certamente non necessario per la dispersione dei proventi illeciti nei meandri dello spazio virtuale. Prima dell'intervento del legislatore, la clausola di riserva contenuta in apertura delle disposizioni degli artt. 648-bis e 648-ter c.p. escludeva la rilevanza penale della condotta di chi, dopo aver commesso un delitto non colposo, avesse adottato in prima persona espedienti dissimulativi – anche di tipo informatico o telematico – per far perdere le tracce dei proventi del reato. La recente scelta legislativa di sanzionare tali condotte è senz'altro opportuna, considerando che lo spazio virtuale ha tutte le caratteristiche per diventare il principale terreno di applicazione del delitto di autoriciclaggio.

Occorre precisare che nella prassi, nel caso in cui oggetto materiale della condotta sia il denaro (*self-cyberlaundering* strumentale), l'autore del reato presupposto potrebbe

⁷⁷ L'enorme cifra nera che avvolge il fenomeno del riciclaggio non permette però di conoscere con certezza quale sia la reale dimensione della *underground economy*. In Italia non risulta edita alcuna statistica precisa; gli unici studi disponibili sono basati su approssimazioni e mere congetture secondo cui i capitali illeciti oggetto di riciclaggio raggiungerebbero addirittura il 12% del PIL. Cfr. A. M. TARANTOLA, *Dimensioni delle attività criminali, costi per l'economia, effetti della crisi economica*, audizione del 6 giugno 2012, 5, disponibile sul sito del Senato.

scambiare moneta *fiat* sul mercato virtuale ricevendo in cambio criptovalute⁷⁸. Qualora, invece, il provento criminoso sia già disponibile in *token* di valuta virtuale, le condotte riciclatorie sarebbero ancor più agevolate, non essendovi la necessità di passare per la conversione del denaro e, quindi, per i presidi antiriciclaggio posti in capo ai fornitori dei servizi di *exchange*.

Ebbene, posto che l'autoriciclaggio è destinato a divenire la regola e il riciclaggio l'eccezione, occorre chiedersi se le operazioni poste in essere tramite valute virtuali possano essere ricondotte alla definizione normativa di cui all'art. 648-ter.1 c.p., con particolare riguardo alla destinazione dei proventi delittuosi («attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative»).

Grazie all'elasticità della formulazione della fattispecie di cui all'art. 648-ter.1 c.p., è ben possibile ricondurre ad essa, *sub specie* di impiego di proventi delittuosi in attività economiche e finanziarie, le operazioni di pagamento, trasferimento o scambio che abbiano ad oggetto valute virtuali⁷⁹.

A conclusioni solo parzialmente dissimili pare doversi pervenire qualora l'autore di un delitto non colposo utilizzi le valute reali che ne siano il provento per acquistare *virtual currencies*. Anche tale condotta, infatti, sembra integrare il delitto di autoriciclaggio, ma a venire in rilievo in tal caso, quale destinazione tipica ex art. 648-ter.1 c.p., non sembrerebbe essere un'attività economica o finanziaria, bensì speculativa.

Tale assunto si basa su due diverse considerazioni.

In primo luogo, la recente modifica dell'art. 1, comma 2, lett. qq) del D. Lgs. 231/2007 da parte del D. Lgs. 125/2019 ha formalizzato la duplice natura delle valute virtuali, riconducendole non solo a mezzi di scambio per l'acquisto di beni o servizi, ma anche a strumenti di investimento.

In secondo luogo, una recente pronuncia della Corte di cassazione (inerente ad un caso di impiego, da parte dell'autore del *predicate crime*, del denaro di provenienza delittuosa nel settore dei giochi e delle scommesse) ha riconosciuto alla nozione di "attività speculativa" un'ampiezza tale da ricomprendere tutte quelle attività caratterizzate dalla "assunzione di posizioni in base ad aspettative sull'andamento futuro di una o più variabili aleatorie"⁸⁰.

Pertanto, premesso che l'acquisto di valute virtuali costituisce (anche) una forma di investimento e che esse sono caratterizzate da rilevante volatilità, ci sembra che l'utilizzo di *fiat money* di origine criminosa per l'ottenimento di valute virtuali sia astrattamente riconducibile a un'ipotesi di impiego di proventi delittuosi in attività speculative ex art. 648-ter.1 c.p.

Il terreno risulta comunque scivoloso, non potendosi negare il rischio di andare oltre il dettato normativo, cadendo in un'applicazione analogica *in malam partem* della norma⁸¹.

⁷⁸ F. DI VIZIO, *Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti*, cit., 39.

⁷⁹ L. PICOTTI, *Profili penali del cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio*, cit., 608-609.

⁸⁰ Cass. Pen., Sez. II, 7 marzo 2019, n. 13795.

⁸¹ Sulla necessità di un'interpretazione restrittiva del concetto di "attività speculativa" si veda Cass. Pen., Sez. II, 13 dicembre 2018, n. 9751.

