



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra Diritto Penale della Pubblica Amministrazione

LA CONNIVENZA NEI DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

RELATORE

Prof. Maria Novella Masullo

CANDIDATO

Giorgia Balloi

Matr. 119553

CORRELATORE

Prof. Angelo Carmona

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

LA CONNIVENZA NEI DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

CAPITOLO I

LA CONNIVENZA DELLE PERSONE FISICHE E DEGLI ENTI

1.1 La complicità e la connivenza. Cenni introduttivi	7
1.2 La connivenza del privato nella “induzione indebita a dare o promettere utilità”	10
- <i>Lo “spacchettamento” della concussione</i>	10
- <i>La ratio della riforma Severino</i>	11
- <i>La proposta di Cernobbio</i>	13
- <i>La “concussione per costrizione” e la “concussione per induzione” pre-riforma</i>	15
- <i>La giurisprudenza di legittimità post-riforma</i>	17
- <i>La sentenza Nardi</i>	17
- <i>La sentenza Roscia</i>	20
- <i>La sentenza Melfi</i>	23
- <i>La sentenza Maldera: l’intervento “chiarificatore” delle Sezioni Unite</i>	26
- <i>I casi “borderline”</i>	31
- <i>La giurisprudenza post Maldera</i>	35
- <i>I limiti della sentenza Maldera</i>	40
- <i>La mancata dissociazione dal reato: il delinearsi di una nuova figura di “privato connivente”</i>	42
1.3 La responsabilità dell’ente ex D.lgs. 231/2001	
L’ente “colpevole” per omessa organizzazione: un possibile “connivente”?	45
- <i>Cenni introduttivi</i>	45
- <i>La nascita della responsabilità da reato dell’ente</i>	46
- <i>La natura della responsabilità dell’ente: penale, amministrativa o “tertium genus”?</i>	47
- <i>La natura amministrativa della responsabilità dell’ente</i>	50

- <i>La natura penale della responsabilità dell'ente</i>	55
- <i>Le posizioni intermedie e il delinearsi di un "tertium genus"</i>	58
- <i>Gli illeciti dell'ente: reati "propri", "strumentali" e "culturali"</i>	59
- <i>I "reati colposi" dell'ente: responsabilità "autonoma" o "accessoria"?</i>	62
- <i>I profili soggettivi della responsabilità dell'ente: il "principio di colpevolezza"</i>	70
- <i>La teoria pluralistica</i>	72
- <i>La teoria monistica</i>	73
- <i>La responsabilità dell'ente come "fattispecie plurisoggettiva a concorso necessario di parte generale"</i>	75
- <i>I delitti colposi e l'elusione fraudolenta del modello organizzativo</i>	77
- <i>La ripartizione dell'onere della prova in ordine alla "colpevolezza" dell'ente</i>	83
- <i>La "colpa di organizzazione": un'impostazione soggettivizzante</i>	86
- <i>La colpevolezza (e non colpa) di organizzazione</i>	87
- <i>L'adozione del modello organizzativo: un obbligo o un onere?</i>	89
- <i>Cautele "autonormate" ed "eteronormate"</i>	95
- <i>Le differenti tipologie di colpa organizzativa dell'ente</i>	99
- <i>Considerazioni conclusive: l'ente "connivente"</i>	100

CAPITOLO II

L'ESTORSIONE AMBIENTALE

- <i>Cenni introduttivi</i>	104
- <i>Il "Progetto Gloders"</i>	106
- <i>L'imprenditore "acquiescente"</i>	107
- <i>L'imprenditore "connivente"</i>	108
- <i>La "zona grigia" della estorsione ambientale</i>	109
- <i>Imprenditore "vittima" o "complice"?</i>	111
- <i>L'impostazione formalista</i>	112

- <i>La “minaccia indiretta”</i>	114
- <i>La giurisprudenza di legittimità sulla “minaccia indiretta”</i>	115
- <i>La giurisprudenza sulla “estorsione ambientale”</i>	117
- <i>La proposta di un intervento riformatore: l’art. 629 bis c.p.</i>	126
- <i>La teoria della “vittimo-dogmatica”</i>	128
- <i>Le critiche alla teoria della “vittimo-dogmatica”</i>	133
- <i>“Il consenso al pericolo altrui” e “l’autoesposizione volontaria al pericolo”</i>	136
- <i>L’illecito di omessa denuncia di estorsione</i>	142
- <i>Un illecito penale o amministrativo?</i>	146
- <i>L’efficacia deterrente della sanzione per omessa denuncia di estorsione</i>	152
- <i>La proposta di introduzione del reato di “omessa denuncia di richiesta diretta all’estorsione”</i>	157
- <i>La linea di confine tra “imprenditore vittima” e “imprenditore colluso”</i>	163
- <i>La “concussione ambientale”: un parallelismo con la fattispecie estorsiva</i>	171
- <i>Considerazioni conclusive</i>	177

CAPITOLO III

I CONFINI TRA CONCORSO DI PERSONE E CONNIVENZA

3.1 Cenni introduttivi	181
3.2 Il contributo causale nel concorso di persone	182
- <i>Il modello causale</i>	183
- <i>La teoria della “conditio sine qua non”</i>	183
- <i>Le teorie dell’agevolazione e dell’aumento del rischio</i>	184
- <i>L’abbandono del criterio della “idoneità ex ante”: la sentenza Franzese</i>	186

3.3 La conferma del modello causale nel diverso caso del concorso esterno in associazione mafiosa	188
- <i>La sentenza Carnevale</i>	189
- <i>La sentenza Mannino</i>	189
3.4 Il concorso di persone nei progetti di riforma del codice penale	191
- <i>Progetto Pagliaro</i>	191
- <i>Progetto Grosso</i>	192
- <i>Progetto Nordio</i>	193
- <i>Commissione Pisapia</i>	194
3.5 Le dottrine tedesche: teorie alternative al modello causale	194
3.6 La connivenza nel concorso mediante omissione	196
- <i>Lo spazio operativo del concorso mediante omissione ex art. 40 cpv. c.p.:</i>	
<i>Il concetto di “evento” e le contrastanti tendenze dottrinarie estensive e limitative della fattispecie</i>	197
- <i>Il nesso di causalità nel concorso mediante omissione in letteratura:</i>	
<i>Il “modello condizionalistico” e la “teoria agevolatrice”</i>	203
- <i>“Causalità reale” e “causalità ipotetica”:</i>	
<i>La duplicità di piani dell’omissione impropria</i>	211
- <i>I primi orientamenti giurisprudenziali sulla causalità omissiva impropria</i>	215
- <i>La svolta della giurisprudenza di legittimità sulla causalità omissiva e la sentenza Franzese: la consacrazione della teoria condizionalistica pura</i>	219
- <i>La posizione di garanzia</i>	223
- <i>I confini della responsabilità concorsuale omissiva</i>	230
- <i>I risvolti pratici sul tema della connivenza “punibile”</i>	235

3.7 La connivenza nel concorso morale	240
- <i>La determinazione e l'istigazione. Cenni introduttivi</i>	241
- <i>I confini di rilevanza penale dell'istigazione</i>	242
- <i>Il rifiuto del modello causale e il criterio prognostico: la presunta idoneità dell'istigazione</i>	243
- <i>La critica al criterio prognostico</i>	245
- <i>Il criterio della "realizzazione del volere"</i>	248
- <i>La critica alla teoria della "realizzazione del volere"</i>	249
- <i>Il modello causale e le modalità di accertamento del nesso di causalità nella partecipazione psichica</i>	251
- <i>La critica al modello causale</i>	254
- <i>Una soluzione a metà strada tra il modello causale e il criterio prognostico</i>	256
- <i>L'adattamento del modello causale alle peculiarità della causalità psichica: una prospettiva "relativizzante"</i>	258
- <i>La qualificazione della causalità psichica alla stregua della disciplina del tentativo</i>	262
- <i>Un cambio di prospettiva sulla causalità psichica: dal piano sostanziale a quello probatorio</i>	266
- <i>La recente presa di posizione della giurisprudenza di legittimità in ordine alla valenza del modello causale nelle relazioni psichiche</i>	268
- <i>Una peculiare posizione dottrinarica: l'irrilevanza penale del contributo meramente agevolatore alla realizzazione del reato</i>	273
- <i>La critica alla non punibilità del "contributo agevolatore" e l'orientamento della Corte di Cassazione</i>	277
- <i>I risvolti della causalità psichica in materia di "connivenza punibile". Considerazioni conclusive</i>	280
3.8 Considerazioni conclusive	285
Bibliografia	295

CAPITOLO I

LA “CONNIVENZA” DELLE PERSONE FISICHE E DEGLI ENTI

1.1 La complicità e la connivenza. Cenni introduttivi

L'articolo 110 c.p., contenente la disciplina sul concorso di persone, è nato con la funzione di tipizzare delle condotte che di per sé non avrebbero autonoma rilevanza penale, in quanto non corrispondenti alla fattispecie descritta nella norma incriminatrice.

Al di là della funzione incontestata della norma, la dottrina si è da sempre scontrata su quale sia il corretto criterio di tipizzazione delle condotte rientranti nel concorso di persone, posto che l'art 110 del codice Rocco, con un'inversione di tendenza rispetto al codice Zanardelli, ha una valenza essenzialmente tautologica, in quanto si limita ad equiparare i diversi apporti dei vari concorrenti sul piano normativo e sanzionatorio, purché abbiano causalmente concorso alla realizzazione del fatto criminoso¹, senza precisare i criteri e le condizioni in presenza delle quali il concorso si possa considerare integrato, condizioni la cui individuazione è preliminarmente fondamentale per distinguere quei conegni passivi, che siano invece ascrivibili alla mera connivenza, e quindi rientranti nella sfera di non punibilità.

Questa impostazione ha determinato l'attribuzione di un notevole margine di discrezionalità alla giurisprudenza, la quale però, come correttamente osservato, non l'ha utilizzato “per ridurre l'alone di indeterminatezza della fattispecie concorsuale, ma anzi ha contribuito ad estendere l'area del penalmente rilevante, fino a ricomprendere componenti che esprimono una generica solidarietà o adesione al fatto realizzato dall'esecutore, al di fuori di qualunque contributo obiettivo alla sua realizzazione”².

Anche l'orientamento consolidato della Cassazione, secondo cui rientra nel concorso di persone ogni “contributo di ordine materiale o psicologico idoneo, con giudizio di prognosi postuma, alla

¹ Relazione al progetto definitivo: “Anche nell'ipotesi che il fatto sia oggetto dell'attività di più persone, l'evento dev'essere messo a carico di tutti i concorrenti che con la propria condotta azione contribuirono a determinarlo: il legame, invero, che avvince l'attività dei vari concorrenti, si realizza in un'associazione di cause coscienti, alla quale è dovuto l'evento e, perciò, a ciascuno dei compartecipi deve essere attribuita la responsabilità per l'intero”

² GRASSO, *Disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, in STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli 1991, pag. 143

realizzazione anche di una soltanto delle fasi di ideazione, organizzazione o esecuzione dell'azione criminosa posta in essere da altri soggetti”³, dimostra una certa “tendenza onnicomprensiva” dei nostri giudici di legittimità.

La disciplina del concorso di persone, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice penale, è quindi caratterizzata da una grave carenza di tipicità, fino al punto di portare alcuni autori a ritenere che potesse e dovesse essere sollevata la questione di costituzionalità della norma, per l'eccessiva indeterminatezza della stessa⁴.

È proprio in tale contesto normativo, creatosi a seguito della scelta del legislatore italiano, esattamente opposta a quella di altri ordinamenti europei - i quali hanno invece optato per la descrizione delle condotte punibili a titolo di concorso⁵ - che si è collocata la questione che sarà oggetto di analisi nel presente elaborato: l'individuazione della complessa linea di *discrimen* tra concorso di persone e connivenza.

Mentre, infatti, in materia di concorso di persone, la dottrina e la giurisprudenza si sono fin da subito preoccupate di colmare gli spazi lasciati aperti dal legislatore, fornendo a livello ermeneutico-interpretativo le risposte su quali siano i contributi idonei a costituire partecipazione criminosa, la connivenza ha da sempre rappresentato una “zona grigia” ignorata dai giuristi. Quest'ultima viene piuttosto classificata dalla dottrina, utilizzata nelle argomentazioni difensive e nelle decisioni giurisprudenziali, come “fenomeno *a contrario*” per escludere la presenza della complicità: la connivenza è ciò che non è complicità, è quel contegno passivo che non sfocia in compartecipazione criminosa.

Secondo la stessa corte di Cassazione, la complicità e la “mera connivenza” non possono che essere tenute su due piani distinti, in quanto mentre “il concorso di persone presuppone un contributo materiale/morale alla realizzazione del reato, la connivenza consiste in un atteggiamento meramente passivo che si limita ad un'adesione psichica alla realizzazione del reato, e che quindi non trascende

³ Cass. Pen., 6 novembre 1991, in *Cass. pen.*, 1993, pag. 295

⁴ Anche la Commissione ministeriale incaricata della riforma del codice penale (c.d. Commissione Grosso), esprimendo un parere sul documento di base 15 luglio 1999 (progetto “Grosso”), ha ritenuto che la formulazione del 110 c.p. rischiasse “addirittura di far ritenere passibile di eccezione di costituzionalità l'intero capo III del titolo IV nel nostro codice”, in www.giustizia.it

⁵ Art 121 Codice Francese: è complice “colui che consapevolmente, mediante aiuto o assistenza, ha agevolato la preparazione o la consumazione di un crimine o di un delitto. È egualmente complice colui che con doni, promesse, minacce, ordini, abuso di autorità o di potere, abbia provocato taluno all'illecito o dato istruzioni per commetterlo”. Similmente Art. 67 codice belga; Art. 25 e ss. codice tedesco; Art. 12 codice austriaco; Art. 25 codice portoghese

l'interiorità del soggetto, senza alcun tipo di influenza sulla sfera psicologica dell'agente" ⁶. Per questo è appunto "mera connivenza", e quindi penalmente irrilevante.

Se però si osserva attentamente questo atteggiamento di "tolleranza o inerzia" di fronte alla commissione di un altrui reato, calato nei casi concreti che saranno oggetto di analisi, risulterà chiaramente che non sempre la qualificazione della connivenza in termini di mera passività che si arresta ad un stadio precedente rispetto alla complicità, sia la soluzione corretta, ma che, al contrario, anche questa mancata presa di distanza dalla commissione del reato, in determinati contesti ambientali o dinamiche comunicative, può acquisire rilievo penale come condotta concorsuale.

Ciò vale, soprattutto - come si vedrà in seguito - con riferimento al concorso morale: nel concorso per omissione, infatti, è sufficiente la presenza di una posizione di garanzia con conseguente obbligo giuridico di impedire l'evento per incriminare la condotta del garante, il quale non si sia adoperato con ogni mezzo per impedirlo. Nel concorso morale, invece, il fatto di ritenere che l'inerzia del connivente di fronte alla commissione dell'altrui reato possa, in quel determinato caso concreto, aver rafforzato l'altrui proposito criminoso, rendendo l'esecutore materiale più sicuro e determinato nella commissione del reato, in virtù della mera presenza di un altro soggetto nel luogo del fatto, o del suo consenso tacito dimostrato dal mancato intervento, significa qualificare come concorso morale un comportamento che di per sé mantiene i connotati tipici della connivenza, al solo fine di incriminare una condotta che altrimenti sarebbe penalmente irrilevante.

In particolare, all'interno del presente capitolo, si indagherà l'esistenza di forme di connivenza all'interno dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, concentrando l'attenzione sulla nuova figura di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.), nella quale il legislatore ha sanzionato, distaccandosi dalla precedente impostazione della "concussione per induzione" di cui all'art 317 c.p., una sorta di connivenza del privato che non abbia resistito alle pressioni della parte pubblica, cedendo all'offerta della tangente.

In un secondo momento, si passerà ad analizzare le forme di connivenza presenti nell'ente, il quale, dovendosi dotare di un modello organizzativo ai sensi del D.lgs. 231/2001 per andare esente dalla "responsabilità amministrativa" prevista a suo carico, in caso di commissione nel suo interesse o vantaggio, di uno dei "reati presupposto" di cui al decreto, non abbia adottato le suddette cautele

⁶ Cass. Pen., Sez. IV, n. 24615/2014

organizzative, e debba conseguentemente rispondere a titolo di “connivente” per la mancata dissociazione preventiva dal reato.

Sarà quindi interessante effettuare un parallelismo tra persone fisiche e persone giuridiche o società, nelle peculiari ipotesi in cui, di fronte alla commissione di un reato, l’ordinamento giuridico ritenga esigibile da parte di queste una chiara presa di distanza dalla perpetrazione del crimine, fino al punto di punirle in caso di connivenza.

1.2 La connivenza del privato nella “induzione indebita a dare o promettere utilità”

- Lo “spacchettamento” della concussione

Uno dei più importanti e significativi interventi legislativi in materia di delitti contro la P.A. è senz’altro rappresentato dalla riforma dei reati corruttivi, introdotta dal D.lgs. 190/2012, la c.d. Legge Anticorruzione.

Per quanto di interesse in questa sede, l’aspetto di rilievo è costituito dal c.d. “spacchettamento” della concussione, la quale da “fattispecie mista alternativa”⁷ che prevedeva all’art 317 c.p. le due condotte di “concussione per costrizione” e “concussione per induzione”, accomunate dalla punibilità della sola parte pubblica e dalla concezione del privato concusso come persona offesa, è stata trasformata, a partire dal 2012, in una fattispecie pur sempre monosoggettiva, ma limitata alla sola concussione costrittiva vera e propria.

Il testo della norma, come modificato nel 2012, presenta due sole differenze rispetto alla versione previgente: un inasprimento del trattamento sanzionatorio, tramite l’innalzamento del minimo edittale da 4 a 6 anni di reclusione, e l’esclusione, dai soggetti attivi del reato, dell’incaricato di pubblico servizio, sulla base del presupposto che quest’ultimo non fosse in grado, a causa della mancanza dei

⁷ GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successorio*, in www.dir.pen.cont.it, 2013

poteri deliberativi, certificativi e autorizzativi che caratterizzano invece il pubblico ufficiale, di provocare quel *metus* che rappresenta la tipica conseguenza della costrizione⁸.

D'altro canto, quella che era la "concussione per induzione" è ora disciplinata all'art. 319 *quater* c.p., col diverso *nomen iuris* di "induzione indebita a dare o promettere utilità". Quest'ultima è caratterizzata - ferma restando la medesima condotta di abuso della qualità o dei poteri che già la contraddistingueva, esattamente come la "concussione violenta", quando era disciplinata nell'art 317 c.p.- dalla configurazione tanto del pubblico ufficiale quanto dell'incaricato di pubblico servizio alla stregua di possibili soggetti attivi del reato, nonché, dalla sottoposizione della parte pubblica ad una pena molto meno gravosa rispetto a quella disposta per il soggetto attivo della concussione (da 3 a 8 anni), coerentemente con la minore intensità della condotta "induttiva" rispetto alla "costrizione" vera e propria.