La questione della tipicità degli impieghi è piuttosto spinosa. Si potrebbe, ad esempio, sostenere che la norma di cui all'art. 648-ter. 1 c.p. sia deputata a "schermare" il solo sistema finanziario reale da infiltrazioni criminose e che, pertanto, le condotte autoriciclatorie che rimangano confinate nella realtà virtuale non siano ricomprese nell'ambito operativo della disposizione. Tuttavia, tale interpretazione della norma si porrebbe in contrasto con la *voluntas legis* sottesa alla riforma del 2014, riconducibile al consolidamento di una generale tutela, oltre che del patrimonio, anche della concorrenza nel mercato (incluso quello dei valori mobiliari) e dell'amministrazione della giustizia.

5.2. La responsabilità per riciclaggio di exchangers, wallet providers, mixers e miners.

Appurato che le condotte dell'autore del *predicate crime* consistenti nell'acquisto, nella conversione e nel trasferimento di criptovaluta sono agevolmente riconducibili alla fattispecie tipica di cui all'art. 648-ter.1 c.p., occorre chiedersi di quale reato possano essere chiamati a rispondere quanti si trovino a concorrere con l'*intraneus*, agevolando le operazioni di conversione e conservazione (*exchangers* e *wallet providers*), convalidando le transazioni (*miners*) o facendo perdere le tracce delle stesse (*mixers*).

A tal fine, è necessario soffermarsi dapprima sull'attività svolta da tali soggetti.

Mentre i *wallet providers* consentono agli utenti di custodire in rete le chiavi crittografiche necessarie per effettuare transazioni in valute virtuali, gli *exchange providers*, operando come intermediari finanziari *sui generis*, forniscono agli *users* servizi di cambio tra valute virtuali e valute reali (e viceversa)⁸². La maggior parte delle piattaforme di *exchange* offre un servizio meramente prodromico al *trading* valutario vero e proprio (*trading indiretto*), limitandosi a mettere a disposizione degli utenti valute virtuali⁸³.

I *miners*, costituendo di fatto una rete di *computer* privati con elevata potenza di calcolo (*mining rigs*), contribuiscono, mediante la risoluzione di complessi calcoli matematici finalizzati alla convalida di diverse transazioni, alla creazione e all'emissione di nuovo circolante virtuale.

I prestatori di servizi di *mixing*, infine, consentono agli utenti del sistema *blockchain* che effettuino transazioni di nascondere le tracce, spezzando l'ordinato concatenarsi delle operazioni⁸⁴.

Sulla base dell'orientamento giurisprudenziale di legittimità precedentemente richiamato⁸⁵, data l'indubbia incidenza causale dell'attività prestata da *miners*, *mixers*, *exchangers* e *wallet providers* nella perpetrazione del reato di autoriciclaggio da parte

⁸² F. DI VIZIO, *Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti*, cit., 37; 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*, cit., 10.

⁸³ Al fine di poter soddisfare la massiccia domanda di valute virtuali, gli *exchangers* operano sul mercato alla costante ricerca di vantaggiose occasioni di acquisto di valuta virtuale ovvero autoproducono tale valuta mediante l'attività di *mining*.

⁸⁴ F. DI VIZIO, *Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti*, cit., 38.

⁸⁵ Cass. Pen., Sez. II, 17 gennaio 2018, n. 17235.

dell'autore del *predicate crime*, questi potrebbero essere chiamati a rispondere del delitto di riciclaggio, purché sia integrato l'elemento soggettivo richiesto dalla norma incriminatrice.

A tal riguardo, in dottrina è stata avanzata la tesi della sistematica configurabilità in capo a tali soggetti del dolo, quantomeno nella forma eventuale: l'opacità e l'anonimato del mercato delle valute virtuali sarebbero elementi sintomatici di una presunzione dell'origine delittuosa dei fondi e dell'accettazione, da parte dei soggetti in esame, del rischio di agevolare la condotta auto-riciclatoria dell'autore del *predicate crime*⁸⁶.

Tuttavia, la tesi del dolo eventuale "presunto" non ci convince pienamente. L'imputazione del fatto a titolo di dolo eventuale dovrebbe, infatti, rifuggire da automatismi di sorta e seguire le cadenze di accertamento delineate dalla giurisprudenza di legittimità a proposito del delitto di ricettazione⁸⁷. Pertanto, l'elemento volitivo del dolo eventuale dovrà resistere al sillogismo logico, secondo il quale l'operatore che ha prestato il servizio avrebbe convertito o trasferito valute virtuali, anche se avesse avuto la certezza della provenienza illecita della provvista.

Riteniamo che, in ragione della peculiare attività svolta dai *mixers*, nei confronti di tali soggetti sia tendenzialmente agevole raggiungere la prova del dolo, quantomeno nella forma eventuale. Infatti, poiché il *mixing* assolve la funzione di ostacolare la ricostruzione del reticolo di transazioni in valute virtuali, pur non potendosi escludere, in astratto, che gli utenti della rete ricorrano ai *mixers* perseguendo scopi leciti⁸⁸, ci sembra che, in concreto e di regola, il ricorso al servizio offerto da questi ultimi si inserisca nel contesto della realizzazione di piani criminosi, in particolare riciclatori.