L'aspetto più innovativo della nuova norma è stato però, senza dubbio, l'introduzione della sottoposizione a pena, non solo della parte pubblica, ma anche del privato indotto, il quale, da vittima della concussione, compresa la vecchia ipotesi induttiva, è divenuto complice nella nuova "induzione indebita", rendendo il reato una fattispecie a concorso necessario.

- *La ratio della riforma Severino*

La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione si è resa necessaria, nel nostro ordinamento, a causa di evidenti difetti di coordinamento tra la fattispecie concussiva, in particolare nella forma dell'induzione, e le varie tipologie di corruzione. La concussione per induzione, infatti, nell'originario codice Rocco, era nata come concussione "fraudolenta", realizzata con l'inganno, contrapponendosi alla concussione violenta classica.

Col passare del tempo, con un'estensione sempre maggiore del concetto di induzione, che iniziava ad includere anche le ipotesi di "persuasione" e di "suggerzione tacita"⁹, fino addirittura ad essere utilizzata come base normativa per l'introduzione giurisprudenziale della figura della "concussione

⁸ CONZ-LEVITA, *Anticorruzione: commento organico alla L. 27 maggio 2015 n.69*, Dike, 2015. Anche se la riforma del 2015 ha nuovamente inserito l'incaricato di pubblico servizio tra i soggetti attivi del reato

⁹ GATTA, "La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014

ambientale”¹⁰, sono diventati sempre più sfumati i confini con la corruzione¹¹, la quale, essendo un reato a concorso necessario, rimaneva completamente distinta dalla fattispecie concussiva, in quanto prevedeva la sottoposizione a pena sia della parte pubblica che di quella privata.

Data tale situazione, si comprende la forte spinta a progetti di riforma dei reati corruttivi, promossi negli ultimi decenni, finalizzati sia a regolare in modo più razionale i rapporti tra concussione e corruzione, sia a garantire una maggiore conformità della disciplina italiana alle convenzioni internazionali¹² e alle indicazioni provenienti dagli strumenti di *soft law*, quali le raccomandazioni dell’OCSE e del Consiglio d’Europa¹³, che percepivano la concussione come un mero strumento di esenzione da responsabilità del privato, il quale veniva qualificato come “vittima” anche nei casi in cui, in realtà, dovesse considerarsi proprio lui il “vero corruttore”¹⁴, ovvero il “finto concusso”, e dovesse quindi essere perseguito, al pari della parte pubblica.

Nonostante ciò, nessuna delle convenzioni o degli strumenti internazionali sopracitati si è mai spinto fino al punto di sollecitare l’Italia all’abolizione della concussione, anche se indubbiamente erano pochi, al di fuori dell’Italia, gli ordinamenti giuridici che prevedevano una figura analoga alla nostra concussione: se si escludono Portogallo, Brasile e Argentina, tutti i sistemi giuridici occidentali riconducevano la condotta tipica della “concussione per costrizione” ad altre figure di reato contigue, e in particolare all’estorsione; le ipotesi in cui non era rinvenibile una vera e propria violenza o

¹⁰ La “concussione ambientale” è caratterizzata da una semplificazione delle modalità di realizzazione del reato, in quanto non è necessario accertare l’abuso della qualità o dei poteri per ritenere provata la condotta concussiva, poiché il privato si determina a pagare la tangente in virtù della mera consapevolezza da parte di quest’ultimo della “prassi di illegalità” diffusa nell’ambiente

¹¹ MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato*, Ipsoa, Milano 2006, pag. 2224

¹² “La convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle comunità europee e relativo protocollo, 1996; La Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione (Convenzione di Merida), adottata dall’Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e ratificata in Italia con la L. 3 agosto 2009, n. 116, e con la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio di Europa del 27 gennaio 1999, ratificata in Italia con la L. 28 giugno 2012, n. 110. Non vanno - peraltro - sottaciuti i penetranti rilievi formulati sull’Italia, sin dal 2001, dal Working Group on Bribery (WGB) dell’OCSE, rilievi ripresi dal rapporto di valutazione redatto dal Group of States against corruption (GRECO) nella riunione plenaria svoltasi a Strasburgo il 20-23 marzo 2012: si osservava, in quest’ultimo rapporto, che l’allora vigente art. 317 c.p., può “portare a risultati irragionevoli, in quanto colui che offre la tangente ha il diritto insindacabile di essere esentato dalla sanzione” e si invitava il nostro legislatore ad “esaminare in modo approfondito la pratica applicazione del reato di concussione (...) al fine di accertare il suo eventuale uso improprio nelle indagini e nell’azione penale nei casi di corruzione”, Cass. Pen., S.U., n. 12228/2013, Maldera

¹³ Working Grup on Bribery e il GRECO — Groupe d’États contre la Corruption,

¹⁴ GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successori*, in *www.dir.pen.cont.it.*, 2013, pag. 2

minaccia confluivano invece nella corruzione, e quelle di induzione in errore del privato, nella truffa
15.

- *La proposta di Cernobbio*

In tale stessa direzione si è mossa in Italia, all'inizio degli anni '90, la "proposta di Cernobbio"¹⁶.

Questa aspirava ad un "profondo rinnovamento dei rapporti tra cittadino e autorità, in cui il primo fosse immune da ogni tipo di soggezione più o meno reverenziale nei confronti della seconda, e questa sapesse realmente pensare a se stessa a esclusivo servizio del primo, e operare di conseguenza"¹⁷.

In tale prospettiva, il progetto di riforma aveva proposto di conformarsi agli altri ordinamenti occidentali, sopprimendo la figura della concussione e riconducendo la costrizione all'estorsione aggravata dall'abuso dei poteri, e l'induzione ad una figura ampliata ed unificata di corruzione, data "l'inadeguatezza offensiva"¹⁸ del sistema, che non coglieva la reale portata lesiva della corruzione, in realtà molto più grave di quella risultante dagli art 318 e ss. c.p., poiché incidente sul funzionamento delle istituzioni e dell'economia nazionale.

La proposta di Cernobbio e la conseguente soppressione dal nostro ordinamento della tradizionale figura di concussione non è però stata accolta con molto favore dalla dottrina, in quanto, nonostante fosse nobile nei suoi obiettivi, determinava un eccessivo ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie corruttiva, sacrificando sia i rapporti con altri gravi delitti contro la P.A., sia le diversificazioni interne alla "famiglia corruttiva", tra le varie tipologie di corruzione configurabili¹⁹.

Da qui la scelta, introdotta con la riforma Severino, di mantenere la fattispecie della concussione, ma di limitarla all'ipotesi classica della "costrizione", e introdurre allo stesso tempo una nuova norma, l'art 319 *quater*, intitolata "induzione indebita a dare e promettere utilità", caratterizzata dalla stessa condotta del "pubblico ufficiale che abusa della sua qualità o dei suoi poteri", ma configurata - sulla

¹⁵GATTA, "La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite", in Riv. it. dir. proc. pen., 2014

¹⁶ Chiamata anche "proposta della Statale", presentata ufficialmente il 14 settembre 1994 da un gruppo di magistrati e docenti universitari (G. Colombo, P. Davigo, A. Di Pietro, F. Greco, O. Dominioni, D. Pulitanò, F. Stella, M. Dinoia)

¹⁷ ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013

¹⁸ PADOVANI, *Il problema "tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, pag. 453-454.

¹⁹ ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013

base del modello “corruzione” - come un reato a concorso necessario, con conseguente punibilità sia del soggetto pubblico che della parte privata.

Si tratta, quindi, di una figura che, come correttamente osservato dalla dottrina, “si colloca in una posizione intermedia tra la condotta sopraffattrice, propria della concussione, e lo scambio corruttivo, quasi a superamento del cosiddetto canone della mutua esclusività di questi due illeciti. La fattispecie di cui all’art. 319 *quater* c.p., infatti, sembrerebbe configurarsi, con riferimento al soggetto pubblico, come una “*concussione attenuata*” e, con riferimento al soggetto privato, come una “*corruzione mitigata dall’induzione*” ma, in realtà, non tradisce la sua peculiare specificità unitaria di reato plurisoggettivo a concorso necessario, stante la previsione, per l’integrazione dello stesso, della combinazione sinergica delle condotte delle due parti protagoniste”²⁰.

Il fatto che l’induzione indebita si trovi a metà strada tra concussione e corruzione è dimostrato dalla collocazione dell’art 319 *quater* all’interno del codice penale - poiché la norma segue le varie fattispecie corruttive, disciplinate dall’art 318, 319, 319 *bis* e 319 *ter* - e dalla sottoposizione a pena del privato, entrambi aspetti che avvicinano l’induzione all’orbita della corruzione, e dalla circostanza che il privato sia punito nella induzione indebita meno gravemente rispetto alla corruzione, a dimostrazione del fatto che la libertà di autodeterminazione di cui gode nella maturazione delle proprie scelte sia molto più limitata rispetto alle fattispecie corruttive, nelle quali, al contrario, si trova ad operare su un piano di totale parità rispetto alla controparte.

Sembra, quindi, che il legislatore abbia voluto dare rilievo alla “idoneità mitigatrice, sul piano sanzionatorio, della induzione proveniente dal pubblico ufficiale, quale elemento di diversificazione rispetto alla corruzione vera e propria”²¹.

- ***La “concussione per costrizione” e la “concussione per induzione” pre-riforma***

Prima della riforma legislativa del 2012, individuare il criterio distintivo tra condotta costringitiva e induttiva della concussione di cui all’art 317 c.p., essendo queste concepite come l’una alternativa

²⁰ GATTA, “*La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un’importante sentenza delle Sezioni Unite*”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pag. 1557

²¹ GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successori*, in www.dir.pen.cont.it, 2013, pag. 3

all'altra ed accomunate dal medesimo trattamento sanzionatorio, era indubbiamente molto meno complesso rispetto alla situazione attuale, caratterizzata invece da due distinte figure di reato, strutturate e sanzionate in modo differente.

La giurisprudenza precedente alla riforma, nel tracciare una linea di confine tra le due condotte concussive, si basava essenzialmente sul grado di coazione morale di cui era vittima il privato in quanto persona offesa del reato, a seconda della intensità e della portata intimidatrice della condotta poste in essere dal pubblico funzionario.

In particolare, si riteneva che la costrizione sussistesse quando, mediante l'abuso della qualità o dei poteri, la volontà del privato fosse stata fortemente coartata, ponendolo in una situazione di sostanziale assoggettamento, a causa del quale egli si determinava alla dazione di danaro o altra utilità. Non doveva necessariamente trattarsi di un annullamento assoluto della sua volontà, purché la condotta fosse stata obiettivamente costringitiva e percepita come cogente dal soggetto passivo, a causa dell'utilizzo di violenza o, più frequentemente, minaccia²².

In presenza di uno di questi due requisiti, l'eventuale ottenimento di un vantaggio indebito da parte del privato, non aveva alcun rilievo ai fini dell'integrazione della concussione: "Quando il pubblico ufficiale – nell'espletamento delle sue funzioni - usa violenza o **minaccia** per ottenere una illecita dazione di danaro o altra utilità, non ha rilevanza che dalla elargizione richiesta il soggetto privato possa anche ricevere un suo vantaggio economico. La causa della consegna non è costituita, infatti, da una libera determinazione del soggetto passivo della condotta antigiuridica del pubblico ufficiale, ma dalla pressione psicologica su di lui esercitata con la prospettazione esplicita o implicita di un danno conseguente al rifiuto ed all'esercizio dei poteri d'ufficio con modalità tali da aggravare la situazione giuridica del privato per la somma dei poteri - anche discrezionali - del richiedente"²³.

²² ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013, pag. 107 e ss.

In giurisprudenza Trib. Foggia, Sez. pen., 2 febbraio 2012: "Il reato di concussione di cui all'art. 317 del Codice Penale è strettamente connesso al concetto di *metus publicae potestatis* che andrà rinvenuto sia nel momento in cui la volontà del privato sia coartata dall'esplicita minaccia di un danno o fuorviata dall'inganno, sia laddove venga repressa a causa della posizione di preminenza del pubblico ufficiale il quale, anche in maniera non esplicita, di fatto agisca sulla vittima ingenerando nella stessa il convincimento di dover sottostare alla decisioni dello stesso al fine di evitare il pericolo di subire un pregiudizio ed inducendolo a dare o promettere denaro o altra utilità"; Cass. Pen., Sez. VI, n. 930/2004: "Deve ravvisarsi condotta idonea ad integrare il delitto di concussione tentata nell'attenzione del pubblico ufficiale preposto all'accertamento delle evasioni fiscali nei confronti di un contribuente attuata con modalità anomale di convocazione e con domande subdole, ancorché non accompagnata da una esplicita richiesta di danaro, costituendo tale comportamento non la premessa tipica di accertamenti legittimi, bensì una minaccia di procedere a tali accertamenti, finalizzata a premetterli in cambio di una ricompensa illegittima, sebbene non ancora precisata" Cass. Pen., Sez. VI, n. 8594/1986

²³ Cass. Pen., Sez. VI, n. 8594/1986

L'induzione, invece, era nata come "induzione in errore" del destinatario, il quale quindi si determinava alla dazione, non perché costretto, ma perché ingannato. Col passare del tempo, la dottrina ha iniziato ad abbandonare l'idea dell'inganno, per richiedere, al fine di integrare la concussione per induzione, una forma di "coazione implicita", legata all'utilizzo di mezzi di persuasione, tramite suggestioni, ammiccamenti, allusioni, purché idonei a condizionare la volontà del privato, o facendogli intendere "l'utilità di condiscendere alle voglie del funzionario, oppure subdolamente ispirando il timore di un danno, in caso di rifiuto"²⁴.

Affermava infatti la Cassazione che "il "*metus publicae potestatis*", elemento della fattispecie di concussione, deve essere ravvisato non solo quando la volontà del privato sia coartata dall'esplicita minaccia di un danno ovvero fuorviata dall'inganno, ma altresì qualora venga repressa dalla posizione di preminenza del pubblico ufficiale, il quale, pur senza avanzare esplicite ed aperte pretese, di fatto agisca in modo da ingenerare nella vittima la fondata convinzione di dover sottostare alle decisioni del pubblico ufficiale per evitare il pericolo di subire un pregiudizio, inducendolo così a dare o promettere denaro o altra utilità"²⁵.

Non c'è alcun dubbio che, in un sistema come quello previgente, nel quale esisteva una sola fattispecie monosoggettiva mista, che qualificava in ogni caso il privato come vittima, a prescindere dalla forma induttiva o costrittiva della condotta del soggetto attivo, il criterio distintivo basato sulla sola maggiore o minore capacità compressiva della libertà di autodeterminazione del soggetto debole, apparisse più che adeguato per stabilire la riconduzione del caso concreto all'uno o all'altro contegno criminoso, ferma restando la medesimezza del trattamento sanzionatorio in entrambe le ipotesi.

²⁴ IMPALLOMENI, *Il codice penale italiano*, vol. I, Civelli, Firenze, 1890, pag. 167

²⁵ Cass. Pen., Sez. VI, n. 46514/2009

In senso conforme Cass. Pen., Sez. VI, n. 17236/1989: "Ricorrono gli estremi della concussione anche quando, in assenza di esplicita minaccia di danno da parte del pubblico ufficiale, il privato sia stato determinato a tenere un comportamento, che liberamente non avrebbe assunto, dal timore di subire un danno ove non si fosse piegato alla volontà del pubblico ufficiale stesso"

- *La giurisprudenza di legittimità post riforma*

Ben diversa è apparsa la questione in seguito alla scelta legislativa di “spacchettare” la concussione e perseguire penalmente il privato “connivente” nella induzione indebita.

In tale situazione, è spettato ovviamente alla giurisprudenza il compito di giustificare la scelta legislativa di sottoporre a pena anche il privato, scelta non condivisa da gran parte della dottrina poiché, se è vero che la pressione psicologica che quest’ultimo subisce nell’induzione indebita non è paragonabile alla violenza o alla minaccia che integrano l’art 317 c.p., è anche vero che la sua volontà non si può considerare totalmente libera e scevra da condizionamenti esterni, come accade invece nella corruzione, in quanto i due protagonisti non operano su un piano di totale parità, ma il privato si trova sempre e comunque in una posizione di inferiorità rispetto alla pubblica amministrazione ²⁶.

Ci si è interrogati, quindi, sulla congruità della sottoposizione a pena del privato il quale, nonostante abbia indubbiamente ceduto, promettendo denaro o altra utilità ²⁷, l’abbia fatto non in modo autonomo, ma a seguito di un’opera di persuasione della parte pubblica, la quale ha comunque abusato della sua qualità o dei suoi poteri.

In questo contesto di acceso dibattito dottrinario e giurisprudenziale si sono collocate le tre fondamentali sentenze della giurisprudenza di legittimità (Nardi, Roscia e Melfi) - che hanno espresso tre differenti orientamenti in ordine al corretto criterio di demarcazione tra la concussione e l’induzione indebita - poi seguite da una famosa sentenza delle Sezioni Unite, le quali si sono definitivamente pronunciate sul tema.

- *La sentenza “Nardi”*

Nella prima sentenza ²⁸, pronunciata a carico dell’imputato Nardi, la Cassazione, dopo aver analizzato il percorso argomentativo seguito dalla Corte d’appello, la quale aveva ritenuto integrata la fattispecie

²⁶ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013

²⁷ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013

²⁸ Cass. Pen., Sez. VI, n. 8695/2012, Nardi

concussiva *ex art 317 c.p.*, “poiché Vittorino Nardi, abusando della qualità e dei poteri di comandante della stazione dei carabinieri di Casei Gerla e, in tal modo, ingenerando in Gianfranco Geremondia, responsabile dell’agenzia di assicurazioni AXA, la convinzione di dover aderire alle proprie richieste per evitare il pericolo di subire un pregiudizio patrimoniale per prospettati interventi in danno dei clienti dell’agenzia di assicurazione (...), induceva Gianfranco Geremondia a consegnargli la somma di Lire 300.000 (...)”²⁹, ha chiarito la propria posizione in ordine al criterio distintivo tra concussione e induzione indebita.

Partendo dalla premessa che “la condotta costrittiva, e ancor più quella induttiva, può estrinsecarsi semplicemente in una pressione psicologica sul soggetto passivo, a sottostare a un’ingiusta richiesta, essendo l’oggettivo condizionamento della libertà morale della persona offesa, (e non l’effetto psicologico che eventualmente da esso consegue) configurabile come parte integrante della fattispecie criminosa; ne consegue che chi è costretto o indotto a dare o promettere indebitamente una utilità in conseguenza dell’abuso della qualità o dei poteri da parte del pubblico ufficiale, non deve necessariamente trovarsi in uno stato soggettivo di timore, potendo determinarsi al comportamento richiesto per mero calcolo economico (attuale o futuro) o per altra valutazione utilitaristica”³⁰, è passata poi ad analizzare il contenuto tipico della condotta costrittiva.

Tralasciando la forma di “costrizione violenta” che può venire in considerazione solamente in casi più unici che rari - poiché generalmente eccedente rispetto ai poteri dei pubblici ufficiali - la minaccia tipica della concussione, si è affermato, può consistere in “qualsiasi condotta che, anche senza divenire minaccia espressa, si caratterizza in concreto come una implicita, seppur significativa e seria intimidazione, tale da incidere in misura notevole, sulla volontà del soggetto passivo”, facendo in questo modo rientrare la “minaccia velata” nell’ambito applicativo dell’art. 317 c.p.

Secondo la Corte, posto che la condotta di abuso della qualità e dei poteri è la medesima in entrambe le fattispecie, “l’unica differenza è nel **mezzo** usato per la realizzazione dell’evento, nel senso che (...) nel primo caso vi è il timore di un danno minacciato dal pubblico ufficiale, nel secondo la soggezione alla posizione di preminenza su cui il medesimo, abusando della propria qualità o funzione, fa leva per suggestionare, persuadere o convincere a dare o promettere qualcosa allo scopo di evitare un male peggiore. In questo caso, la volontà del privato è repressa dalla posizione di preminenza del pubblico ufficiale, il quale, quand’anche senza avanzare aperte ed esplicite pretese,

²⁹ Cass. Pen., Sez. VI, n. 8695/2012, Nardi

³⁰ Cass. Pen., Sez. VI, n. 8695/2012, Nardi

operi di fatto in modo da ingenerare nel soggetto privato la fondata persuasione di dover sottostare alle sue decisioni per evitare il pericolo di subire un pregiudizio, eventualmente maggiore”³¹.

Da tale sentenza è emerso in modo evidente che la Cassazione si sia posta su un piano di sostanziale continuità con le conclusioni già raggiunte dal diritto vivente sui concetti di induzione e costrizione, proprio perché, con l'introduzione dell'art 319 *quater*, l'intenzione legislativa è stata quella di garantire una sostanziale continuità normativa rispetto alla vecchia concussione per induzione. Non ci sono quindi ragioni, secondo la Corte, per distaccarsi dagli orientamenti giurisprudenziali precedenti alla riforma, basati sulla “intensità della pressione prevaricatrice”, sul “mezzo utilizzato” e sul conseguente grado di coartazione morale provocato nella psiche del privato.

“La punizione dell'indotto, prevista dall'art. 319 *quater* c.p., non legittima l'abbandono della pregressa impostazione, proprio perché trova la sua ragion d'essere nel carattere più blando della pressione su di lui esercitata dall'agente pubblico, il che gli consente di resistere e, se non lo fa, è giusto che venga punito, anche se in modo più lieve rispetto all'induttore”³².

Tale *iter* argomentativo è stato però parecchio criticato in dottrina³³, poiché, sostenendo questo “orientamento quantitativo-soggettivizzante”³⁴, i giudici di legittimità, si sono mostrati totalmente indifferenti alla recente modifica legislativa della normativa anticorruzione. Classificando infatti l'induzione indebita come “un reato naturalisticamente plurisoggettivo, ma normativamente monosoggettivo”, hanno conservato come unico criterio valevole quello già sostenuto dalla giurisprudenza *pre* riforma, con un “approccio ermeneutico” chiaramente conservatore, e una totale “svalutazione assiologica della nuova punibilità del soggetto destinatario della condotta di induzione

³¹ Cass. Pen. Sez. VI, n. 52/2002; Cass. Pen., Sez. VI, n.14353/2002; Cass. Pen., Sez. VI, n. 33843/2008; Cass. Pen., Sez. VI, n. 25694/2011; Cass. Pen., Sez. VI, n.36/2012

³² Cass. Pen., S.U., 12228/2013, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pag. 1535.

In senso conforme: Cass. Pen., Sez. VI, n. 28431/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 28412/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 11942/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 12373/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 12388/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 21192/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 18968/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 17285/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 16154/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 3093/2012; Cass. Pen., Sez. VI, n. 8695/2012

³³ In questo senso GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successivi*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2013, pag. 6

³⁴ SESSA, *Il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale*, in www.dir.pen.cont.it, 2014, pag. 243

indebita”³⁵ che invece, secondo tale dottrina, rappresenta, se non l’unico, l’elemento decisivo di profondo mutamento rispetto al passato.

Ma se tale criterio poteva considerarsi appropriato in passato, quando l’art. 317 c.p. era una fattispecie monosoggettiva mista, caratterizzata dalla punibilità della sola parte pubblica per entrambe le condotte delittuose, non può più essere altrettanto adeguato a seguito dello “spacchettamento” della concussione, per giustificare la sottoposizione a pena del privato nella induzione indebita, poiché è un criterio che sembra basare la punibilità esclusivamente sul disvalore della condotta derivante dalla “mancata resistenza alla indebita pretesa”³⁶ della parte pubblica.

- ***La sentenza “Roscia”***

Passiamo a questo punto ad esaminare il secondo orientamento della Cassazione, risultante dalla sentenza Roscia³⁷, la quale, distaccandosi dall’impostazione seguita dai giudici precedenti, si è mossa su un piano molto più “oggettivizzante” rispetto alla sentenza Nardi.

In tale pronuncia di ultimo grado, infatti, la sezione VI della Corte di Cassazione, ha seguito tutt’altro percorso argomentativo: ha cominciato con l’analizzare la differenza semantica tra le due disposizioni oggetto di analisi (art. 317 c.p. e art. 319 *quater* c.p.), muovendo “dalla constatazione che quello che distingue la disposizione dell’attuale art.317 c.p. dal nuovo articolo 319 *quater* del codice, è l’uso del termine “costringe” da parte della prima disposizione rispetto al termine “induce” da parte della seconda”³⁸, ritenendo che tale differenza semantica sia fondamentale al fine che qui interessa, poiché, mentre la costrizione include sia la condotta che il relativo effetto, l’induzione, invece, si riferisce al solo risultato della condotta, senza considerare il modo in cui questo si sia realizzato.

Da ciò deriva, secondo i giudici, l’ulteriore conseguenza che, “nella dicotomia costringe - induce di cui agli artt. 317 e 319 *quater*, l’induzione, per la atipicità della relativa condotta, è il fenomeno

³⁵ SESSA, *Il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale*, in www.dir.pen.cont.it, 2014, pag. 244

³⁶ GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successivi*, in www.dir.pen.cont.it, 2013

³⁷ Cass. Pen., Sez. VI, n. 3251/2012, Roscia

In senso conforme Cass. Pen., Sez. VI, n. 7495/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 13047/2013

³⁸ Cass. Pen., Sez. VI, n. 3251/2012, Roscia

residuale perché comprende tutto quello che si realizza senza la costrizione. A sua volta, come si è detto, il termine costringe è descrittivo e corrisponde al fatto di chi impiega violenza fisica o morale o, in altri termini, usa violenza o minaccia per piegare qualcuno a un'azione non gradita. (...) Quindi, sotto un profilo strettamente semantico, potrebbe dirsi che compie il reato di cui all'art.317 c.p. il pubblico ufficiale che abusando della sua qualità o delle sue funzioni, impiega violenza o minaccia per ricevere indebitamente la consegna o la promessa di denaro o di altra utilità”.

Tuttavia, l'elemento semantico può rappresentare, secondo la Corte, solamente una prima fase di valutazione, alla quale deve necessariamente seguire il secondo livello, costituito dall'analisi sistematica. Questa ha portato i giudici della sentenza Roscia prima di tutto ad escludere dall'ambito applicativo dell'art 317 c.p. la violenza fisica, poiché, anche se risultante dal testo della norma, mal si adatta alla condotta di abuso della qualità o dei poteri, in quanto eccedente notevolmente rispetto a questi - salvo le ipotesi in cui l'agente abbia il potere di esercitare la forza fisica) – e a farla rientrare in altre fattispecie di reato, quale l'estorsione aggravata dall'abuso di qualità del soggetto agente.

“Resta quindi la minaccia, e questa nel linguaggio giuridico è la prospettazione di un danno ingiusto (cfr. art.612 c.p.). Talché compie il reato di cui all'art.317 c.p. chi costringe e cioè chi, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, prospetta un danno ingiusto per ricevere indebitamente la consegna o la promessa di denaro o di altra utilità. Di converso, stante il già detto ambito residuale della norma, compie il reato di cui all'art. 319 quater chi, per ricevere indebitamente le stesse cose, prospetta una qualsiasi conseguenza dannosa che non sia contraria alla legge”³⁹.

In questo secondo caso, secondo la Corte - non può tecnicamente parlarsi di minaccia, proprio perché - il danno non è *iniuria datum*, e quindi non può esserci la costrizione, anche se il risultato viene comunque raggiunto, dato che il privato viene indotto alla promessa o alla consegna dell'indebito. Tale interpretazione sarebbe legittimata, inoltre, da “un razionale assetto dei valori in gioco che non può essere trascurato”: è ragionevole, infatti, la più severa punizione di chi prospetta un danno ingiusto rispetto a colui che prospetta un pregiudizio conseguente all'applicazione della legge; e, in questa ultima evenienza, è ragionevole la punizione anche del soggetto privato che, aderendo alla pretesa dell'indebito avanzata dal pubblico agente, persegue un proprio interesse ed orienta il suo agire nell'ottica del tornaconto personale, ponendo così in essere una condotta rimproverabile⁴⁰.

³⁹ Cass. Pen., Sez. VI, n. 3251/2012, Roscia

⁴⁰ Cass. Pen., S.U., n. 12228/2013, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pag. 1536

Sentenze conformi: Cass. Pen., Sez. VI, n. 29338/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 26285/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 16566/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 13047/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 17943/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 17593/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 7495/2012; Cass. Pen., Sez. VI, n. 3251/2012

Ecco che rispetto alla sentenza Nardi, la Corte ha fatto un passo in avanti sia sul piano della presa di distanza dagli orientamenti giurisprudenziali *pre* riforma, sia su quello della maggiore tipizzazione delle due fattispecie: non si è limitata, infatti, a mettere in evidenza la diversa intensità della condotta che caratterizza le due figure delittuose, e il relativo effetto condizionante sulla psiche della vittima/complice; partendo piuttosto dalla combinazione tra la *ratio* ispiratrice della legge Severino - cioè evitare che la concussione diventasse una semplice via di fuga dalla responsabilità penale del privato “connivente” - e il principio di colpevolezza di cui all’art 27 della Costituzione ⁴¹ - il cui rispetto impone di condannare “una condotta riprovevole del privato, avente quindi un contenuto di disvalore” ⁴² - è arrivata alla conclusione che sarebbe anticostituzionale basare la punibilità del privato sulla mera circostanza che quest’ultimo non si sia preventivamente dissociato dal reato, nonostante la presenza di una pressione psicologica oggettivamente più blanda rispetto alla costrizione vera e propria. Diventa piuttosto necessario, secondo i giudici, spostare l’attenzione su un altro aspetto, quello dell’oggetto della prospettazione: un “danno ingiusto o *contra ius*” nella concussione, e “una qualsiasi conseguenza dannosa che non sia tuttavia contraria alla legge” nella induzione indebita ⁴³.

Questo secondo orientamento giurisprudenziale, basato su quello che è stato definito un approccio “qualitativo-oggettivizzante” ⁴⁴, al fine di superare una pretesa di punibilità del privato legata ad un aspetto puramente “eticizzante non rispondente a finalità normativo-superiori di integrazione sociale” ⁴⁵, è stato senza dubbio maggiormente condiviso dalla dottrina rispetto a quello risultante dalla sentenza Nardi. *In primis*, la sentenza Roscia è stata interpretata come una chiara manifestazione di

⁴¹ GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successori*, in www.dir.pen.cont.it, 2013, pag. 9

⁴² GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successori*, in www.dir.pen.cont.it, 2013, pag. 9

⁴³ Contro la sentenza Roscia, GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successori*, in www.dir.pen.cont.it, 2013, pag. 9: “c’è da chiedersi se la seconda opzione (seguita nei casi Roscia, Gori e Piccino), ravvisando il disvalore penale stigmatizzato con la punibilità del privato per la prima volta prevista dall’art 319 quater, co. 2 c.p., non già, in una prospettiva eticizzante, nella mancata resistenza alla pressione (pur blanda) esercitata dal pubblico agente, quanto nel fatto che il privato approfitti della stessa per perseguire un vantaggio ingiusto, non finisca per assegnare alla fattispecie di cui all’art. 319 quater c.p. una connotazione più prossima a quella dei delitti di vera corruzione, come tale non spiegabile in considerazione della sola consistenza o forma della condotta di pressione tenuta dall’agente pubblico e della conseguente portata dell’effetto psicologico prodotti”

⁴⁴ SESSA, *Il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale*, in www.dir.pen.cont.it, 2014, pag. 243

⁴⁵ SESSA, *Il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale*, in www.dir.pen.cont.it, 2014, pag. 243

Per l’idea della pena come strumento di integrazione sociale MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, pag. 68 e ss.

presa di distanza dal modello conservativo della “invarianza”, in favore di una “interpretazione evolutiva”, poiché ha colto, per la prima volta a livello giurisprudenziale, l’aspetto essenziale della riforma del 2012 della necessaria punibilità del “falso concusso”; in secondo luogo ha sancito un criterio distintivo “oggettivo-giuridico”, e non “soggettivo-moralistico”, tra le due fattispecie, limitando la condotta costringitiva all’esistenza di una minaccia reale, eventualmente anche implicita, purché prospettante un danno *contra ius*, e quella induttiva allo spazio residuo della “non minaccia”, con prospettazione di un danno *secundum ius*, e punibilità del privato, in quanto “di fatto mira ad un risultato illecito a lui favorevole”⁴⁶.

Il merito della sentenza Roscia, sta quindi nell’aver individuato per prima, un chiaro e autonomo ambito di operatività delle due fattispecie, legato alla natura ingiusta o conforme alla legge dell’oggetto della prospettazione al privato, col fine di determinarlo alla dazione indebita⁴⁷.

- *La sentenza “Melfi”*

L’ultima posizione giurisprudenziale precedente all’intervento “chiarificatore” delle Sezioni Unite è emersa dalla sentenza Melfi⁴⁸.

In tale pronuncia la Corte di legittimità, dopo aver criticato la conclusione raggiunta nella sentenza Roscia, relativamente al diverso significato letterale dei verbi “costringere” e “indurre”, ritenendo piuttosto che entrambe le formule lessicali siano idonee ad indicare sia la condotta che il relativo effetto, si è soffermata su quella che dovrebbe essere la reale differenza tra le due condotte, consistente nel fatto che “la prima descrive una **più netta iniziativa** finalizzata alla coartazione psichica dell’altrui volontà, che pone l’interlocutore di fronte ad un *aut-aut*, ed ha l’effetto di obbligare questi a dare o promettere, sottomettendosi alla volontà dell’agente (*voluit quia coactus*); la seconda una **più tenue azione** di pressione psichica sull’altrui volontà, che spesso si concretizza in forme di persuasione o di suggestione, ed ha come effetto quello di condizionare ovvero di spingere

⁴⁶ GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discretivo e i profili successivi*, in www.dir.pen.cont.it, 2013, pag. 7

⁴⁷ SESSA, *Il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale*, in www.dir.pen.cont.it, 2014, pag. 244 e ss.

⁴⁸ Cass. Pen., Sez. VI, n. 11794/2013, Melfi

taluno a dare o promettere, ugualmente soddisfacendo i desiderata dell'agente (*coactus tamen voluit*)”⁴⁹.

I giudici sembrano, quindi, in uno stadio argomentativo iniziale, aver voluto recuperare il primo orientamento risultante dalla sentenza Nardi, facendo nuovamente riferimento alla “più netta o più tenue” intensità della condotta e al suo effetto psichico sul privato, ritenendo che, inevitabilmente quest'ultima, per essere idonea a realizzare tale risultato, dovrà consistere nella prospettazione, esplicita o meno, di un male o di un pregiudizio, patrimoniale o meno, perché solo il timore di subirlo porterà il privato a dare o promettere utilità per evitare tale male.

Allo stesso tempo, però, la Corte si è allontanata dalla sentenza Roscia, poiché non ha condiviso l'idea della necessaria dicotomia concussione-male *contra ius*/induzione-male *secundum ius*, in quanto la pressione psichica che subisce il privato, “potrebbe tradursi anche nella prospettazione, da parte dell'agente, di una conseguenza dannosa, derivante dall'esercizio dei suoi poteri in maniera formalmente doverosa, conforme al diritto ovvero ad esso non contraria: prospettazione che diventa ingiusta perché connessa al perseguimento di un fine illecito, posto che l'omesso esercizio di quel potere viene condizionato dal soddisfacimento dell'indebita richiesta di dazione o di promessa. La condotta del pubblico funzionario è, dunque, capace di condizionare illecitamente la volontà altrui, in quanto espressione di uno sviamento di potere, tenuto conto che il suo esercizio o la prospettazione dell'esercizio, lungi dal realizzare quell'interesse pubblico cui l'iniziativa è solo in apparenza ispirata, diventa, in concreto, il mezzo per soddisfare un interesse privato⁵⁰.

Avendo rifiutato il criterio del male giusto o ingiusto, e non potendosi ritenere sufficiente, per non incorrere negli stessi errori della sentenza Nardi, il criterio basato sulla gravità della coartazione morale subita dal soggetto passivo del reato, la Corte ha ritenuto necessario utilizzare in via suppletiva il criterio basato sul danno o il vantaggio come movente della scelta di sottomissione del privato.

Partendo infatti dalla constatazione della volontà legislativa di sottoporre a pena il privato nella induzione indebita, ha ritenuto conseguentemente indiscutibile che la posizione del “privato indotto” non sia assimilabile a quella del “privato concusso”, poiché non è più vittima in una fattispecie monosoggettiva, ma concorrente in un reato a concorso necessario. Da qui la necessità di trovare un criterio maggiormente oggettivo, meno “evanescente” di quello basato sulla libertà di scelta residua a seguito della coartazione, soprattutto in quei casi limite che appartengono alla “zona grigia” della

⁴⁹ Cass. Pen., Sez. VI, n. 11794/2013, Melfi

⁵⁰ In senso sostanzialmente conforme Cass. Pen., Sez. VI n. 45034/2010; Cass. Pen., Sez. VI, n. 33843/2008

c.d. “concussione ambientale”, in cui la semplificazione delle dinamiche comunicative tra le parti coinvolte, può comportare che “una proposta avanzata in maniera larvata o subdolamente allusiva, ovvero in forma implicita o indiretta, abbia ridotto fino quasi ad annullare (...) la libertà di autodeterminazione del privato”⁵¹, mentre in altre circostanze l’avrebbe solamente attenuata.

In questi casi, secondo la Corte, il criterio distintivo tra le due fattispecie in esame non può che essere quello del danno temuto o del vantaggio perseguito dal privato, come motivo ispiratore della sua dazione di danaro o altra utilità: il privato “è certamente persona offesa di una concussione per costrizione se il pubblico agente, pur senza l’impiego di brutali forme di minaccia psichica diretta, lo ha posto di fronte all’alternativa “secca” di accettare la pretesa indebita, oppure di subire il prospettato pregiudizio oggettivamente ingiusto: al destinatario della richiesta non è lasciato, in concreto, alcun apprezzabile margine di scelta, ed è solo vittima del reato perché, lungi dall’essere motivato da un interesse al conseguimento di un qualche vantaggio diretto, si determina a dare o promettere esclusivamente per evitare il pregiudizio minacciato. Al contrario, il privato è punibile come coautore nel reato se il pubblico agente, abusando della sua qualità o del suo potere, formula una richiesta di dazione o di promessa, ponendola come condizione per il compimento o per il mancato compimento di un atto, di un’azione o di una omissione, da cui il destinatario della pretesa trae direttamente un vantaggio indebito: dunque, egli non è vittima ma partecipe laddove abbia conservato un significativo margine di autodeterminazione o perché la pretesa gli è stata rivolta in forma più blanda o in maniera solo suggestiva, ovvero perché egli è stato “allettato” a soddisfare quella pretesa dalla possibilità di conseguire un indebito beneficio, il cui perseguimento finisce per diventare la ragione principale della sua decisione”⁵².