A conclusioni ben differenti pare si debba, invece, pervenire rispetto all'attività svolta da *miners*, *wallet providers* ed *exchangers*.

Poiché i *miners* convalidano le transazioni in modo del tutto casuale attraverso la soluzione di complessi problemi matematici, sicché non potrebbero scegliere su quali transazioni intervenire (quand'anche un minatore stringa accordi per validare una o più transazioni illecite, sarebbe assai improbabile che quest'ultime gli vengano concretamente attribuite) né prevedere *ex ante* quali transazioni saranno processate dai loro computer⁸⁹, sembra che la prova del dolo (anche in forma eventuale) dei *miners* sia

⁸⁶ Sulla rilevanza penale delle condotte dei *virtual currency exchangers*, si veda G. P. ACCINNI, *Profili di rilevanza penale delle criptovalute (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, cit., 27. Con specifico riguardo a *miners* e *mixers*, L. STURZO, *Bitcoin e riciclaggio 2.0*, cit., 24.

⁸⁷ Il riferimento è in particolare alla nota pronuncia delle Sezioni Unite sulla compatibilità del dolo eventuale con il delitto di ricettazione: Cass. Pen., Sez. Un., 26.11.2009, n. 12433, *Nocera*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2010, con nota di G. ABBADESSA, [Ricettazione e dolo eventuale](#).

⁸⁸ Si pensi al caso di un soggetto che, dopo aver reso pubblica la corrispondenza di un determinato indirizzo alla propria persona, intenda effettuare un'ingente donazione ad un terzo, volendosi però assicurare (per ragioni di privacy o semplicemente di opportunità o convenienza) che questa non possa essere a lui attribuita.

⁸⁹ In realtà esistono alcune infrastrutture che permettono un'indicizzazione delle transazioni da parte dei *miners* per predeterminare a quali sarà data la precedenza. Il sistema Ethereum utilizza, ad esempio, il *gas price* (costo di transazione massimo che l'utente è disposto a pagare) per stabilire la priorità delle operazioni da validare. Anche in questo caso però l'attribuzione ai vari nodi avviene in modo del tutto casuale.

alquanto ardua, se non, di fatto, impossibile. La responsabilità del *miner* per riciclaggio parrebbe, invero, configurabile solo nel (remoto) caso in cui un minatore controlli la totalità o un'ampia maggioranza dei nodi della rete e, nella consapevolezza della provenienza delittuosa della provvista virtuale che costituisca l'oggetto di una determinata transazione, decida di validarla.

Exchangers e *wallet providers* si trovano, infine, in una posizione intermedia: essendo indiscutibile che il servizio – di per sé certamente lecito – da essi offerto possa agevolare, di fatto, l'eventuale condotta autoriciclatoria dell'autore del *predicate crime*, occorre rilevare che, perché possano essere chiamati a rispondere *ex art. 648-bis c.p.*, è necessario che venga accertata processualmente, caso per caso (con una difficoltà certamente ridotta rispetto a quella che connota l'accertamento dell'elemento soggettivo in capo ai *miners*), la sussistenza del dolo tipico, quantomeno nella forma eventuale⁹⁰.

6. Normativa antiriciclaggio e valute virtuali. Esperienze regolatorie a confronto.

Come è stato prontamente rilevato dalla dottrina, le esperienze regolatorie d'oltreconfine dimostrano una progressiva presa di coscienza dei legislatori nazionali nell'affrontare la dilagante diffusione delle valute virtuali⁹¹.

Prendendo le mosse dalla realtà degli Stati Uniti⁹², occorre rilevare che nel 2012 il *Federal Bureau of Investigation* (FBI), manifestando per la prima volta interesse rispetto alla possibile deriva criminosa delle operazioni in criptovaluta, ha pubblicato un documento intitolato «*Bitcoin Virtual Currency: FBI Intelligence Unique Features Present Distinct Challenges for Deterring Illicit Activity*», dove non solo vengono analizzati tutti i profili di rischio legati all'uso delle valute virtuali, ma sono anche evidenziate in modo chiaro le debolezze legate all'assenza di un'Autorità centrale di riferimento nel sistema Bitcoin⁹³ (il riferimento è, tra l'altro, all'impossibilità di identificare e localizzare con

⁹⁰ Secondo G. P. ACCINNI, [Cybersecurity e criptovalute. Profili di rilevanza penale dopo la Quinta Direttiva](#), in questa *Rivista*, 2020, 5, 229, «il pericolo di riciclaggio (o di altro reato) e la correlata conoscenza da parte dell'intermediario sarà tanto più elevato quanto maggiore risulti il livello di anonimato garantito dalla valuta virtuale utilizzata: in base ai principi del *risk based approach* (che permea altresì le Direttive AML), tale livello sarà più basso per gli strumenti più diffusi, quali *BitCoin* o *Ethereum*, mentre sarà massimo per valute a diffusione locale, presenti solo su alcune piattaforme e in mano a pochi investitori di dubbia identità».