La VI sezione penale della Corte, quindi, all’interno di tale pronuncia, sembra aver voluto fondere gli orientamenti delle due precedenti sentenze, per collocarsi in una posizione intermedia, col fine di soddisfare in pieno l’intenzione legislativa di configurare l’induzione indebita come una figura intermedia tra concussione e corruzione: ha infatti adottato come primo criterio discretivo quello della gravità della pressione psicologica causata al privato dalla condotta abusiva (come nella sentenza Nardi), che è elemento comune a concussione e induzione, differenziandosi nelle due fattispecie solamente per la maggiore o minore intensità della condotta stessa, per poi configurare l’induzione indebita solo quando sia residuo un consistente margine di libertà di scelta in capo al privato, “o perché ha subito una più tenue pretesa intimidatoria, alla quale, senza eccessivi sforzi, ben avrebbe

⁵¹ Cass. Pen., Sez. VI, n. 3251/2012, Melfi

⁵² Cass. Pen., Sez. VI, n. 3251/2012, Melfi

potuto resistere, ovvero perché, da quella dazione o promessa, ha tratto un vantaggio non dovutogli, al cui conseguimento, in una logica quasi “negoziale”, ha finito per parametrare la sua decisione”⁵³ (come nella sentenza Roscia) . In questo caso, il privato risponderà penalmente della propria condotta criminosa in quanto coautore del reato, e verrà quindi perseguito esattamente come il privato corruttore⁵⁴.

La differenza principale con la sentenza Roscia, rispetto al requisito del vantaggio perseguito dal privato, consiste perciò nel fatto che questo non è concepito come un requisito imprescindibile per la configurazione della induzione, ma come un “criterio integrativo”⁵⁵ rispetto a quello della pressione psichica, potendo rilevare indifferentemente anche quello basato sulla mancata dissociazione dal reato, senza che tale scelta sia necessariamente riconducibile al perseguimento di un vantaggio.

- *La sentenza “Maldera”: l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite*

Una volta analizzati i tre orientamenti fatti propri dalle differenti correnti giurisprudenziali nelle sentenze Nardi, Roscia e Melfi, è opportuno soffermarsi sulla pronuncia delle Sezioni unite della corte di Cassazione. La questione di diritto per la quale i ricorsi sono stati rimessi alle Sezioni Unite era la seguente: quale fosse, “a seguito della L. 6 novembre 2012, n. 190, la linea di demarcazione tra la fattispecie di concussione (prevista dal novellato art. 317 c.p.) e quella di induzione indebita a dare o promettere utilità (prevista dall’art. 319 *quater* c.p., di nuova introduzione) soprattutto con riferimento al rapporto tra la condotta di costrizione e quella di induzione e alle connesse problematiche di successione di leggi penali nel tempo”⁵⁶, col fine di giustificare da un lato la sottoposizione a pena del privato *ex art. 319 quater*, dall’altra la previsione per quest’ultimo di una pena più lieve rispetto alla corruzione. Anche se, in questa opera di chiarificazione, la giurisprudenza

⁵³ Cass. Pen., Sez. VI, n. 3251/2012, Melfi

⁵⁴ Sentenze conformi: Cass. Pen., Sez. VI, n. 20428/2013; Cass. Pen., Sez. III, n. 26616/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 21975/2013; Cass. Pen., Sez. VI, n. 11944/2013

⁵⁵ GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discretivo e i profili successivi*, in www.dir.pen.cont.it, 2013, pag. 12

⁵⁶ Cass. Pen., S.U., n. 12228/2013, Maldera

sembra essere andata ben al di là delle intenzioni del legislatore, pur mantenendo la continuità normativa con la vecchia fattispecie ⁵⁷.

Le Sezioni Unite si sono soffermate inizialmente sui motivi ispiratori della Legge Severino – la cui *ratio*, si ribadisce, era quella di adeguarsi alle spinte internazionali di riforma ⁵⁸ per “chiudere ogni possibile spazio di impunità del privato, non costretto ma semplicemente indotto a pagare una tangente” ⁵⁹ e, sul piano interno, la necessità di un contrasto più potente ai fenomeni corruttivi - per poi concentrarsi sul nuovo ruolo che è chiamato a rivestire il privato nella fattispecie di cui al 319 *quater*, in cui da vittima è stata trasformata in complice necessario del reato. Questo è coerente con la diversa natura delle due fattispecie: la concussione è infatti un reato plurioffensivo che oltre al buon andamento e alla imparzialità della P.A., protegge il privato che viene leso nella sua libertà di autodeterminazione; l’induzione indebita, invece, è una fattispecie monoffensiva a danno della P.A., che il privato concorre ad integrare.

Da ciò deriva l’avvicinamento dell’induzione all’orbita della corruzione” ⁶⁰ rispetto a quella della concussione. Proprio per questo è necessario, secondo la Corte, “riflettere sulla riformulazione dell’art 317 c.p., che ha circoscritto il reato di concussione alla sola condotta di costrizione posta in essere dal pubblico ufficiale, e sulla nuova figura, scorporata dal previgente 317, della induzione indebita a dare o promettere utilità di cui al 319 *quater*, la quale, palesandosi come fattispecie intermedia tra concussione e corruzione, configura il margine di confine tra condotta sopraffattrice e scambio corruttivo. (...) E’ in questa ottica concreta e pragmatica, che va letta, per la parte che qui interessa, la novella del 2012”.

In un secondo momento la Corte ha ripercorso, per poi ripudiare, tutti e tre gli orientamenti precedenti: il primo (sentenza Nardi), perché “pur delineando correttamente, dal punto di vista teoretico, le nozioni di costrizione e induzione, non ne coglie i reali profili contenutistici ed affida la sua scelta ad

⁵⁷ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 137

⁵⁸ “L’esigenza di adeguare la normativa interna agli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese con la Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione (Convenzione di Merida), adottata dall’Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e ratificata in Italia con la L. 3 agosto 2009, n. 116, e con la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio di Europa del 27 gennaio 1999, ratificata in Italia con la L. 28 giugno 2012, n. 110. Non vanno - peraltro - sottaciuti i penetranti rilievi formulati sull’Italia, sin dal 2001, dal *Working Group on Bribery* (WGB) dell’OCSE, rilievi ripresi dal rapporto di valutazione redatto dal *Group of States against corruption* (GRECO) nella riunione plenaria svoltasi a Strasburgo il 20-23 marzo 2012: si osservava, in quest’ultimo rapporto, che l’allora vigente art. 317 c.p., può “portare a risultati irragionevoli, in quanto colui che offre la tangente ha il diritto insindacabile di essere esentato dalla sanzione” e si invitava il nostro legislatore ad “esaminare in modo approfondito la pratica applicazione del reato di concussione (...) al fine di accertare il suo eventuale uso improprio nelle indagini e nell’azione penale nei casi di corruzione”, Cass. Pen., S.U., n. 12228/2013, Maldera

⁵⁹ Cass. Pen., S.U., n. 12228/2013, Maldera

⁶⁰ Cass. Pen., S.U., n. 12228/2013, Maldera

un'indagine psicologica dagli esiti improbabili, che possono condurre ad una deriva di arbitrarietà. Il secondo (sentenza Roscia), ha indubbiamente il pregio di individuare indici di valutazione oggettivi e sicuramente utilizzabili ai fini che qui interessano, ma incontra il limite della radicale nettezza argomentativa che lo contraddistingue, la quale mal si concilia con l'esigenza di apprezzare l'effettivo disvalore di quelle situazioni ambigue, che lo scenario della illecita locupletazione da abuso pubblicistico frequentemente evidenzia. Il terzo (sentenza Melfi), nel tentativo di ricondurre ad unità gli altri due orientamenti, mostra passaggi argomentativi che possono creare qualche equivoco, soprattutto nella parte in cui, pur sostenendo che in situazioni al limite, il criterio tradizionale della intensità della pressione dev'essere integrato da quello del vantaggio indebito, sembra comunque riservare, in relazione ad altre non meglio specificate situazioni, un'autonoma valenza alla verifica soggettivizzante, replicando così, per questa parte, i limiti del primo orientamento”.

Una volta esaurite tali questioni preliminari, la Corte è entrata nel vivo della questione: dopo aver nuovamente ribadito la differenza tra condotta costrittiva e induttiva, basata sempre sulla “maggiore carica intimidatoria” in un caso e la “più sfumata azione di pressione dell'agente pubblico sull'altrui volontà” nell'altro, richiamando sul punto anche quanto affermato dal Guardasigilli ⁶¹, si è concentrata sull'elemento comune alle due fattispecie, costituito dall'abuso della qualità o dei poteri, che non è stato concepito come “presupposto del reato”, ma come “strumento attraverso il quale l'agente pubblico innesca il processo causale che conduce all'evento terminale: il conseguimento dell'indebita dazione o promessa”. Si tratterebbe, quindi, di un elemento distinto, ma allo stesso tempo legato alle condotte di costrizione e di induzione, poiché è all'abuso *in primis* che va ricondotto lo stato psichico in cui versa il privato, ma l'abuso si fonda con la costrizione o l'induzione, poiché “costrizione o induzione” determinata dall'abuso, qualifica lo specifico disvalore dei corrispondenti reati di cui agli artt. 317 e 319 quater c.p.”.

⁶¹ In risposta alla presentazione di emendamenti, nella seduta del 10 maggio 2012 delle Commissioni riunite 1^a e 2^a della Camera dei Deputati: "...la concussione è stata circoscritta ai soli casi in cui la condotta dell'autore del reato abbia determinato una vera e propria costrizione in capo al privato, e quindi la soggettività attiva e la conseguente punibilità sono state limitate al pubblico ufficiale in quanto titolare dei poteri autoritativi atti ad incutere il *metus publicae potestatis*. Le condotte di induzione (...) sono state invece scorporate in un'autonoma fattispecie di reato, quella di indebita induzione a dare o promettere denaro o altra utilità, nella quale sono soggetti attivi tanto il pubblico ufficiale quanto l'incaricato di pubblico servizio e la punibilità è estesa anche al privato, in quanto questi non è costretto, ma semplicemente indotto alla promessa o dazione, cioè mantiene un margine di scelta tale da giustificare l'irrogazione di una pena nei suoi confronti, seppure in misura ridotta rispetto a quella prevista per il pubblico agente"; ed ancora, intervenendo nella seduta del 29 ottobre 2012 della Camera dei Deputati in occasione della discussione del disegno di legge, il Guardasigilli sottolineava, tra l'altro, che "nel nostro ordinamento si può creare una certa confusione tra chi è certamente vittima del reato e chi in qualche modo ha contribuito allo stesso. È per questo che abbiamo introdotto la fattispecie intermedia della concussione per induzione"

La Corte ha poi delineato le tipiche modalità di estrinsecazione della condotta costringitiva: sono infatti la violenza e la minaccia, insieme al conseguente contegno del privato, a costituire il vero cuore del problema.

In primo luogo è stata analizzata l'ipotesi della "violenza": essendo quest'ultima un caso marginale che può venire in considerazione solo se riferita a soggetti che siano giuridicamente legittimati ad utilizzare la forza fisica e che abusino del potere in questione, tale forma di costrizione potrà integrare il reato in esame solo "nell'ipotesi in cui il soggetto attivo disponga di poteri di contenzione o di immobilizzazione (si pensi alle forze di polizia)". Ma è in realtà sulla minaccia, si è sostenuto, che bisogna concentrare maggiore attenzione e relativamente alla quale si consuma il vero *discrimen* tra le due fattispecie: "A differenza della violenza, che contiene già di per sé un male, l'essenza della minaccia, quale forma di violenza morale, risiede nella prospettazione ad altri di un male futuro ed ingiusto, che è nel dominio dell'agente realizzare"; si tratta quindi di una "forma di sopraffazione prepotente, aggressiva e intollerabile socialmente"⁶², che si caratterizza per avere ad oggetto un "male o un danno ingiusto o *contra ius*", con la conseguenza inevitabile che il destinatario di tale prospettazione minacciosa non potrà che esserne la vittima, e non potrà che realizzarsi la concussione.

La minaccia dev'essere quindi "circoscritta all'annuncio da parte dell'agente di un male o danno ingiusto, vale a dire di un sopruso, di un illecito che abbia idoneità ad incutere timore, paura in chi lo percepisce, sì da pregiudicarne l'integrità del benessere psichico e la libertà di autodeterminazione", fermo restando che non necessariamente dovrà assumere forma esplicita, tramite espressioni brutali, ma potrà anche avere una forma velata e quindi implicita, purché abbia avuto una carica intimidatoria analoga a quella espressa.

In tale ottica si coglie la caratteristica fondamentale della concussione: essa esercita una "costrizione psichica relativa" sul privato, una "*vis compulsiva*", che lo pone di fronte a un *aut-aut*, o sottostare alla richiesta criminosa, oppure subire il male minacciato, in quanto "ingenera *ab extrinseco* il timore di un male *contra ius*, per scongiurare il quale il destinatario finisce con l'aderire alla richiesta dell'indebita dazione o promessa".

Al contrario, l'induzione indebita si caratterizza per la totale assenza di minaccia. Ecco che già si può cogliere il primo criterio distintivo tra le due fattispecie, che dev'essere ricercato nella "dicotomia "minaccia - non minaccia", riconducendo a quest'ultima l'ipotesi in cui il privato subisca una alterazione del suo processo volitivo, in quanto condizionato da un rapporto non paritario con la

⁶² Cass. Pen., S.U., n. 12228/2013, Maldera

controparte, ma mantenga una libertà di determinazione (*coactus tamen voluit*), poiché i comportamenti della parte pubblica, pur essendo sempre abusivi, configurano sicuramente delle condotte più blande, consistenti, nel silenzio nella norma, “nella persuasione, nella suggestione, nell’allusione, nel silenzio e nell’inganno”⁶³ anche variamente e opportunamente collegati e combinati tra di loro, purché tali atteggiamenti non si risolvano nella minaccia implicita, da parte del pubblico agente, di un danno antiggiuridico, senza alcun vantaggio indebito per l’*extraneus*”⁶⁴.

Tuttavia, “il vero indice rivelatore del significato dell’induzione” è stato individuato dalle Sezioni Unite nella punibilità del privato, il quale, nella nuova struttura dell’art 319 *quater*, non è più vittima del pubblico ufficiale, ma viene qualificato come compartecipe del reato; “il che giustifica, in coerenza con i principi fondamentali del diritto penale e con i valori costituzionali (colpevolezza, pretesa punitiva dello Stato, proporzione e ragionevolezza), la punibilità dell’indotto”. Ha affermato infatti la Corte che il perseguimento di un indebito vantaggio da parte del privato è il “criterio d’essenza” della fattispecie in questione, che giustifica la perseguibilità penale dello stesso, non solo in “chiave motivazionale” dell’azione del privato, come avevano sostenuto i giudici di legittimità nella sentenza Melfi, ma come elemento normativo essenziale della norma incriminatrice⁶⁵.

Proprio perché nella induzione il privato non si può considerare vittima come nella concussione, l’ordinamento gli impone di “resistere alle indebite pressioni del pubblico agente” e di “non concorrere con costui nella conseguente lesione di interessi facenti capo alla P.A.”. Se cede alle pressioni del pubblico ufficiale, pur possedendo un’autonomia decisionale che gli consentirebbe di opporsi, agisce per inseguire un proprio vantaggio e non per evitare un danno; non esiste infatti alcuna minaccia di danno ingiusto, ma al contrario la prospettiva di un vantaggio causalmente dipendente dalla retribuzione a favore del soggetto pubblico⁶⁶.

Questo rappresenterebbe il motivo giustificatore sia dell’assoggettamento a pena del privato nell’induzione, sia della previsione di una pena più lieve rispetto a quella prevista per il privato

⁶³ Sempre che quest’ultimo non verta sulla doverosità della dazione o della promessa, del cui carattere indebito il privato resta perfettamente conscio; diversamente, si configurerebbe il reato di truffa

⁶⁴ Cass. Pen., Sez. VI, n. 25694/2011; Cass. Pen., Sez. VI, n. 33843/2008; Cass. Pen., Sez. VI, n. 49538/2003; Cass. Pen., Sez. VI, n. 14353/2002; Cass. Pen., Sez. VI, n. 52/2002; Cass. Pen., Sez. 6, n. 4073/1999; Cass. Pen., Sez. VI, n. 11258/1998; Cass. Pen., Sez. VI, n. 5569/1998; Cass. Pen., Sez. II, n. 2809/1995; Cass. Pen., Sez. VI, n. 2985/1993; Cass. Pen., Sez. VI, n. 2972/1979

⁶⁵ COLLICA, *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, in www.dir.pen.cont.it, 2017

⁶⁶ RONCO, *L’amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. pen.*, 2013, pag. 47 e ss.

corrotto il quale, operando su un piano di perfetta parità con la P.A., non subirebbe alcun tipo di pressione psicologica da parte di quest'ultima. E il fondamento costituzionale di tale criterio è stato individuato dalle Sezioni Unite nell'art 27 della Costituzione, poiché la punibilità del privato si può giustificare esclusivamente per il "disvalore insito nella sua condotta", che tuttavia può essere colto, non dalla mancata resistenza a delle pressioni criminose, ma dal fatto che abbia approfittato dell'abuso del pubblico ufficiale, solamente per perseguire un indebito vantaggio.

"Conclusivamente, il funzionario pubblico, ponendo in essere l'abuso induttivo, opera comunque da una posizione di forza e sfrutta la situazione di debolezza psicologica del privato, il quale presta acquiescenza alla richiesta non certo per evitare un danno *contra ius*, ma con l'evidente finalità di conseguire un vantaggio indebito (*certat de lucro captando*). Mutuando una felice espressione di autorevole dottrina, può affermarsi che l'induzione "non costringe ma convince". Il soggetto privato cede alla richiesta del pubblico agente non perché coartato e vittima del *metus* nella sua espressione più forte, ma nell'ottica di trarre un indebito vantaggio per sé (scongiurare una denuncia, un sequestro, un arresto legittimi; assicurarsi comunque un trattamento di favore), attivando così una dinamica completamente diversa da quella che contraddistingue il rapporto tra concussore e concusso e ponendosi, pur nell'ambito di un rapporto intersoggettivo asimmetrico, in una logica negoziale, che è assimilabile a quella corruttiva — sintomatica la collocazione topografica dell'art. 319 *quater* c.p., in calce ai delitti di corruzione — e conduce, se non ad escludere, quanto meno ad attenuare notevolmente anche il *metus publicae potestatis*, concettualmente poco conciliabile con la scelta opportunistica ed avvertito solo come oggettiva "soggezione" alla posizione di preminenza del funzionario pubblico"⁶⁷.