In extremis, si rileva che il recente assoggettamento di *exchangers* e *wallet providers* agli obblighi di cui al D. Lgs. 231/2007 ha riaperto il dibattito inerente alla possibilità di considerare i soggetti sottoposti agli obblighi antiriciclaggio titolari di una posizione di garanzia, come tali potenzialmente esposti a contestazioni di concorso omissivo nei reati di riciclaggio che vengano eventualmente realizzati dagli *users* mediante impiego di *virtual currencies*. Per un'analisi di carattere generale della questione, R. ACQUAROLI, *Il riciclaggio*, in F. Palazzo – C. E. Paliero (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. VII, Torino, 2011, 805 ss.

⁹¹ 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*, cit., 19.

⁹² Per un'analisi delle prime esperienze regolatorie del *cyberlaundering*, T. EHRLICH, *To Regulate or Not? Managing the Risks of E-Money and Its Potential Application in Money Laundering Schemes*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 1998, 11, 833 ss.

⁹³ Dalla lettura del documento *de quo* si evince che, sebbene l'FBI ritenesse assai probabile che le criptovalute fossero impiegate a fini riciclatori, a preoccuparlo maggiormente era, tuttavia, il rischio di finanziamento

esattezza i nodi della rete, all'assenza di punti di riferimento certi che colleghino le transazioni in valuta virtuale al mondo reale e alla notevole difficoltà di risalire alla fonte di provenienza delle criptovalute che siano oggetto di scambio nella rete⁹⁴).

Sulla scia del crescente interesse delle Autorità nei confronti del sistema Bitcoin, nel 2013 il *Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN)* ha pubblicato a sua volta delle linee guida concernenti l'uso delle valute virtuali. Nel documento citato il *FinCEN* prende posizione su due distinte questioni: in primo luogo, equipara le criptovalute a *fiat money* e, in secondo luogo, evidenzia la necessità di imporre anche a quanti operino nel mercato delle criptovalute l'obbligo di procedere con la segnalazione di operazioni sospette ogniqualvolta riscontrino segnali di allarme indicativi del rischio che l'*e-cash* venga utilizzato a fini riciclatori⁹⁵.

Contrariamente alle attese, però, la strada tracciata dal *FinCEN* non ha trovato pieno consenso tra le autorità statunitensi. Infatti, nel 2014 l'*Internal Revenue Service (IRS)* ha elaborato una *Virtual Currency Guidance*⁹⁶ nella quale le *cryptocurrencies* non solo non vengono espressamente equiparate a *fiat money*, ma sono ricondotte ad una forma di *property*, invece che ad una specie di valuta.

Una notevole incertezza sulla riconducibilità delle criptovalute alla categoria degli strumenti di pagamento ovvero delle forme di proprietà è riscontrabile anche in ambito giurisprudenziale. Basti considerare, a titolo esemplificativo, la pronuncia con cui la Corte distrettuale di New York ha ritenuto applicabili alle criptovalute gli obblighi di registrazione legati ai *money transmitting businesses* e la sentenza con cui la Corte distrettuale di Miami ha, invece, sostenuto che le criptovalute debbano essere ricondotte alla categoria di *property*⁹⁷.

La principale causa di indeterminatezza è ravvisabile nel fatto che il Governo federale degli Stati Uniti sino ad ora non ha esercitato la propria prerogativa costituzionale di regolamentare il mercato valutario virtuale, rimettendo alla piena discrezionalità degli Stati la disciplina del fenomeno.

Tra le varie esperienze nazionali statunitensi merita di essere menzionata in particolare quella dello Stato di New York. Approvando nel 2014 il cosiddetto *BitLicense Regulatory Framework*, è stato, infatti, il primo Stato a intervenire in modo diretto nel mercato *cybervalutario*, fissando *standard* minimi di sicurezza per operare nel settore

del terrorismo e di furto di fondi in *e-cash*.

⁹⁴ Le criticità qui evidenziate rappresentano le caratteristiche che rendono il sistema Bitcoin la soluzione migliore per l'autofinanziamento della propria attività da parte delle organizzazioni terroristiche. Per un'analisi del pericoloso rapporto tra terrorismo e criptovalute si rinvia a 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 *Information & Communications Technology Law*, 20, 2011, 133 ss.

⁹⁵ Vd. [sito della FINCEF](#).

⁹⁶ Vd. [sito dell'IRS](#).

⁹⁷ Secondo Teresa Mary Pooler, giudice procedente nel caso *de quo*, «*The Florida Legislature may choose to adopt statutes regulating virtual currency in the future,*» she wrote (...) *At this time, however, attempting to fit the sale of bitcoin into a statutory scheme regulating money services businesses is like fitting square peg in a round hole (...) This court is not an expert in economics, however, it is very clear, even to someone with limited knowledge in the area, that bitcoin has a long way to go before it is the equivalent of money.*

delle criptovalute e introducendo, a fini antiriciclaggio, specifici obblighi di *disclosure* a carico delle società autorizzate ad operare in *virtual currencies*⁹⁸.

Non è un caso che i primi tasselli del *regulatory framework* statunitense siano stati posizionati tra il 2012 e il 2014: trattasi, infatti, dell'arco temporale di emersione di due dei più importanti casi di indebito utilizzo di criptovalute negli Stati Uniti. Il riferimento è, in particolare, ai procedimenti *Liberty Reserve* e *Silk Road* concernenti, rispettivamente, fatti di *cyberlaundering* parziale e integrale⁹⁹.

Il primo dei casi citati riguarda l'emersione, a seguito di una complessa indagine svolta dal Dipartimento di Giustizia statunitense a carico della società costaricana *Liberty Reserve*, di una consolidata prassi di sfruttamento illecito della piattaforma *online* da essa amministrata - e della valuta virtuale ivi scambiata (il cosiddetto "*Liberty Dollar*"¹⁰⁰) - da parte di associazioni criminali, al fine di riciclare proventi delittuosi. In particolare, ad avvalersi, con la complicità della società *Liberty Reserve*, dell'anonimato e della non tracciabilità delle transazioni sulla piattaforma erano *de facto* tanto criminali informatici quanto narcotrafficienti o autori di reati di pedopornografia¹⁰¹.

Il secondo caso menzionato (divenuto, per la significatività dei numeri che lo caratterizzano¹⁰², *leading case* in materia di *cyberlaundering* integrale) ha, invece, ad oggetto l'indagine condotta dal Dipartimento di Giustizia statunitense a carico del sito internet *Silk Road*, attivo nel *darkweb* e strutturato in modo da consentire agli *users* di creare e utilizzare *e-wallets* ove far confluire i Bitcoin necessari per sostenere transazioni *online* aventi ad oggetto armi, droga, materiale pedopornografico o dati personali illecitamente carpiri.

Mettendo a disposizione degli *users* servizi di *mixing*, *Silk Road* consentiva alle parti delle transazioni virtuali illecite di assicurarsi, grazie all'anonimato garantito dal

⁹⁸ Nell'ambito dell'esperienza statunitense in materia di circolazione delle valute virtuali un ruolo fondamentale è rivestito dal c.d. *BitLicense*, approvato dal Dipartimento dei servizi finanziari dello Stato di New York nel 2014. Sul punto si rinvia a 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*, cit., 20, secondo cui «il provvedimento detta disposizioni sulla protezione dell'utente/consumatore, reca misure contro il riciclaggio e fissa gli *standards* minimi di cybersecurity per la gestione di servizi connessi all'utilizzo di valuta virtuale. Per ottenere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività è necessario che l'istante sia in possesso di requisiti patrimoniali minimi atti a garantirne la stabilità finanziaria. Tra i soggetti obbligati figurano i professionisti dell'intermediazione sul VCs market che svolgono attività di *financial brokering* o altre attività connesse; restano invece esclusi gli operatori professionali che "estraggono" valuta virtuale alimentando la potenza di calcolo della *blockchain* (attività di *mining*) e le persone fisiche che acquistano valuta virtuale ai fini meramente speculativi. Le società autorizzate sono tenute a precisi obblighi di disclosure nei confronti delle Autorità di vigilanza, nonché di informazione ai clienti sui rischi connessi all'utilizzo delle valute virtuali».

⁹⁹ *Supra* § 4.1.

¹⁰⁰ Trattandosi di moneta scambiata su una piattaforma digitale facente capo alla società *Liberty Reserve*, il *Liberty Dollar* era, al contrario di Bitcoin, una valuta centralizzata.

¹⁰¹ Il rilievo del caso *Liberty Reserve*, nonché la pericolosità del fenomeno criminoso ad esso sotteso, sono facilmente evincibili dal commento di Richard Weber, capo della divisione investigativa dell'Internal Revenue Service, sulla vicenda: "*If Al Capone were alive today, this is how he would be hiding his money*".

¹⁰² Le indagini dei Procuratori federali hanno rivelato che *Silk Road*, potendo contare su circa centomila *users*, aveva ricavi di oltre ottanta milioni di dollari di ricavi annuali.

sistema, ingenti profitti, agevolando di fatto la conversione dei Bitcoin di provenienza delittuosa in valuta avente corso reale¹⁰³.

A nord degli Stati Uniti, il sistema canadese si è mostrato immediatamente favorevole alla circolazione all'interno dei propri confini delle valute virtuali, pur non riconoscendole come monete aventi corso legale. A carico delle società che intendano operare nel mercato *cyber*valutario è previsto unicamente l'obbligo di conformarsi alla normativa antiriciclaggio del Paese.

Il Giappone è stato il primo Stato a disciplinare le valute virtuali come strumenti di pagamento, includendole nella relativa categoria in sede di riforma del *Payment Services Act*¹⁰⁴. La riforma della normativa *de qua* ha offerto alle valute virtuali una *chance* di sopravvivenza nel Paese, nonostante un'iniziale perdita di fiducia legata allo scandalo che aveva investito la società *MtGox* per un caso di frode e furto di quattrocentocinquanta milioni di dollari in *Bitcoin*¹⁰⁵.