- *I casi "borderline"*

Le Sezioni Unite della Cassazione, tuttavia, non si sono fermate qui.

Infatti, al di là del sostegno dei criteri "generali" appena analizzati, i quali, anche se diversamente argomentati, erano già stati avanzati e ampiamente giustificati da giurisprudenze precedenti, la grande

⁶⁷ Cass. Pen., S.U., n. 12228/2013, Maldera

novità di questa sentenza è consistita nella presa di coscienza del carattere fondamentalmente indicativo e non tassativo di tali criteri.

La stessa Corte, infatti, ha ammesso che il “*discrimen* tra i concetti di costrizione e induzione è certamente fruibile, senza alcuna difficoltà, in quei casi in cui la situazione di fatto non evidenzia incertezze di sorta, nel senso che appare chiaro, sul piano probatorio, l’effetto perentoriamente coartante ovvero quello persuasivo che l’abuso del pubblico agente cagiona sulla libertà di autodeterminazione della controparte”.

Non si può prescindere, però, dal constatare che molto spesso la realtà empirica è estremamente variegata, e che possono esistere delle particolari dinamiche situazionali, che sviluppandosi in contesti di criminalità diffusa, o comunque particolarmente propensi all’illegalità, presentano aspetti molto ambigui o opachi. Da qui la necessità di configurare dei casi c.d. *borderline*, i quali, collocandosi al confine tra concussione e induzione indebita, non sono sussumibili in una categoria o nell’altra, sulla base dei criteri normativi “generali” della minaccia/non minaccia e del danno/vantaggio. In tali ipotesi, sarà piuttosto il giudice a dover procedere alla ricostruzione esatta della vicenda ad egli sottoposta, per poi verificare, nel caso concreto, se il privato sia stato effettivamente vittima o meno di costrizione, nel senso che si sia sentito realmente costretto alla promessa o alla dazione.

1. La prima ipotesi presa in considerazione dalle Sezioni Unite è stata quella dell’abuso di qualità, nella quale il pubblico funzionario “fa pesare” sul privato, al fine di conseguire la promessa o la dazione di utilità, la propria posizione soggettiva, senza però fare alcun tipo di riferimento ad uno specifico atto del proprio ufficio o servizio. In tale peculiare situazione, potrà concretamente accadere o che il privato si senta in una posizione di quasi totale soggezione di fronte alla parte pubblica, e che, per questo, decida di sottomettersi ad essa “per il timore di possibili ritorsioni antigiuridiche”, oppure che sia semplicemente indotto dalla condotta abusiva, e decida di mostrarsi accondiscendente alle richieste, nella prospettiva di futuri favori riconducibili alla “benevolenza” del soggetto pubblico (posto che il vantaggio ingiusto, può essere non solo determinato, ma può derivare anche da una generica “disponibilità clientelare del pubblico agente”⁶⁸.

⁶⁸L’esempio tipico in tal senso, secondo la Corte, è “quello di un appartenente a una forza di polizia che, dopo avere consumato un pranzo con amici in un ristorante, facendo valere il suo status, pretenda di non pagare il conto o di

2. La seconda ipotesi è quella della prospettazione di un danno generico. In questo caso, secondo le S.U., è più semplice arrivare alla conclusione della configurazione dell'induzione indebita, poiché è probabile che sia stato lo stesso destinatario, per "autosuggestione o *metus ab intrinseco*" a caricare di significati negativi il messaggio ricevuto e percepire il paventamento di un danno ingiusto. Di conseguenza, per arrivare a un'incriminazione per concussione, sarà necessaria una rilevante prova positiva in tal senso, poiché "quanto più il supposto danno è indeterminato, tanto più l'intento intimidatorio del pubblico agente e i riflessi gravemente condizionanti - per *metus ab extrinseco* - l'autodeterminazione della controparte, devono emergere in modo lampante, per potere pervenire ad un giudizio di responsabilità per concussione".

3. Ci possono poi essere delle situazioni "miste" o "ambivalenti" di minaccia-offerta o minaccia-promessa, nelle quali il pubblico funzionario non si sia limitato alla prospettazione di un danno ingiusto al privato, ma l'abbia anche allettato con la promessa di un indebito vantaggio. Dato che i due elementi tipici rispettivamente della concussione e dell'induzione, in tale ipotesi convivono, anche qui spetterà al giudice verificare quale dei due aspetti sia prevalso, esplicando una maggiore efficacia motivazionale sul privato: se quest'ultimo abbia promesso o dato utilità perché si è sentito costretto, o perché in cerca di un proprio vantaggio ⁶⁹.

saldarlo in maniera quasi simbolica. tal caso, è necessario contestualizzare la complessiva vicenda, apprezzare e valutare ogni particolare delle modalità comportamentali del pubblico ufficiale e del ristoratore, per stabilire se il primo abbia veicolato un univoco messaggio di sopraffazione verso il secondo, sì da porre quest'ultimo in una condizione di vera e propria coercizione (concussione), ovvero se tra i due interlocutori, nonostante la posizione di preminenza dell'uno sull'altro, si sia comunque instaurata una dialettica utilitaristica, eziologicamente rilevante sotto il profilo motivazionale (induzione indebita)", Cass. Pen., S.U., n. 12228/2013, Maldera

⁶⁹ Con riferimento a questa ipotesi, inoltre, la Corte ha dedicato una certa attenzione a svalutare il criterio basato sulla dicotomia male *contra ius/secundum ius* sostenuto nella sentenza Roscia, ritenendo che mostri tutti i suoi limiti, poiché "nella minaccia-promessa viene in rilievo soltanto l'alternativa tra minaccia di un male ingiusto ed offerta di un vantaggio indebito; quest'ultimo però non fa da contraltare alla mancata adozione di un atto legittimo della pubblica amministrazione e pregiudizievole per il privato. È evidente l'equivoco che può derivare, nella valutazione di una tale situazione, dalla utilizzazione del parametro interpretativo privilegiato dal detto indirizzo. Ad analoga conclusione deve pervenirsi con riferimento al secondo caso ipotizzato, in cui il danno *contra ius* prospettato risulta, per così dire, sfumato nella sua portata intimidatoria e sovrastato dalla "soggezione compiacente" manifestata opportunisticamente dal soggetto privato", Cass. Pen., S.U., n. 12228/2013, Maldera

4. Un'ipotesi particolarmente delicata riguarda, infine, l'esercizio di un potere discrezionale. In questo caso, non può ovviamente essere utilizzato il criterio generale, perché la prospettazione al privato viene effettuata in modo del tutto estemporaneo e pretestuoso. Bisogna però distinguere due ipotesi: la "prospettazione di un esercizio sfavorevole del proprio potere discrezionale, al solo fine di costringere il privato alla prestazione indebita, integra certamente la minaccia di un danno ingiusto, in quanto non funzionale al perseguimento del pubblico interesse, ma chiaro indice di sviamento dell'attività amministrativa dalla causa tipica". Qui il privato è senza dubbio vittima, e quindi concusso, perché si piega all'altrui volontà per scongiurare il danno ingiusto. Diverso è il caso in cui la prospettazione del compimento di un atto discrezionale sia comunque riconducibile ad un'attività amministrativa legittima, e si induca il privato ad unirsi al progetto criminoso per trarne anche lui un qualche vantaggio.

La delicatezza di tale ipotesi, però, deriva dalla circostanza che non possono ignorarsi quelle situazioni nelle quali il privato abbia conseguito un indebito vantaggio, ma in realtà questo sia riconducibile ad uno stato psicologico di costrizione in cui quest'ultimo versava, assimilabile alla coazione morale di cui all'art 54 c.p. comma 3.

In tale peculiare situazione si dovrà necessariamente procedere ad un bilanciamento dei beni giuridici coinvolti, "quello oggetto del male prospettato e quello la cui lesione consegue alla condotta determinata dall'altrui pressione", poiché ponendo essa in gioco beni primari come la vita o la libertà sessuale, il soggetto può essersi determinato al pagamento solo per non sacrificare tale bene ⁷⁰.

I casi appena analizzati dimostrano che il criterio del danno/vantaggio paventato come "criterio normativo generale" dalle Sezioni Unite, in molte ipotesi che rientrano nella "zona grigia" al confine

⁷⁰ Tipico esempio è quello "del primario dell'unità operativa di cardiocirurgia di una struttura pubblica, il quale, per operare personalmente e con precedenza su altri un paziente, pretenda dal medesimo, allarmandolo circa l'urgenza dell'intervento "salvavita", una certa somma di denaro. È indubbio che il paziente, accondiscendendo alla richiesta del medico, si assicura un trattamento di favore rispetto ad altri pazienti non disposti a cedere all'abuso. In realtà, però, non è questa finalità a guidare il suo processo volitivo, che rimane invece gravemente condizionato dalla componente coercitiva evincibile dall'intero contesto: intervento al cuore potenzialmente salvifico, condizionato al pagamento indebito, omettendo il quale, il paziente avverte di esporre a grave rischio la propria vita. Tale ipotesi non può che essere ricondotta nel paradigma della concussione. Altro caso sintomatico è quello del poliziotto che avvicina una prostituta extracomunitaria, che, priva di permesso di soggiorno, esercita per strada il meretricio, e, dopo averle chiesto i documenti, la invita perentoriamente a seguirlo per consumare un rapporto sessuale gratuito. In tale situazione, l'esercizio dei poteri di polizia si appalesa deviato dal fisiologico schema funzionale ed assume evidenti connotati di prevaricazione costrittiva per il coinvolgimento nella pretesa indebita di un bene fondamentale della persona (libertà sessuale) ed in assenza di sintomi di adesione, sia pure "indotta", della donna, e ciò a prescindere dalla natura ingiusta o giusta del danno oggetto del messaggio veicolato dal poliziotto", Cass. Pen., S.U., n. 12228/2013, Maldera

tra la concussione e l'induzione indebita, non è idoneo a fornire una valida guida nel tracciare il *discrimen* tra le due fattispecie criminose.

Non si può infatti ignorare che la previsione di un “criterio casistico” di carattere derogatorio e eccezionale, accanto ai criteri normativi generali, oltre a costituire la più evidente novità introdotta dalla sentenza Maldera, abbia in verità rappresentato ciò che ha maggiormente mostrato i limiti di tali criteri, poiché, al di là dell'ammissione da parte della stessa Corte della loro inadeguatezza a regolare ogni singolo caso concreto, la realtà si è spinta oltre l'immaginario dei giudici. Come dimostrerà l'analisi della giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza Maldera, ciò che doveva costituire regola è diventata eccezione, e “le deroghe” sono state applicate come criteri primari.

- *La giurisprudenza post Maldera*

Come sopra anticipato, una volta analizzata la sentenza Maldera, che avrebbe dovuto risolvere i conflitti ermeneutici emersi dai differenti orientamenti della Cassazione, individuando in via definitiva un criterio unitario e inconfutabile per distinguere la concussione dall'induzione indebita, è molto interessante scoprire come si sia comportata la giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza delle S.U., per verificare se si sia o meno conformata ai criteri generali da queste individuati.

Come osservato da autorevole dottrina ⁷¹, si possono raggruppare le pronunce post-Maldera in tre insiemi:

- Un primo gruppo al quale appartengono le sentenze di conferma della condanna per concussione;
- Un secondo gruppo che riguarda le sentenze di annullamento con rinvio, per la mancanza della prova positiva in ordine all'esistenza della concussione e dell'induzione indebita, ovvero le sentenze di assoluzione dell'imputato;
- L'ultimo gruppo è quello che attiene ai casi in cui il fatto originariamente sussunto nell'art 317 c.p., è stato poi riqualificato come induzione indebita.

⁷¹ BERTOLUCCI, “I conti della serva”. *Funzione nomofilattica al banco di prova della giurisprudenza post-Maldera in tema di concussione vs. induzione indebita*, in *Le Società*, 2016, pag. 1035

Partendo dall'analisi del primo gruppo di sentenze, nelle quali è stata emessa una condanna in ultimo grado per concussione, è ovvio che, seguendo i criteri fissati dalle Sezioni Unite, la condanna per tale delitto sarebbe dovuta conseguire all'accertamento di una costrizione in termini di violenza o minaccia, in quanto il privato è in tali ipotesi "criminologicamente vittima e dogmaticamente persona offesa"⁷². Eppure, ciò che è emerso in modo tanto chiaro quanto allarmante dalle sentenze considerate⁷³, è stato che, salvi due casi in cui i giudici di legittimità hanno qualificato il fatto come concussione conformemente ai criteri della minaccia/non minaccia e del danno/vantaggio⁷⁴, in tutte le altre pronunce oggetto di analisi, essi hanno ritenuto integrato il delitto, sulla base del "criterio casistico", il quale, riferito dalle S.U. solamente ai casi *borderline*, sembra aver rappresentato per i giudici successivi la regola, piuttosto che la deroga.

In particolare, si ravvisa l'utilizzo estremamente frequente del criterio della minaccia-offerta minaccia-promessa (c.d. *thoffer*)⁷⁵ in casi di pagamento di tangenti per l'aggiudicazione di appalti pubblici militari⁷⁶, di malversazione politica per l'ottenimento di autorizzazioni per serate in stabilimenti balneari o di regolarizzazione di abusi edilizi, in cambio di tangenti⁷⁷, di pretese di pagamenti per non denunciare delle irregolarità lavoristiche riscontrate dai carabinieri⁷⁸ e, infine, l'imposizione da parte di un docente dell'acquisto del proprio libro di poesie, in cambio di voti alti a scuola⁷⁹.

Negli altri casi esaminati, conclusisi anche questi con una conferma della condanna per concussione, è stato utilizzato il criterio del bilanciamento tra i beni giuridici coinvolti⁸⁰, della minaccia di utilizzo di potere discrezionale⁸¹ e, infine, quello del "*metus ab intrinseco*"⁸², ma mai quello del danno/vantaggio.

⁷² BERTOLUCCI, "I conti della serva". Funzione nomofilattica al banco di prova della giurisprudenza post-Maldera in tema di concussione vs. induzione indebita, in *Le Società*, 2016, pag. 1035

⁷³ Analisi effettuata da BERTOLUCCI, "I conti della serva". Funzione nomofilattica al banco di prova della giurisprudenza post-Maldera in tema di concussione vs. induzione indebita, in *Le Società*, 2016

⁷⁴ Cass. Pen., Sez. VI, n. 45468/2015, in cui è stato individuato, nonostante l'assenza di una condotta tipica ex art 317 c.p., l'assenza dell'indebito vantaggio perseguito dal privato, da considerare quindi vittima della parte pubblica; Cass. Pen., Sez. VI, n. 17684/2016, si trattava di un'ipotesi di tentata concussione, in cui la corte ha ravvisato la condotta minacciosa dall'assenza dell'indebito vantaggio del privato.

⁷⁵ Termine coniato da Taylor, traducibile forse con "*promaccia*", LEGRENZI, *Come funziona la mente*, Laterza, 2008

⁷⁶ Cass. Pen, Sez. II, n. 49275/2015

⁷⁷ Cass. Pen., Sez. II, n. 46401/2014

⁷⁸ Cass. Pen., Sez. VI, n. 37655/2014

⁷⁹ Cass. Pen., Sez. VI, n. 25255/2014

⁸⁰ Cass. Pen., Sez. III, n. 37839/2014

⁸¹ Cass. Pen., Sez. VI, n. 41110/2014

⁸² Cass. Pen., Sez. VI, n. 25258/2015

Si può dunque osservare che, anche laddove abbiano riconosciuto l'esistenza della concussione, i giudici di legittimità hanno di gran lunga preferito, per garantire una soluzione conforme a giustizia, accertare sulla base delle circostanze del caso concreto, se il soggetto passivo si fosse determinato alla dazione o alla promessa perché effettivamente costretto, soprattutto a causa delle grosse difficoltà incontrate nel rinvenire l'esistenza delle tipicità della minaccia, così come configurata dalle Sezioni Unite; e questo, secondo parte della dottrina, a causa della "intangibilità in concreto della nozione di minaccia ovvero alla sensibile differenza tra tale definizione interpretativa e la realtà criminologica in cui si inseriscono i delitti in parola"⁸³.

Oltre a ciò, il risultato ancora più paradossale di una sentenza che avrebbe dovuto chiarire definitivamente il corretto *discrimen* tra le due fattispecie criminose, è che, in alcuni di questi casi, la giurisprudenza di legittimità è arrivata a confermare la condanna per concussione, pur riconoscendo in capo al privato il fine del perseguimento di un vantaggio indebito, che sarebbe dovuto essere, a detta delle S.U., elemento risolutivo a favore della configurazione dell'induzione indebita, così derogando dichiaratamente al criterio del danno/vantaggio. Ciò è accaduto sia nel caso sopracitato di pagamento di tangenti da parte del privato per aggiudicarsi l'appalto⁸⁴, sia nell'ipotesi meno discussa della costrizione della prostituta a prestazioni sessuali, in cambio dell'omessa denuncia della sua presenza clandestina in Italia, nella nota vicenda della "prostituzione irregolare"⁸⁵.

Il limite forse ancora più evidente della sentenza delle Sezioni unite è emerso dal secondo gruppo di sentenze. A parte le ipotesi di annullamento delle pronunce di secondo grado, con rinvio al giudice di merito per ricercare la prova positiva in ordine alla sussistenza della costrizione⁸⁶, l'ipotesi più problematica è stata quella relativa alle sentenze di assoluzione, all'interno delle quali si è negata l'esistenza sia della concussione che dell'induzione, quando, avendo abusato il pubblico ufficiale delle sue funzioni, con delle modalità tali da non poter essere sussunte nel concetto di minaccia, avesse ottenuto la dazione di danaro o altra utilità da parte del privato, senza che quest'ultimo stesse però inseguendo un proprio indebito vantaggio. In tali fattispecie, il fatto è stato giudicato dalla Cassazione penalmente irrilevante: l'assenza di minaccia e di indebito vantaggio, impediscono la configurazione, rispettivamente, della concussione e dell'induzione indebita.

⁸³ BERTOLUCCI, "I conti della serva". *Funzione nomofilattica al banco di prova della giurisprudenza post-Maldera in tema di concussione vs. induzione indebita*, in *Le Società*, 2016, pag. 1029 e ss.

⁸⁴ Cass. Pen., Sez. II, n. 49275/2015

⁸⁵ Cass. Pen., Sez. III, n. 37839/2014

⁸⁶ Cass. Pen., Sez. VI, n. 26500/2014; Cass. Pen., Sez. VI, n. 8936/2015; Cass. Pen., Sez. III, n. 27554/2015

L'esempio più noto mediaticamente è stato senza dubbio quello della sentenza della Cassazione sul caso Berlusconi-Ruby⁸⁷.