Nella vicina Cina, dal 2017 il ricorso a valute virtuali è, in via generale, vietato¹⁰⁶. Di recente, tuttavia, è stato reso pubblico il programma governativo di creazione e sperimentazione di una versione digitale dello yuan che sarà emessa direttamente dalla Banca centrale e avrà corso legale¹⁰⁷. In molti temono che l'e-yuan, finora oggetto di un progetto-pilota sviluppato nelle città di Shenzhen e Chengdu, «possa diventare uno strumento di sorveglianza e controllo, dal momento che le autorità saranno in grado di tracciare e monitorare i flussi finanziari in tempo reale, accumulando dati sulle transazioni e quindi acquisendo opportunità di sorveglianza senza precedenti. Allo stesso tempo, lo yuan digitale potrebbe offrire alla Cina la possibilità di creare una rete di pagamenti internazionali alternativa a quella controllata dalle banche americane e europee. Paesi che sono sotto sanzioni americane e europee – per esempio la Russia – sono già entrati nell'orbita dello yuan e si teme che lo yuan digitale favorirebbe questa tendenza»¹⁰⁸.

¹⁰³ Per un'analisi completa delle vicende giudiziarie legate alla *Liberty Reserve* e a *Silk Road*, G. P. ACCINNI, *Profili di rilevanza penale delle criptovalute (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, cit., 14 ss.

¹⁰⁴ C. WILSON, *Cryptocurrencies: the future of Finance?*, in F.T. Yu – D. S. Kwan (a cura di), *Contemporary Issues in International Political Economy*, Singapore, 2019, 375; C. BROWN – T. DOLAN – K. BUTLER, *Cryptoassets and initial coin offerings*, in J. Madir (a cura di), *Fintech. Law and Regulation*, Cheltenham-Northampton, 2019, 98.

¹⁰⁵ 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*, cit., 20, secondo cui, dopo la riforma del *Payment Services Act* «il mercato ha reagito in modo molto positivo, segnando un aumento del coefficiente di capitalizzazione e del numero di transazioni in valuta virtuale da e verso il Giappone».

¹⁰⁶ M. P. DE LA CUESTA DE LOS MOZOS – E. SEDANO VARO, *On Regulatory Experimentalism in European Private Law: The Legal Laboratory of Food and Finance*, in L. De Almeida – M. Cantero Gamito – M. Durovic – K. P. Purnhagen (a cura di), *The Transformation of Economic Law. Essays in Honour of Hans-W. Micklitz*, Oxford, 2019, 243.

¹⁰⁷ Come evidente, tale *digital currency* risponde ad una logica opposta a quella perseguita da Satoshi Nakamoto, essendo emessa e, di fatto, controllata dalla Banca centrale cinese.

¹⁰⁸ P. SUBACCHI, *Perché lo yuan digitale non è una sfida alla supremazia del dollaro*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 gennaio 2021.

In Europa, meritano di essere menzionate la disciplina tedesca e quella francese: mentre, in base alla prima, le criptovalute debbono essere considerate strumenti finanziari, la seconda le qualifica come mere *commodities*¹⁰⁹.

Infine, uno sguardo alla realtà mediorientale permette di rendersi conto del differente approccio adottato nei confronti delle valute virtuali da Iran, Iraq e Turchia, da un lato, Afghanistan, Pakistan ed Egitto, dall'altro. Mentre i primi Paesi si sono dotati di mercati legali di *Bitcoin*, i secondi hanno introdotto diversi ostacoli normativi al *trading* valutario in *e-cash*¹¹⁰.

L'Arabia Saudita ha optato per una politica intermedia, vietando le transazioni in criptovaluta, ma, allo stesso tempo, intraprendendo con gli Emirati Arabi Uniti un progetto finalizzato alla creazione di una criptovaluta interstatale destinata ad essere utilizzata per le transazioni internazionali¹¹¹.

7. Considerazioni conclusive.

Benché il rafforzamento delle misure antiriciclaggio a livello nazionale ed europeo costituisca una prima forma di cinta daziaria¹¹² volta a proteggere il sistema finanziario reale da qualsiasi tentativo di inquinamento, le misure di recente introduzione appaiono inidonee a scongiurare la strumentalizzazione, a fini criminosi, del mercato valutario virtuale.

Come rilevato, il legislatore italiano è intervenuto in materia di *cyberlaundering* dapprima con il D. Lgs. 90/2017 e, in seguito, con il D. Lgs. 125/2019, in parte anticipando e in parte recependo le previsioni di cui alla quarta e alla quinta Direttiva antiriciclaggio. All'esito degli interventi di riforma, il *corpus* normativo costituito dal D. Lgs. 231/2007 si è arricchito non solo di una espressa definizione di "valuta virtuale", ma anche di nuovi soggetti vincolati dagli obblighi antiriciclaggio, stante l'introduzione di *exchangers* e *wallet providers* nell'art. 3, comma 5, lett. i) e i-bis), D. Lgs. 231/2007.