L'allora presidente del Consiglio, accusato di concussione e prostituzione minorile, era stato condannato *ex art.* 317 c.p. in primo grado dal tribunale di Milano, a seguito di una telefonata fatta nel cuore della notte al capo di gabinetto della questura di Milano, con l'ordine di liberare e affidare al consigliere regionale Nicole Minetti la minorenni Ruby - la quale era stata arrestata con l'accusa di furto - adducendo come pretesto una motivazione di carattere diplomatico, consistente in un rapporto di parentela della ragazza con il presidente egiziano Mubarak.

Risulta dalla motivazione della sentenza di primo grado che i giudici hanno ravvisato nella condotta dell'imputato una forma di "minaccia implicita", un "ordine" "di natura cogente" al quale il capo di gabinetto avrebbe dovuto "adempiere presto e senza discutere", facendogli intendere che, in caso di mancato ottemperamento, avrebbe subito dei "pregiudizi in ambito lavorativo".

In particolare, i giudici di primo grado hanno fatto leva sulla "particolare intensità della pressione psichica" causata al destinatario, in quanto la telefonata nel cuore della notte, già di per sé considerata "circostanza oggettiva indicativa della pericolosità e dell'urgenza della richiesta avanzata", era stata inoltre effettuata dal "Presidente del Consiglio in persona, una delle più alte cariche istituzionali dello Stato", ritenendo ciò idoneo a "condizionare gravemente la libertà morale" del soggetto passivo. Questa situazione aveva infatti determinato un "palese timore" in capo alla vittima, che avrebbe quindi agito solamente per evitare il danno prospettato.

Il secondo elemento su cui si è basato il tribunale di Milano è stato l'assenza di un vantaggio per il funzionario, dato che quest'ultimo non aveva ricercato né ottenuto alcun tipo di beneficio dalla decisione di rilasciare la ragazza, una volta appurata l'assenza di parentela col presidente Mubarak, ribadendo che il funzionario aveva deciso di sottomettersi alla volontà di Berlusconi, data l'elevata carica istituzionale ricoperta e il potere di impartire ordini ai sottoposti, solo per il "timore di patire un danno ingiusto".

Questa impostazione e la conseguente condanna per concussione è stata però totalmente rovesciata prima in Corte d'appello, e poi in Cassazione, dalla quale Berlusconi è stato assolto sia dall'accusa di concussione per mancanza della costrizione, sia dall'accusa di prostituzione minorile, poiché mancava il dolo necessario dato dalla consapevolezza della minore età della ragazza.

⁸⁷ Cass. Pen., Sez. VI, n. 22526/2015

Per quanto oggetto di interesse, l'impostazione fatta propria dalla Cassazione si è basata sulla concezione restrittiva della costrizione di cui alla sentenza Maldera, motivo per il quale ha affermato che, sulla base della risultanze processuali, "l'atteggiamento fu orientato non da una esterna e grave coazione psicologica della sua volontà, sì da renderla viziata, ma dalla combinazione di più fattori, tutti interni al medesimo soggetto, costituiti da timore reverenziale, debolezza caratteriale, desiderio di non sfigurare, timore autoindotto, convinzione di agire nel lecito".

Questo però, secondo la Corte, non può bastare per condannare un soggetto per concussione, poiché, intendendo correttamente la costrizione, ciò che occorre è che "la condotta abusiva del pubblico ufficiale divenga positivamente concreta. (...) È necessario, in sostanza, dimostrare che il pubblico ufficiale ha abusato della sua qualità o dei suoi poteri, esteriorizzando concretamente un atteggiamento idoneo a intimidire la vittima, tanto da incidere negativamente sulla sua integrità psichica e sulla sua libertà di autodeterminazione." E di tale circostanza, secondo la Corte, "non v'è alcun tipo di prova positiva".

Allo stesso tempo, non è elemento dimostrativo della concussione la "mera posizione sovraordinata e di supremazia, sempre connaturata alla qualifica di pubblico ufficiale, in ragione della qualità rivestita o della funzione svolta (...), soltanto perché la controparte, per motivazioni a sé interne, venga comunque ad avvertire uno stato di soggezione". Non si tratta infatti di un "reato di posizione", anche perché, altrimenti, si dovrebbe ritenere sempre integrato il delitto in questione, dato che la caratteristica fisiologica della concussione è la netta posizione di superiorità della parte pubblica.

Quindi, assodato che lo stato di coazione psicologica che ha portato il funzionario ad acconsentire alle richieste illecite è stato la conseguenza di un timore reverenziale autoindotto da parte dello stesso, e non il frutto di una condotta oggettivamente minacciosa dell'imputato - aggiungendo inoltre parte della dottrina⁸⁸, che il timore reverenziale autoindotto di per sé, non si può considerare influente sulla libertà di autodeterminazione del soggetto passivo, fino al punto di costituire un vizio di volontà idoneo ad annullare *ex art. 1437 c.c.* il contratto civile; allora, a maggior ragione, non gli si può dare tale rilevanza neppure in ambito penale - si deve concludere per l'esclusione della concussione.

Da non sottovalutare, inoltre, che "ove destinatario della pressione abusiva sia, come nel caso in esame, altro pubblico ufficiale, sul quale gravano precisi doveri inerenti al corretto espletamento delle sue funzioni nel settore di competenza, non può essere sottovalutato il **particolare obbligo di**

⁸⁸ COLLICA, *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, in *www.dir.pen.cont.it*, 2017, pag. 16; GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, Aracne, 2013 pag. 249 e ss.

resistenza da lui esigibile, posto che la relativa condotta deve essere guidata esclusivamente, nell'adempimento dei doveri istituzionali, dal perseguimento dell'interesse pubblico a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'attività amministrativa (art. 97 Cost.) a lui affidata nell'ambito del rapporto di immedesimazione organica." Si può quindi pretendere, da parte di questo, una maggiore resistenza rispetto a qualsiasi altro soggetto.

Una volta escluso, per le ragioni suddette, il reato di concussione, la Corte ha verificato l'eventuale esistenza di altri reati. Ha escluso in primo luogo l'induzione indebita, per la mancanza del "vantaggio ingiusto", conclusione che già era stata raggiunta in primo e secondo grado di giudizio, in quanto l'atteggiamento di sottomissione del funzionario non era dovuto alla ricerca di un qualche beneficio. È quindi da scartare, in questa ipotesi, l'idea del "vantaggio come conseguenza del mero atteggiamento accondiscendente del pubblico ufficiale alla richiesta del superiore gerarchico"⁸⁹.

In secondo luogo, ha escluso la configurazione dell'abuso d'ufficio in concorso tra Berlusconi e il capo di gabinetto, per la mancanza dell'ingiusto vantaggio patrimoniale e del danno ingiusto.

- *I limiti della sentenza "Maldera"*

La sentenza Ruby, e conseguentemente la sentenza Maldera - poiché è a questa che la Cassazione si è conformata per la decisione del caso – hanno generato una serie di problematiche tutt'oggi irrisolte.

In primis, la vicenda si è conclusa con un'assoluzione di Berlusconi totalmente ingiustificata sul piano della meritevolezza della pena: il risultato pratico della pronuncia è stato sostanzialmente che l'abuso di qualità non accompagnato dalla minaccia, che provochi un timore reverenziale, un *metus ab intrinseco* nel destinatario, il quale si determina per ciò solo, e non per perseguire un indebito vantaggio, ad assecondare la richiesta del superiore gerarchico, rimane di fatto impunito. Quindi, l'assenza della minaccia, che impedisce la configurazione della concussione, e il mancato perseguimento di un vantaggio del privato, che impedisce la condanna per induzione indebita, garantisce di fatto l'impunità al soggetto pubblico che abusa della sua qualità.

⁸⁹ COLLICA, *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, in *www.dir.pen.cont.it*, 2017, pag. 18

Ma non finisce qui. L'aspetto ancora meno comprensibile della pronuncia è che, ragionando in concreto, posto che il fatto rientra nell'abuso di qualità, dovrebbe costituire, a detta della stessa Corte, un caso *borderline*, nel quale si dovrebbe prescindere dall'utilizzo dei criteri normativi generali della minaccia e dell'indebito vantaggio, per verificare se, nelle peculiari circostanze del caso concreto, il privato si sia effettivamente sentito costretto a seguito della condotta abusiva della parte pubblica, ed emettere, in caso affermativo, una sentenza di condanna per concussione, a prescindere dall'inesistenza di una minaccia esplicita o velata. Considerato ciò, l'assoluzione di Berlusconi appare ancora più irragionevole.

C'è infine un ultimo aspetto da analizzare, come correttamente evidenziato dalla dottrina ⁹⁰.

La dichiarata intenzione legislativa, con l'introduzione dell'art 319 *quater*, era quella di garantire una sostanziale continuità con la vecchia "concussione per induzione", disciplinata, insieme alla concussione violenta, nell'art 317 c.p., senza alcun tipo di abrogazione.

Eppure, tale volontà legislativa, con la sentenza Ruby, non pare essere stata rispettata: non c'è dubbio, infatti, che con la vecchia impostazione, la condotta di Berlusconi sarebbe stata ricondotta alla concussione, poiché, nella forma induttiva, non era richiesta né la minaccia, né il perseguimento di un vantaggio del privato. Era sufficiente accertare l'esistenza di un'induzione, nella forma di persuasione, ammiccamento ecc., e dimostrare che questa aveva coartato la volontà del privato, perché il reato potesse considerarsi integrato ⁹¹.

Secondo la Cassazione, invece, a seguito della modifica legislativa, il caso Ruby non costituisce né concussione - per l'assenza di minaccia - né induzione - per l'assenza di un vantaggio indebito. Quindi "delle due l'una. O le Sezioni unite "Maldera" hanno asserito in modo non corretto la totale continuità normativa tra le disposizioni incriminatrici che si sono avvicinate nel tempo per effetto della legge Severino; oppure la sentenza della Cassazione sul "caso Ruby" ha errato nel reputare non integrata nessuna delle due ipotesi criminose in cui è stato scomposto improvvidamente nel 2012 l'originario reato di concussione" ⁹².

⁹⁰ GAMBARDELLA, *Il caso Ruby e le aporie della Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2015, pag. 1315

⁹¹ "Quando il P.U. - nell'espletamento delle sue funzioni - usa violenza o **minaccia** per ottenere una illecita dazione di danaro o altra utilità non ha rilevanza che dalla elargizione richiesta il soggetto privato possa anche ricevere un suo vantaggio economico. La causa della consegna non è costituita, infatti, da una libera determinazione del soggetto passivo della condotta anti-giuridica del P.U., ma dalla pressione psicologica su di lui esercitata con la prospettazione esplicita o implicita di un danno conseguente al rifiuto ed all'esercizio dei poteri d'ufficio con modalità tali da aggravare la situazione giuridica del privato per la somma dei poteri - anche discrezionali - del richiedente", *Cass. Pen.*, Sez. VI, n. 8594/1986

⁹² GAMBARDELLA, *Il caso Ruby e le aporie della Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2015, pag. 1315

Ciò comporta, secondo tale dottrina, la violazione del principio, logico prima ancora che giuridico, “di non contraddizione”, per evitare la quale, il legislatore avrebbe dovuto dichiarare che la nuova fattispecie aveva un ambito di applicazione differente rispetto alla vecchia concussione per induzione, coerentemente con la sua natura di reato a concorso necessario, a fronte della vecchia fattispecie monosoggettiva.

È a questo punto indiscutibile che i criteri individuati dalle Sezioni Unite nella sentenza Maldera, e in particolare quello del danno/vantaggio, lascino impunte una serie di ipotesi che meriterebbero invece di essere incriminate, come il caso appena analizzato del pagamento per timore reverenziale; basti considerare, a dimostrazione di quanto appena affermato, che se tali ipotesi si fossero verificate sotto la vigenza della vecchia disciplina – come nel caso in esame- sarebbero senz’altro state perseguite a titolo di “concussione per induzione” *ex art. 317 c.p.* Problema che non sembra essere stato risolto neppure con l’utilizzo del criterio casistico, poiché la sentenza pronunciata su una delle fattispecie alle quali quest’ultimo sarebbe dovuto essere applicato, in quanto rientrante nel caso *borderline* dell’abuso di qualità, si è comunque conclusa con una ingiustificata assoluzione.

- ***La mancata dissociazione dal reato: il delinearsi di una nuova figura di “privato connivente”***

I limiti della sentenza Maldera, in verità, sembrano estendersi al di là di quanto sopra evidenziato.

L’utilizzo del criterio del danno o vantaggio, come elemento distintivo tra concussione e induzione indebita, oltre a lasciar fuori dall’ambito applicativo delle due norme - come appena dimostrato - delle ipotesi che sarebbero invece meritevoli di pena, ha esteso alla distinzione tra concussione e induzione indebita quello che storicamente è il criterio distintivo tra concussione e corruzione.

Una volta abbandonato il risalente criterio dell’iniziativa del pubblico ufficiale o del privato ⁹³, la dottrina concorda sul fatto che la prospettazione di un danno o il perseguimento di un vantaggio siano

⁹³ Si riteneva, infatti, che in caso di iniziativa assunta dal P.U., si realizzasse la concussione, mentre in caso di iniziativa del privato, la corruzione. “La concussione viene dall’interno della P.A., la corruzione dall’esterno”, ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013

Questo criterio, però, è stato abbandonato, poiché l’iniziativa è qualcosa di casuale: può capitare che questa venga assunta dal privato, ma per sbloccare un atteggiamento ostruzionistico del pubblico funzionario, che gli neghi l’atto a cui ha diritto, senza per questo far venir meno la fattispecie concussiva, anche se l’iniziativa non è della parte pubblica;

in assoluto gli elementi più idonei a inquadrare correttamente la differente posizione del privato. Quest'ultimo, infatti, agirà, nel primo caso, solo perché sottomesso psicologicamente a tal punto da non percepire l'esistenza di alcuna alternativa alla dazione o alla promessa di danaro, per evitare il danno prospettatogli (*certat de damno vitando*); nel secondo caso, al contrario, perché trovandosi su un piano di perfetta parità con la parte pubblica, decide in piena autonomia e libertà, di assecondare le sue richieste, nella prospettiva dell'ottenimento di un indebito vantaggio.

Se si applica questo stesso criterio alla distinzione tra l'art 317 c.p. e il 319 *quater* c.p. sembra però che si arrivi ad assimilare eccessivamente l'induzione indebita alle fattispecie corruttive, poiché queste due figure sarebbero accomunate dalla ricerca di un beneficio indebito da parte del privato, e distinte entrambe dalla concussione sostanzialmente per lo stesso elemento: la dazione o la promessa di denaro, motivate, in questo caso, solo dal timore del danno.

Ragionando in tali termini, quindi, si tradirebbe la volontà legislativa di concepire l'induzione come una figura a metà strada tra concussione e corruzione - in quanto concussione attenuata e corruzione mitigata dall'induzione - e non si riuscirebbe neppure a giustificare la sensibile differenza tra il trattamento sanzionatorio del privato corruttore - al quale si estendono le medesime pene del pubblico funzionario - rispetto a quello del privato indotto - da 6 mesi a 10 anni e 6 mesi - il quale viene punito molto meno gravemente, appunto perché, non trovandosi su un piano di parità con la controparte, la sua volontà non potrà mai essere totalmente libera da condizionamenti esterni, come quella di un soggetto che non subisce alcuna pressione psicologica della parte pubblica.

Per le ragioni suddette, non essendo sostenibile l'utilizzo in materia di induzione indebita dello stesso criterio che distingue la corruzione dalla concussione, se non a costo di qualificare l'induzione come un'altra tipologia di corruzione, sembra che il fondamento della perseguibilità del privato indotto debba essere ricercato altrove.

Ritenendo infatti inconfutabile la differenza da sempre prospettata da dottrina e giurisprudenza unanimi sul differente effetto coartante sulla "vittima" di una condotta violenta o minacciosa - concussione - rispetto a una semplice opera di persuasione o suggestione - induzione - è evidente che nel primo caso non potrà che assistersi ad una compressione quasi totale della libertà di autodeterminazione, a causa della prospettazione di un *aut aut* che non lascia alcuna via d'uscita al privato, con conseguente inesigibilità ordinamentale di qualsiasi condotta di resistenza da parte di

oppure, al contrario, che sia il P.U. a rivolgersi al privato, con una proposta paritetica, e questo abbia liberamente accettato, senza alcun tipo di condizionamento, configurando comunque un'ipotesi di corruzione

quest'ultimo. Nel secondo caso, al contrario, essendo il condizionamento psicologico subito molto più blando e quindi resistibile, sembra che la *ratio* della perseguibilità del privato indotto debba essere ravvisata proprio in questo: la sua concreta possibilità di dissociarsi preventivamente dal reato, opponendosi al pubblico funzionario, e nonostante ciò, la scelta di non farlo.

La riconducibilità di tale scelta alla ricerca di un vantaggio - non è perciò il reale elemento identificante del reato in discussione, come dimostra prima di tutto la giurisprudenza di legittimità, che ha talvolta emesso sentenza di condanna per concussione, nonostante l'esistenza di un beneficio in capo al privato⁹⁴. E, in ogni caso, il perseguimento di tale beneficio - sarebbe solo conseguenza inevitabile della non invasività della condotta della controparte: è infatti ovvio che, a meno che il privato non abbia subito una pressione tale da non lasciargli alternativa, logicamente acconsentirà ad una richiesta di pagamento, solo e soltanto se questo possa essere per lui vantaggioso.

In conclusione, sulla base di quanto suddetto, emerge chiaramente che a seguito dell'introduzione, con la riforma del 2012, dell'art 319 *quater* c.p., la peculiarità di questa nuova fattispecie è quella di porre a carico del privato un "obbligo di resistere, di non avere cedimenti e di non assecondare la venalità dei pubblici agenti"⁹⁵, con la conseguenza che il privato che non sfrutta i suoi poteri decisionali per opporsi alla "gestione privatistica dell'ufficio pubblico"⁹⁶, assume una posizione che sembra riconducibile a quella del "connivente", come figura a metà strada tra soggetto passivo e concorrente nel reato. Questo vale a maggior ragione se si ritiene - come autorevole dottrina ha sostenuto - che l'induzione indebita attragga a sé quella zona grigia che prende il nome di "concussione ambientale"⁹⁷ e che quindi il pagamento della "tangente" del privato sia conseguenza non di una vera e propria pressione psicologica subita, ma di un contesto ambientale di criminalità diffusa, che trasforma la corresponsione di danaro o altra utilità in una prassi del territorio.

La "pretesa a non essere connivente"⁹⁸ consiste proprio in questo: non consentire al privato indotto di far valere la propria inferiorità per giustificare il cedimento di fronte alla insistenza della parte

⁹⁴ Cass. Pen, Sez. II, n. 49275/2015; Cass. Pen., Sez. III, n. 37839/2014

⁹⁵ SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. e processo*, 2012, n. 10, pag. 1245

⁹⁶ RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. pen.*, 2013, pag. 48

⁹⁷ RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. pen.*, 2013, pag. 48

⁹⁸ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, pag. 138

pubblica, perché “la catena di più o meno interessati adeguamenti o connivenze dei privati rispetto a prassi devianti dei titolari di pubblici poteri deve essere spezzata con decisione”⁹⁹.

Del resto, questa forte presa di posizione legislativa, serve anche a garantire una più ampia tutela della libera concorrenza sul mercato, poiché dalla pratica dello scambio tra utilità e profitto, consegue sempre più spesso una posizione di indebito vantaggio sul mercato dell'imprenditore che ha ricompensato il pubblico ufficiale per l'attività svolta, rispetto ai suoi concorrenti.

1.3 La responsabilità dell'ente ex D.lgs. 231/2001

L'ente “colpevole” per omessa organizzazione: un possibile “connivente”?

- Cenni introduttivi

Come anticipato in sede introduttiva, e rilevato a proposito del privato indotto, l'indagine che si intende compiere, all'interno della presente trattazione, riguarda la categoria della “connivenza”, la quale, seppur tradizionalmente identificata dalla giurisprudenza alla stregua di un contegno di carattere meramente passivo – quale il mero silenzio, la presenza occasionale sul luogo del reato, la tolleranza di fronte alla sua commissione - non avente un rilievo tale da essere penalmente rilevante, e in particolare ed essere incriminato alla stregua di un contributo causale alla realizzazione della fattispecie plurisoggettiva, in realtà possiede, a parere di chi scrive, una portata applicativa decisamente più ampia, in termini di punibilità, rispetto a quella appena indicata.

A tal fine, si è già dimostrato, a proposito del privato indotto, come ciò che in definitiva viene richiesto a quest'ultimo per andare esente da responsabilità penale è proprio di opporsi, o in altri termini di dissociarsi, dalla condotta criminosa del Pubblico Ufficiale, che altro non è che una pretesa ordinamentale a non essere connivente, a non mostrare cedimento, a non assecondare passivamente le richieste della controparte, cullandosi sulla posizione di inferiorità rivestita rispetto a quest'ultimo.

⁹⁹ DOLCINI-VIGANO', *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in www.dir.pen.cont.it, 2012, pag. 244

Ebbene, sembra che la stessa tematica possa essere trasposta - con i dovuti adattamenti resi necessari dalla natura giuridica, e non fisica, dei soggetti coinvolti - anche in materia di “responsabilità amministrativa” degli enti *ex* d.lgs. 231/2001: anche rispetto a questi ultimi, infatti, emergerà, nel corso della trattazione, come l’ordinamento giuridico abbia voluto porre a loro carico un obbligo di dissociazione preventiva dal reato, un obbligo di non agevolare la commissione dello stesso, risultato che di fatto produce in caso di mancata adozione delle necessarie cautele organizzative idonee a prevenire la commissione di reati all’interno della compagnia societaria. In altre parole, un obbligo che acquisisce connotati analoghi all’obbligo a non essere connivente imposto alla persona fisica indotta.

- ***La nascita della responsabilità da reato dell’ente***

L’introduzione del decreto legislativo 231/2001 all’interno del nostro ordinamento ha senza dubbio rappresentato una delle più grandi novità e punti di svolta degli ultimi tempi.

Per secoli, infatti, il principio “*societas delinquere non potest*”, affiancato a quello di “personalità della responsabilità penale” di cui all’art 27 della Costituzione, impediva la configurazione di una responsabilità di soggetti diversi dalle persone fisiche, poiché, essendo solamente queste ultime titolari di diritti e doveri, e necessitando al contrario l’ente di un rappresentante per l’espletamento della propria attività, la sua esistenza era concepita come una mera *fictio iuris*, certo non compatibile con l’introduzione di una responsabilità a suo carico.

Tuttavia, col passare del tempo, il timore che la mancata previsione di una responsabilità in capo all’ente, quando il reato fosse stato commesso da un organo societario, il quale avesse agito in suo nome e per suo conto, comportasse in realtà “un aggiramento proprio di quel principio di responsabilità personale che aveva rappresentato la remora più sensibile all’irruzione di nuovi modelli sanzionatori”¹⁰⁰, nonché la consapevolezza che il principio *societas delinquere non potest* fosse già stato superato al di fuori della realtà italiana, ha portato il nostro legislatore a uniformarsi alle scelte internazionali, e a ratificare ed attuare, con la legge delega 300/2000, le convenzioni internazionali in

¹⁰⁰ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di) *Reati e responsabilità degli Enti*, Giuffrè, 2010, cit. pag. 6

materia ¹⁰¹, nonché a conferire la delega al governo per la disciplina della “responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato” ¹⁰².

La responsabilità da reato degli enti non trova quindi fondamento nel nostro ordinamento, ma è un “modello di importazione” ¹⁰³, che si ispira, dal punto di vista culturale, sia al sistema tedesco, in cui già era stata elaborata da Tiedemann, alla fine degli anni '80, la c.d. *Organisationsverschulden*, cioè la “colpevolezza di organizzazione”, sia ai *compliance programs* statunitensi, messi a punto nelle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, in vigore dal novembre del 1991.

- ***La natura della responsabilità dell'ente: penale, amministrativa o “tertium genus”?***

Una delle prime e più rilevanti questioni che ha sollevato il superamento del principio “*societas delinquere non potest*” si è posta sul piano dell'individuazione della natura giuridica di tale responsabilità. Varie correnti dottrinarie si sono infatti scontrate nel corso degli anni in ordine alla qualificazione della responsabilità della *societas* come “penale” o “amministrativa”, senza che ad oggi sia stata raggiunta una conclusione unanime.

Se nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del D.lgs. 231/2001 si era ritenuto che il dibattito in ordine alla natura giuridica della responsabilità dell'ente rappresentasse una questione meramente astratta, completamente irrilevante e priva di risvolti pratici, col passare degli anni, le prime pronunce giurisprudenziali applicative del decreto hanno conferito centralità ad una diatriba fino a quel momento giudicata sterile, mettendo chiaramente in evidenza le problematiche *in primis* costituzionali che la qualificazione della responsabilità della *societas* come “penale” o “amministrativa” inevitabilmente suscita.

¹⁰¹ Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (Bruxelles, 26/7/1995); Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea (Bruxelles, 26/5/1997); Convenzione O.C.S.E. sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (Parigi, 17/12/1997)

¹⁰² Art. 1 D.lgs. 231/2001. “2. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica

3. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale

¹⁰³ DE SIMONE: *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri oggettivi d'imputazione*, in www.dir.pen.cont.it, 2012, cit. pag. 2

Da qui il definitivo abbandono della risalente impostazione secondo la quale tale dibattito doveva considerarsi puramente “accademico e nominalistico”¹⁰⁴, e privo di risvolti nella prassi applicativa.

Il primo fondamentale risvolto pratico che il dibattito sulla natura “penale” o “amministrativa” della responsabilità dell’ente ha suscitato, e su cui la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo interrogate attiene alla possibilità di riconoscere o meno valore vincolante anche in questa materia ai principi dettati dalla Costituzione per il diritto penale, poiché “solo qualora si ritenga sostanzialmente penale siffatta responsabilità, la legittimità di questa disciplina non potrà che essere valutata alla luce di quelle norme che la Costituzione dedica alla materia penale”¹⁰⁵.

Basti pensare, a titolo esplicativo, all’art. 25 comma 2 Cost. e al “principio di legalità” in esso sancito¹⁰⁶ “in tutte le sue molteplici accezioni di riserva di legge, precisione, determinatezza, tassatività, divieto di analogia e irretroattività”¹⁰⁷, o al principio di personalità della responsabilità penale, alla presunzione di non colpevolezza a favore dell’imputato, alla funzione rieducativa della pena di cui all’art. 27 commi 1, 2 e 3 Cost¹⁰⁸, o ancora alle garanzie procedurali predisposte dalla nostra Costituzione, le quali possono operare solamente a favore dell’imputato di un procedimento penale (come il diritto al contraddittorio, ad essere informato tempestivamente dei motivi d’accusa, a disporre del tempo necessario per preparare adeguatamente la propria strategia difensiva, in quanto

¹⁰⁴ DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in www.dir.pen.cont.it, 2012, pag. 5

¹⁰⁵ AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, cit. pag. 159

¹⁰⁶ Art. 25 comma 2 Cost. “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

¹⁰⁷ AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pag. 159. Principio che, secondo l’autore, non è rispettato in materia di responsabilità dell’ente, come dimostrerebbe l’art 25 *quater* del decreto, che nel configurare come reato presupposto della responsabilità della *societas* i “Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico”, si limita a rinviare alle fattispecie previste dal codice penale e dalle leggi speciali e all’articolo 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo stipulata a New York il 9 dicembre 1999, piuttosto che elencare direttamente le varie fattispecie di reato rientranti in questa categoria, derogando così al principio di determinatezza e tassatività di cui all’art.25 comma 2 Cost.

¹⁰⁸ Art. 27 commi 1,2, 3 Cost: “La responsabilità penale è personale. L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”

diretta attuazione del giusto processo (art. 111 Cost.)¹⁰⁹ e infine al principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero (art. 112 Cost.)¹¹⁰.

D'altronde, non può ignorarsi che sono stati gli stessi giudici costituzionali ad affermare in più occasioni la riferibilità dei suddetti principi esclusivamente alla materia penale e non a quella amministrativa, sia con riguardo al principio di irretroattività di cui all'art 25 comma 2 Cost., che a detta della Corte Costituzionale "riguarderebbe solo le norme penali e non tutte le norme punitive in generale"¹¹¹, sia con riferimento all'art 27 Cost.

Da non sottovalutare poi le fondamentali disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) che, nel predisporre una serie di garanzie nei confronti dell'imputato in un procedimento

¹⁰⁹ Art. 111 Cost: "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

¹¹⁰ Art. 112 Cost. "Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale".

Parte della dottrina ha evidenziato a tal proposito come in materia di responsabilità dell'ente, a differenza di quanto previsto con riferimento alla persona fisica, l'art. 58 d.lgs. 231/2001 attribuisca direttamente al pubblico ministero il compito di emettere il decreto motivato di archiviazione, senza che questo sia neppure sottoposto al previo controllo del giudice. Tale disposizione può ritenersi non contrastante con l'art 112 della Costituzione solamente laddove si riferisca il potere di archiviazione del p.m. a dei fatti non qualificabili come fatti di reato, e quindi ad una responsabilità non penale dell'ente. Altrimenti dovrebbe essere sollevata la questione di costituzionalità per contrasto dell'art. 58 del decreto con l'art 112 Cost., per violazione dell'art. 25 comma 2 Cost. In questo senso AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 2006, cit. pag. 159,160.

Altra parte della dottrina, invece, a prescindere dalla qualificazione della responsabilità dell'ente come penale o amministrativa, nega radicalmente la possibilità di applicare l'art. 112 Cost. anche all'ente. Si esprimono in tal senso G. LATTANZI, *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi. Atti del convegno (15-16 marzo 2002, Firenze)*, PALAZZO (a cura di), Cedam, 2003, pag. 292; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2^a edizione, Giuffrè, 2010, pag. 2

¹¹¹ Corte Cost., n. 68/1984, in *Giur. cost.*, 1984, pag. 422 e ss.

penale – come la presunzione d’innocenza, il diritto ad essere assistito da un difensore, il diritto a un interprete, il *ne bis in idem*, il diritto ad essere tempestivamente informato dei motivi d’accusa – ha sancito al contempo che tali garanzie possono legittimamente applicarsi all’ente collettivo solo ed esclusivamente nella misura in cui la sua responsabilità venga classificata come sostanzialmente “penale”, non di certo “amministrativa”¹¹².

Dagli evidenti risvolti pratici che la qualificazione della natura della responsabilità dell’ente comporta diventa quindi irrinunciabile soffermarsi sulle due principali correnti di pensiero che sul punto si sono ampiamente pronunciate: la posizione “amministrativista” da un lato e quella che ha rivendicato la natura “sostanzialmente penale” della responsabilità dell’ente, al di là delle formali classificazioni legislative, dall’altra. Si è infine fatta strada un’ultima minoritaria dottrina che ha ritenuto che l’introduzione del decreto 231 abbia dato luogo ad una sorta di *tertium genus* di responsabilità, fino a quel momento sconosciuto al diritto.

Tutte e tre le correnti dottrinarie sono poi state supportate da varie sentenze della giurisprudenza di merito, e talvolta di legittimità.

- ***La natura amministrativa della responsabilità dell’ente***

Massimo esponente della “posizione amministrativista” è senza dubbio Mario Romano, il quale *in primis* ha definito un “merito non trascurabile” del legislatore italiano la scelta di qualificare la responsabilità dell’ente come “amministrativa”, a differenza delle opzioni legislative maturate in ordinamenti giuridici come quello olandese, portoghese, francese, finlandese e danese, a favore della configurazione in termini penalistici della responsabilità della *societas*.

Secondo l’autore, infatti, nonostante la disposizione del decreto 231 che prevede la competenza del giudice penale - e la conseguente estensione all’accertamento della responsabilità dell’illecito

¹¹² DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2° ed., Giuffrè, 2010, pag. 13 e ss.

È stata ricordata da PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2013, pag. 41 e ss., una sola sentenza (C. Cost., 21 febbraio 1984, caso *Oztürk*) in cui la Corte EDU si è pronunciata nel senso della sostanziale equiparabilità tra la responsabilità penale e quella amministrativa

amministrativo dell'ente delle disposizioni procedurali dettate con riferimento al reato della persona fisica (art. 36 d.lgs. 231/2001) ¹¹³ - avvicini apparentemente il paradigma di responsabilità della *societas* a quello penale, tale soluzione va rifiutata per l'insanabile violazione che causerebbe del principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost., norma che non esiste negli stessi termini all'interno degli ordinamenti che hanno qualificato la responsabilità dell'ente come "penale". Tale principio, infatti, non può, secondo il giurista, essere "conciliabile con la responsabilità penale collettiva (...). Una responsabilità personale è anzitutto una responsabilità individuale, non di un insieme di persone; è una responsabilità per il fatto proprio di un singolo, non di un gruppo. Questo e non altro può essere il reale significato della norma in un ordinamento come il nostro, nel quale si è storicamente affermato e perpetuato il principio secondo cui *societas delinquere non potest*". ¹¹⁴ Ragionare in senso difforme significherebbe forzare il testo della norma costituzionale per adattarlo al significato che esso acquisisce in ordinamenti estranei al nostro.

Questa operazione ermeneutica dev'essere bandita *in primis* dal punto di vista "personale-oggettivo della condotta descritta dalle norme di incriminazione" in quanto, se anche dovesse ritenersi il principio di personalità della responsabilità adattabile, seppur con fatica, alle società dotate di personalità giuridica, ciò non sarebbe comunque risolutivo, poiché è chiara la volontà legislativa di applicare il decreto 231/2001 anche agli enti che ne siano privi.

In secondo luogo, non va trascurata la "componente personale-soggettiva del reato": il principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost. e il suo legame inscindibile col dolo o la colpa del reo, e con la rimproverabilità dello stesso sotto il profilo della capacità di intendere e di volere, sono elementi che si muovono nella direzione esattamente opposta rispetto alla responsabilità dell'ente, in quanto organizzazione complessa a struttura inevitabilmente pluripersonale.

L'aspetto che in definitiva impedisce radicalmente agli interpreti di qualificare la responsabilità dell'ente come penale è dunque l'assoluta "impossibilità di trasferire, meccanicisticamente, gli istituti

¹¹³ Art. 36 d.lgs. 231/2001: "La competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono.

Per il procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente si osservano le disposizioni sulla composizione del tribunale e le disposizioni processuali collegate relative ai reati dai quali l'illecito amministrativo dipende".

¹¹⁴ ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002, pag. 400

dell'*Individualstrafrecht* (ritagliati sopra una concezione antropomorfa del diritto penale) a soggetti dotati di una conformazione collettiva”¹¹⁵.

Ciò non significa mettere in discussione, come altri autori avevano fatto in precedenza¹¹⁶, l'opportunità del superamento del brocardo *societas delinquere non potest* e negare la necessità di un intervento politico-criminale in senso preventivo e repressivo degli illeciti amministrativi dell'ente collettivo, purché di illecito e di responsabilità sostanzialmente, oltre che formalmente, amministrativi si continui a parlare, in quanto unico modello di responsabilità ipotizzabile per garantire un “positivo equilibrio” di questa nuova figura all'interno del nostro ordinamento giuridico¹¹⁷.

Ci sono poi stati altri autorevoli giuristi, oltre a Mario Romano, che hanno messo in evidenza, a difesa della natura “amministrativa” della responsabilità dell'ente, l'incompatibilità di una serie di istituti introdotti dal decreto 231/2001, rispetto alla corrispondente disciplina penalistica dettata per la persona fisica, a partire dall'istituto della prescrizione (art. 22 decreto), “i cui termini e atti interruttivi hanno un regime lontanissimo da quello degli illeciti penali: un regime che del resto ricalca quello dettato in via generale dalla “legge fondamentale” sugli illeciti amministrativi (art. 8 l. 689/1981)”¹¹⁸, o ancora il fatto che la responsabilità permanga in capo all'ente anche in caso di vicende modificative dello stesso - come scissione, fusione, cessione e conferimento d'azienda (art. 28-33 D.lgs. 231/2001) - in evidente contrasto con la disciplina penalistica.

¹¹⁵ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001*, in *Incontro di studio sul tema: Le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011, pag. 3

¹¹⁶ Contrari all'introduzione di una responsabilità a carico dell'ente a causa dell'incostituzionalità della stessa rispetto all'art. 27 Cost: BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell'attuale dimensione del fenomeno criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, pag. 951; MARINUCCI - ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pag. 687; PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, pag. 1191, il quale aveva osservato come l'art. 27 Cost. rappresentasse un “ostacolo dogmatico” insuperabile per la previsione di una responsabilità a carico della *societas*

¹¹⁷ ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002, pag. 404

¹¹⁸ MARINUCCI, *“Societas punire potest”: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, pag. 1202

Infine, la dottrina “amministrativista” ha evidenziato come il procedimento predisposto a carico dell’ente, per quanto costruito sulla falsariga di quello relativo alla persona fisica sotto il profilo formale, non implichi il disconoscimento della natura sostanzialmente amministrativa delle sanzioni irrogate allo stesso. Più precisamente, “se è vero che non c’è pena senza processo penale, non è vero l’opposto, perché vi può essere una sanzione amministrativa, anche se inflitta nel corso e con le garanzie del processo penale”¹¹⁹. D’altronde, questa sembra essere stata la strada già intrapresa dal nostro ordinamento in quei casi di “connessione obiettiva di un illecito amministrativo con un reato (...). Il giudice penale competente a conoscere il reato è pure competente a decidere sulla predetta violazione (art. 8 l. 689/1981)”¹²⁰ e l’unica differenza col regime di cui al decreto 231/2001 si riscontrerebbe sul piano delle garanzie processuali predisposte a favore dell’ente, certamente più ampie rispetto a quelle previste dalla legge 689/1981, in quanto perfettamente sovrapponibili con quelle tipiche del procedimento penale¹²¹.