L'insufficienza di tali presidi risulta evidente laddove si consideri il concreto funzionamento della tecnologia *blockchain*. L'attività prestata da *exchangers* e *wallet providers* è soltanto eventuale: chi intenda avvalersi delle potenzialità del sistema *cyber*valutario al fine di riciclare denaro non è, infatti, costretto a rivolgersi a fornitori di servizi di cambiavalute ovvero di portafoglio digitale, potendo sia acquistare valute

¹⁰⁹ Sul punto v. F. DI VIZIO, *Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti*, cit., 25; J. K. MATSUURA, *Digital Currency: An International Legal and Regulatory Compliance Guide*, Sharjah, 2018, 52; F. MOSLEIN – C. RENNIG, *Fintech regulation in Germany*, in M. Cian – C. Sandei (a cura di), *Diritto del Fintech*, Padova, 2020, 475.

¹¹⁰ Per un quadro generale della regolazione del settore FinTech in Medio Oriente v. N. ALAM – S.N. ALI, *Fintech, Digital Currency and the Future of Islamic Finance. Strategic, Regulatory and Adoption Issues in the Gulf Cooperation Council*, Cham, 2020.

¹¹¹ Non a caso il relativo progetto è stato soprannominato "Aber", termine arabo che richiama l'"attraversamento dei confini". S. CHAKRAVARTY – P. SARKAR, *An Introduction to Algorithmic Finance, Algorithmic Trading and Blockchain*, Bingley, 2020, 164.

¹¹² D. MAJORANA, *Disciplina giuridica e fiscale delle criptovalute: sfida al legislatore dal web*, cit., 23.

virtuali senza ricorrere a intermediari (ad esempio, accordandosi da remoto oppure incontrando fisicamente la controparte) sia optare per forme di conservazione delle chiavi crittografiche diverse dall'*e-wallet* (dotandosi, ad esempio, di un portafoglio personale o *cold wallet*).¹¹³

Alla luce delle precedenti considerazioni, sembra che l'inclusione di *exchangers* e *wallet providers* tra i destinatari degli obblighi antiriciclaggio abbia generato una crepa pressoché impercettibile nella cinta muraria che protegge l'anonimato di chi sfrutti l'infrastruttura *blockchain* per fini criminosi.

A tal proposito, non può che condividersi l'auspicio dell'implementazione di una politica di massimizzazione della trasparenza riportato nel Considerando n. 9 della Direttiva 2018/843/UE, secondo cui «Per contrastare i rischi legati all'anonimato, le unità nazionali di informazione finanziaria (FIU) dovrebbero poter ottenere informazioni che consentano loro di associare gli indirizzi della valuta virtuale all'identità del proprietario di tale valuta. Occorre inoltre esaminare ulteriormente la possibilità di consentire agli utenti di presentare, su base volontaria, un'autodichiarazione alle autorità designate»¹¹⁴.

Ci pare che tali previsioni siano destinate a trovare cittadinanza nell'ordinamento europeo e nazionale in un futuro tutt'altro che remoto.

Premesso che la chiave d'arco che sostiene l'intera infrastruttura sulla quale vengono effettuate le transazioni in valuta virtuale è costituita dalla fiducia e che a venire in considerazione è tanto la fiducia reciproca tra utenti quanto, e soprattutto, quella riposta dagli stessi nel sistema, considerato nel suo complesso, l'implementazione di una normativa che miri a contrastare l'utilizzo dell'infrastruttura *blockchain* per fini criminosi, mediante ricorso all'arma bianca della trasparenza, non sembra destinata a incontrare ostacoli insormontabili.

Infatti, consentendo alle unità nazionali di informazione finanziaria di risalire all'identità reale degli utenti della rete, coperta dallo pseudo-anonimato (tuttora assicurato dal sistema *blockchain* agli *users* che non si avvalgano del servizio prestato da *exchangers* e *wallet providers*¹¹⁵), nonché incentivando gli utenti che pongano in essere transazioni in valuta virtuale a effettuare una *disclosure* delle relative caratteristiche, il legislatore risponderebbe non solo all'interesse delle autorità pubbliche, ravvisabile in un'efficace prevenzione e repressione di *cyber-riciclaggio* e *cyber-autoriciclaggio*, ma anche a quello dei creatori delle valute virtuali e di quanti di esse si avvalgano a fini di investimento ovvero di acquisto di beni o servizi. Infatti, un'infrastruttura *blockchain* che non sia in grado di far fronte in modo adeguato alle potenzialità criminogene delle valute virtuali, e che si riveli comunque gravemente permeabile al loro sfruttamento criminoso, è destinata a porre le basi di un atteggiamento collettivo di sostanziale diffidenza che travolgerebbe il mercato delle criptovalute: gli utenti sarebbero infatti

¹¹³ L. STURZO, *Bitcoin e riciclaggio 2.0*, cit., 30.

¹¹⁴ Richiamato di recente da S. GALMARINI, *Monete virtuali e antiriciclaggio: terreni dai confini incerti*, su *Dir. bancario*, 11 ottobre 2018.

¹¹⁵ Come già rilevato, tanto gli *exchangers* quanto i *wallet providers* sono soggetti, tra l'altro, all'obbligo di identificazione della clientela.

gradualmente, e irreversibilmente, indotti ad abbandonarlo, lasciandosi alle spalle le rovine di una fallita promessa di modernità.

Alla luce delle precedenti considerazioni, riteniamo che un'efficace prevenzione dello sfruttamento dell'infrastruttura *blockchain* e delle valute virtuali per fini riciclatori non possa che passare attraverso l'accoglimento da parte del legislatore dell'auspicio di cui al Considerando n. 9 della Direttiva 2018/843/UE.

Trasferendo l'attenzione dal piano preventivo a quello repressivo, l'obbligo gravante sul legislatore varia nel contenuto, ma non nella forma. Infatti, anche al fine di reprimere efficacemente il *cyberlaundering*, il legislatore è obbligato a guardare alla normativa sovranazionale e, tuttavia, in tal caso a venire in considerazione è la Direttiva 2018/1673/UE sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale¹¹⁶.

In particolare, dall'art. 6, par. 1, lett. b) della Direttiva si evince l'obbligo per gli Stati membri di introdurre una circostanza aggravante applicabile nel caso in cui la condotta riciclatoria sia posta in essere da un soggetto obbligato ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2015/849/UE, nell'esercizio della propria attività professionale.

Considerando che tra i soggetti obbligati di cui all'art. 2 della direttiva 2015/849/UE¹¹⁷ rientrano anche *exchangers* e *wallet providers*, occorre chiedersi se il legislatore italiano debba riformare i delitti di riciclaggio e autoriciclaggio, previsti e puniti dagli artt. 648-bis e 648-ter. 1 del codice penale, introducendo una nuova circostanza aggravante o se le indicazioni sovranazionali debbano intendersi soddisfatte dalle circostanze aggravanti già previste dal secondo comma dell'art. 648-bis c.p. e dal quinto comma dell'art. 648-ter.1 c.p., le quali comportano un aumento della pena qualora il delitto sia commesso nell'esercizio di un'attività professionale.

Ebbene, la particolare insidiosità delle valute virtuali¹¹⁸ e la scelta del legislatore sovranazionale di subordinare l'applicabilità della circostanza aggravante di cui all'art. 6 della Direttiva 2018/1673/UE non solo alla commissione del reato nell'esercizio di attività professionale, ma anche (e soprattutto) all'assoggettamento dell'autore dello stesso agli obblighi antiriciclaggio di cui all'art. 2 della Direttiva 2015/849/UE, sembrerebbero imporre l'introduzione nel *corpus* degli artt. 648-bis e 648-ter.1 c.p. di una specifica circostanza aggravante speciale.

Inoltre, premesso che l'aumento di pena previsto per il caso in cui i delitti di riciclaggio o autoriciclaggio siano commessi nell'esercizio di attività professionale è pari,

¹¹⁶ Preme rilevare che il mancato recepimento di tale Direttiva ha portato all'avvio, nei confronti dell'Italia, della procedura di infrazione n. 2021/0055, attualmente in fase di messa in mora ex art. 258 TFUE.

¹¹⁷ Il riferimento è all'art. 2 della Direttiva UE/2015/849, come modificato dall'art. 1, par. 1, lett. c) della Direttiva UE/2018/843.

¹¹⁸ Secondo il Considerando n. 6 della Direttiva (UE) 2018/1673 «L'uso delle valute virtuali presenta nuovi rischi e sfide nella prospettiva della lotta al riciclaggio. Gli Stati membri dovrebbero garantire che tali rischi siano affrontati in modo adeguato». In tema pare condivisibile la tesi dottrinale secondo la quale la previsione di una specifica circostanza aggravante, applicabile alle fattispecie di *cyber-riciclaggio* e *cyber-autoriciclaggio*, dovrebbe intendersi giustificata in virtù del contesto digitale delle operazioni di lavaggio ovvero del carattere tecnologico del relativo oggetto (R. M. VADALÀ, [Criptovalute e cyberlaundering: novità antiriciclaggio nell'attesa del recepimento della Direttiva \(UE\) 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale](#), in questa Rivista, 6 maggio 2020).

al massimo, ad un terzo¹¹⁹, e considerando l'opportunità di riconoscere maggiore gravità all'ipotesi in cui non solo il fatto tipico sia commesso nell'esercizio di un'attività professionale, ma autore dello stesso sia anche un soggetto sottoposto agli obblighi antiriciclaggio, pare che la nuova circostanza dovrebbe avere natura di circostanza aggravante non già ad efficacia comune, bensì speciale. In alternativa, in sede di recepimento della Direttiva citata, in ragione dell'indiscutibile elevata pericolosità propria delle valute virtuali, un aumento della pena superiore a un terzo ovvero una cornice edittale diversa e maggiormente gravosa rispetto a quella ordinaria dovrebbe essere oggetto di specifica previsione quantomeno per il caso in cui a porre in essere il fatto tipico, nell'esercizio della propria attività professionale, sia non un qualsiasi soggetto sottoposto agli obblighi antiriciclaggio, bensì il prestatore di un servizio di portafoglio digitale o di cambiavalute.

¹¹⁹ Le circostanze aggravanti di cui al secondo comma dell'art. 648-*bis* c.p. e al quinto comma dell'art. 648-*ter*.1 c.p. sono, infatti circostanze aggravanti a efficacia comune.