Oltre che in dottrina, anche in giurisprudenza si sono registrate alcune pronunce giurisprudenziali favorevoli alla qualificazione in termini amministrativi della responsabilità dell’ente, come è accaduto ad esempio in un caso riguardante l’ammissibilità o meno della costituzione di parte civile da parte dell’ente, chiamato a rispondere davanti al giudice penale degli illeciti amministrativi previsti al decreto 231/2001, in cui il Gip di Milano, oltre ad aver negato tale possibilità, ha affermato che “la responsabilità in questione riveste, per espressa scelta legislativa, natura amministrativa, fungendo la commissione del reato come mero presupposto per la sua attivazione. D’altra parte, pur essendo stata la disciplina in questione articolata in parallelo con quella concernente la responsabilità penale dell’autore del reato, i due profili di responsabilità rimangono attestati su un piano di reciproca autonomia, tant’è che l’art. 8 del d.lgs. citato prevede la sussistenza della responsabilità dell’ente anche nei casi in cui difetti quella dell’autore del reato, ed in particolare nei casi in cui quest’ultimo non sia stato identificato o non sia imputabile, o il reato si sia estinto per una causa diversa dall’amnistia”¹²².

¹¹⁹ MARINUCCI, “*Societas punire potest*”: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, cit. pag. 1202

¹²⁰ MARINUCCI, “*Societas punire potest*”: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, cit. pag. 1202, 1203

¹²¹ A favore della natura amministrativa della responsabilità dell’ente anche PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 2^a ediz., Giappichelli, 2006, pag. 47 e ss.; COCCO, *L’illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2004, pag. 116 e ss.

¹²² Gip, Trib. Milano, Ord. 9 marzo 2004, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2004, pag. 1333

Analoga soluzione è stata adottata da Gip, Trib. Torino, Ord. 13 novembre 2004; Gip, Trib. Torino, Ord. 11 giugno 2004

Della stessa opinione il Tribunale di Milano, il quale in un'importante pronuncia riguardante un'ipotesi di "corruzione finalizzata all'illecita aggiudicazione di gare d'appalto e all'illecita assegnazione di lavori con la procedura della somma urgenza", ha aderito "all'orientamento che configura tale prospettazione di responsabilità nella natura schiettamente amministrativa. Per quanto, infatti, il D.lgs. 231/2001 preveda dei criteri di imputazione costruiti sulla falsariga della responsabilità penale personale, nonché preveda principi di successione di legge mutuati dal sistema penale, si ritiene di dover conferire al dato letterale "responsabilità amministrativa dell'ente" una corrispondenza sostanziale ricavabile dallo stesso quadro normativo di riferimento. Va, peraltro, ricordato che già in occasione dell'elaborazione sviluppatasi a seguito dell'entrata in vigore della cosiddetta Legge di Depenalizzazione n. 689/81, l'introduzione di principi tipici del sistema penale a garanzia della soggettività della responsabilità e della esclusione della responsabilità oggettiva non aveva svilito la natura amministrativa delle sanzioni ivi previste, ma, anzi, ne aveva rafforzate le forme di garanzia"¹²³.

Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità, invece, le Sezioni Unite della Cassazione, in una nota sentenza¹²⁴, hanno definito la responsabilità dell'ente come "amministrativa", per poi escluderne la sussistenza in relazione ad un'ipotesi di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni di una società di revisione, la quale non costituisce, a detta della Corte, reato-presupposto della responsabilità "amministrativa" dell'ente.

Non si può ignorare, infine, l'importantissima sentenza "*Thyssenkrupp*", nella quale i giudici di legittimità hanno dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate sia in ordine alla ritenuta violazione della "presunzione di colpevolezza" di cui agli art. 5, 6 e 7 del decreto 231, sia in ordine alla inadeguatezza dei modelli organizzativi predisposti dalla società imputata, rispetto ai requisiti richiesti agli art. 6 e 7 del decreto, in quanto questioni che non possono prescindere dalla natura sostanzialmente penale della responsabilità dell'ente, che la Corte ha escluso¹²⁵.

¹²³ Trib. Milano, Sez. IV, 11 dicembre 2006, in *Rivista231*

¹²⁴ Cass. Pen., S.U., n. 34476/2011, in *Cass. Pen.*, 2012, pag. 433 e ss.

¹²⁵ Cassa. Pen., S.U., n. 38343/2014

- *La natura penale della responsabilità dell'ente*

Dalla parte esattamente opposta si è collocata quella parte della dottrina, senz'altro maggioritaria, che ha rivendicato la natura "sostanzialmente penale" della responsabilità introdotta a carico dell'ente.

Il punto di partenza di questa seconda corrente di pensiero va individuato infatti nella convinzione che l'espressione responsabilità amministrativa dell'ente costituisca in realtà una sorta di "truffa di etichette" che maschera l'autentica natura penale di tale responsabilità ¹²⁶.

Infatti, dall'analisi del modello di responsabilità costruito a carico dell'ente, è evidente che il legislatore abbia voluto apprestare, al di là dell'etichetta normativa utilizzata, un sistema di garanzie equivalente a quello del diritto penale: esempio lampante in tal senso sono senza dubbio gli art. 2 e 3 del decreto, i quali configurano come presupposti della responsabilità dell'ente il principio di legalità e quello di applicazione della legge più favorevole, o ancora la competenza del giudice penale anche per l'illecito "amministrativo" dell'ente, nonché l'estensione all'ente delle stesse garanzie difensive previste per l'imputato, e infine criteri d'imputazione della responsabilità fortemente soggettivizzanti.

Da non sottovalutare, inoltre, che una delle principali argomentazioni su cui avevano fatto leva i sostenitori della "posizione amministrativista", ovvero l'incompatibilità di una responsabilità penale dell'ente con l'art. 27 Cost. è, secondo i "sostanzialisti", da rifiutare sotto due differenti profili:

- Per quanto attiene alla presunta inconciliabilità della finalità rieducativa della "pena" di cui all'art. 27 comma 3 Cost, con la sanzione "amministrativa" irrogata all'ente, vari autori hanno criticato l'impostazione ermeneutica secondo la quale le sanzioni che vengono applicate agli enti collettivi "debbono necessariamente rivestire le caratteristiche della pena criminale" ¹²⁷ e non, ad esempio, quelle delle misure di sicurezza, posto che l'art. 25 comma 3 Cost., nel prevederle, "si limita solo a circoscriverne l'applicabilità ai "casi previsti dalla legge", senza minimamente distinguere a seconda che i pericoli di nuovi reati - quel che le misure di sicurezza

¹²⁶ Non d'accordo PULITANO', voce *La responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, il quale ha adottato una posizione sostanzialmente neutra, affermando che l'espressione utilizzata dal legislatore sia in realtà "un'etichetta carica di significati simbolici, del tutto neutra rispetto alla disciplina degli istituti", preferita dal legislatore probabilmente perché "trasmette un messaggio di minor gravità e di minore riprovazione, rispetto alla responsabilità penale"

¹²⁷ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2008, cit. pag. 5

sono finalizzate a prevenire - scaturiscano da comportamenti delle persone fisiche ovvero dall'operato delle persone giuridiche" ¹²⁸. "Responsabilità penale significa, nel nostro contesto, soggezione alla sanzione criminale per eccellenza, appunto la pena, o soggezione (anche o soltanto) ad altre conseguenze giuridiche del reato" ¹²⁹.

- In secondo luogo, a tale autorevole dottrina è apparso ancora meno comprensibile il presunto contrasto di una responsabilità penale della *societas* col principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 comma 1 Cost, in quanto non si comprende il motivo per il quale il disconoscimento di una "responsabilità personale" dell'ente dovrebbe operare solo con riferimento agli illeciti penali, e non per quelli amministrativi. Anche questi ultimi, infatti, comportano l'applicazione di sanzioni punitive estremamente rigorose e limitanti dell'autonomia dell'ente, perciò "non si vede come una sanzione punitiva pecuniaria possa essere compatibile con il principio di personalità della responsabilità penale in senso ampio (punitiva), se conseguente ad illecito amministrativo, mentre non possa esserlo se questa stessa tipologia di sanzione ha la ventura (o l'imprudenza?) di essere prevista in rapporto ad un illecito espressamente qualificato come reato" ¹³⁰. E non appare soddisfacente, a giustificazione di questo salto ermeneutico, addurre la espressa riferibilità dell'art. 27 comma 1 Cost. alla sola responsabilità "penale", perché altrimenti si arriverebbe al paradossale ed inammissibile risultato di conferire al legislatore la "licenza" di irrogare delle sanzioni amministrative, in quanto non corrispondenti alle pene propriamente criminali, agli enti, anche in assenza dei criteri di imputazione soggettiva di cui al D.lgs. 231/2001, e quindi a titolo di "responsabilità oggettiva" o addirittura per un fatto altrui. Questa conclusione non può, secondo questa dottrina, essere ammessa, a maggior ragione se si considera che è contraddetta dalla stessa legge sul processo amministrativo (689/1981), la quale non rinuncia all'elemento soggettivo del dolo o della colpa, neppure per l'accertamento di un illecito autenticamente amministrativo ¹³¹.

¹²⁸ BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in NUVOLONE (a cura di), *Il diritto penale delle società commerciali*, Giuffrè, Milano, 1971, cit. pag. 84

¹²⁹ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008, cit. pag. 5

¹³⁰ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008 pag. 6

¹³¹ È tuttavia fuori di dubbio che la maggior parte della dottrina neghi l'applicabilità delle garanzie di cui agli art. 25 comma 2 e 27 comma 1 Cost. alla materia amministrativa. In questo senso CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione Europea e principio "societas delinquere non potest"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, pag. 795 e ss.

In definitiva, sulla base di tutti questi elementi, sembra potersi affermare che il *nomen iuris* “responsabilità amministrativa” adoperato dal legislatore con riferimento all’ente, abbia dato luogo ad una “frode delle etichette, cioè all’elusione di principi (di garanzie) che la sostanza dell’istituto richiede (...) e appare dunque ininfluyente sul piano pratico”¹³². Per tale ragione, l’invito “a prendere sul serio, in quanto espressione della volontà del nostro legislatore”¹³³ l’etichetta di responsabilità amministrativa affibbiata agli enti, non può essere accolto.

Al contrario, ha osservato De Vero come “l’interprete non deve ritenersi condizionato dalla presa di posizione “autentica” assunta dal legislatore, poiché il testo normativo considerato nella sua interezza è sintomatico di ben altra realtà e, precisamente, di un sistema sanzionatorio rispondente a regole sostanziali e processuali che di amministrativo presentano ben poco”¹³⁴.

Anche la “posizione penale-sostanzialistica” è stata in qualche sentenza supportata dalla giurisprudenza, come risulta chiaramente dalla pronuncia emessa dai nostri giudici di legittimità nel caso *Jolly Mediterraneo s.r.l.*, nella quale la Corte, dopo aver affermato che “è noto che il D.lgs. 231/2001, sanzionando la persona giuridica in via autonoma e diretta con le forme del processo penale, si differenzia dalle preesistenti sanzioni irrogabili agli enti, così da sancire la morte del dogma “*societas delinquere non potest*”, ha concluso, sotto il profilo della natura giuridica di tale

Un’apertura alla sostanziale equiparazione dell’illecito amministrativo a quello penale è stata manifestata dalla Corte EDU in svariate sentenze, affermando il principio secondo cui “Anche per sanzioni irrogate per via amministrativa, le sanzioni inflitte possono essere considerate a tutti gli effetti come penali, anziché amministrative, se vi è l’eccessiva severità delle stesse - sia per l’importo che per le sanzioni accessorie – oltre che per le loro ripercussioni sugli interessi del condannato”, favorendo così un’ omogeneizzazione tra il settore amministrativo e quello penale, CEDU, n. 18649/2010

Ancora, a seguito della nota sentenza della CEDU *G. Stevens c. Italia* (CEDU, Sent. 4 marzo 2014), in cui la Corte, sempre in una prospettiva di avvicinamento tra il settore penale e quello amministrativo, ha negato la possibilità di instaurare un procedimento penale su un fatto già giudicato in sede amministrativa dalla CONSOB in via definitiva, la nostra Corte Costituzionale, adeguandosi a questo principio di diritto, ha ritenuto che la pendenza di un procedimento penale, una volta diventata definitiva la sanzione amministrativa irrogata dalla CONSOB, costituisca violazione del principio del *ne bis in idem*, in quanto “le sanzioni irrogate dalla CONSOB, pur se formalmente qualificate come “amministrative” nell’ordinamento italiano, devono invece essere considerate come sostanzialmente penali, sicché la loro irrogazione in via definitiva preclude la possibilità di celebrare o proseguire un ulteriore processo penale avente ad oggetto il medesimo fatto, sia pure diversamente qualificato”, C. Cost., n. 102/2016

¹³² PULITANÒ, voce *La responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir., Agg.*, VI, Milano, 2002

¹³³ PULITANÒ, *La responsabilità da “reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, cit. pag. 418

¹³⁴ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008, cit. pag. 91

Si sono inoltre espressi in senso favorevole alla natura penale della responsabilità dell’ente AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pag. 167; CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell’economia*, Cedam, 2002, pag. 208; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pag. 1103

responsabilità, che “ad onta del *nomen iuris*, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale, forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell’imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost)”¹³⁵.

- *Le posizioni intermedie e il delinearsi di un “tertium genus”*

Qualche autore si è infine fatto portatore di una terza e innovativa lettura ermeneutica della questione, mettendo in evidenza come in realtà entrambe le posizioni sopraesposte debbano considerarsi errate, poiché il modello di responsabilità previsto a carico dell’ente non può considerarsi del tutto appartenente né al sistema penale, né tanto meno a quello amministrativo, ma costituirebbe nella sostanza “un sottosistema autonomo, entro il complesso di quello che può essere ed è definito dalla dottrina come sistema punitivo, comprendente sia il diritto penale, sia il sistema dell’illecito amministrativo”¹³⁶, fermo restando che il legislatore ha privilegiato un’ottica decisamente garantistica e quindi tendente verso l’orbita del diritto penale, piuttosto che di quello amministrativo.

Questa posizione, che possiamo definire “intermedia”, in quanto definisce la responsabilità degli enti come un “*secundum genus* penalistico”¹³⁷ ha rappresentato il preludio di quella corrente dottrinarina, seppur nettamente minoritaria, che ha ipotizzato l’esistenza di un “*tertium genus*” di responsabilità a carico dell’ente.

In realtà, va rilevato che è stato all’interno della Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001 che, dopo aver dichiarato oramai “superata l’antica obiezione in ordine al presunto sbarramento dell’art. 27 della Costituzione, e cioè all’impossibilità di adattare il principio di colpevolezza alla responsabilità degli enti”, è stata paventata per la prima volta l’idea di un *tertium genus* di responsabilità “che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo, nel tentativo di contemperare le ragioni dell’efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia”¹³⁸.

¹³⁵ Cass. Pen., Sez. II, n. 3615/2006, *Jolly Mediterraneo s.r.l.*, in *Cass. Pen.*, 2007, pag. 74 e ss.

¹³⁶ PULITANÒ, *La responsabilità da “reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, cit. pag. 417

¹³⁷ DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d’imputazione*, in *www.dir.pen.cont.it*, 2012, pag. 21

¹³⁸ Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001

In senso conforme a questa impostazione si è inoltre pronunciata, nell'ambito del progetto preliminare di riforma del codice penale elaborato dalla commissione Grosso, la stessa Commissione del Progetto la quale, ritenendo la responsabilità delle persone giuridiche "non qualificata e allo stato non qualificabile come responsabilità penale" – nonostante la maggior parte dei commissari non ravvisasse degli ostacoli rilevanti a tale conclusione – ha preferito optare per un "*tertium genus*, che è sì ancorato a presupposti penalistici (commissione di un reato) e governato dalle garanzie forti del diritto penale, ma che rispetto al diritto penale classico, presenta inevitabili diversità, dovute alla diversità dei destinatari"¹³⁹.

Alcuni giudici di merito¹⁴⁰, e anche di legittimità¹⁴¹, hanno in effetti aderito in alcune sentenze alla teoria del *tertium genus*, sostenendo al contempo che essa rientri perfettamente nell'ambito di applicazione dei principi costituzionali dettati con riferimento alla materia penale, a partire dal tanto contestato art. 27 della Costituzione.

Va infine citato chi, rifiutando anche l'idea del *tertium genus* di responsabilità, ha addirittura ravvisato l'esistenza di un *quartum genus*, che trarrebbe origine non solo dai modelli di responsabilità penale e amministrativa, ma anche da quello civile-extracontrattuale, dei quali riprodurrebbe i connotati fondamentali, specifici o condivisi dai tre sistemi¹⁴².

¹³⁹ Relazione al "Progetto Grosso", in *Doc. giust.*, 2000, cit. pag. 577

Anche una parte minoritaria della dottrina si è schierata in senso favorevole all'introduzione di un *tertium genus* di responsabilità: AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in RONCO (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, Zanichelli, Bologna, 2006, pag. 191; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di) *Reati e responsabilità degli enti*, 2° ed., Giuffrè, 2010, pag. 14, il quale ha affermato che ci troviamo al cospetto di un sistema "geneticamente modificato con sembianze ibride", pur ammettendo una "dominanza genetica della componente penalistica"; PELISSERO, *La "nuova" responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Vol. 1, 13^a ediz., Giuffrè, 2007, pag. 867

¹⁴⁰ Gip, Trib. Milano, Ord. 24 gennaio 2008, in *Cass. Pen.*, 2008, pag. 3861 e ss.

¹⁴¹ Cass. Pen., Sez. VI, n. 36083/2009, *Mussoni*, in *Cass. Pen.*, 2010, pag. 1938; Cass. Pen., Sez. VI, n. 27735/2010, *Brill Rover*

C'è stata infine una sentenza in cui la Cassazione, a Sezioni Unite, non ha preso posizione in ordine alla natura giuridica della responsabilità dell'ente, limitandosi ad affermare che "il sistema sanzionatorio proposto dal d.lgs. 231 fuoriesce dagli schemi tradizionali del diritto penale – per così dire – "nucleare", incentrati sulla distinzione tra pene e misure di sicurezza, tra pene principali e pene accessorie, ed è rapportato alle nuove costanti criminologiche delineate nel citato decreto", senza specificare tuttavia, se intendano alludere ad un *tertium genus* di responsabilità o ad una responsabilità penale *sui generis*, Cass. Pen., S.U., n. 26654/2008, *Fisia Italimpianti e altri*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2008, pag. 1746

¹⁴² In questo senso VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in VINCIGUERRA-CERESA-GASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d.lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, pag. 212

- ***Gli illeciti dell'ente: reati "propri", "strumentali" e "culturali"***

Abbiamo precedentemente rilevato come le ragioni ispiratrici dell'introduzione del decreto 231/2001 debbano essere ravvisate nella opportunità di affiancare alla responsabilità della persona fisica che ha tenuto la condotta delittuosa un coinvolgimento dell'ente nel cui interesse o vantaggio l'illecito sia stato dal suo apicale o sottoposto commesso¹⁴³, poiché è proprio il reato a rappresentare il campanello d'allarme in ordine alla necessità di un'attività di prevenzione e punizione, oltre che della persona fisica, anche dell'ente.

È però fondamentale comprendere quali siano i tipi di illeciti che possono essere ascritti all'ente, in base alle loro peculiari modalità strutturali e realizzative, poiché proprio tale disamina consentirà di individuare la tipologia di reati – soprattutto quelli colposi - in relazione ai quali la responsabilità "amministrativa" dell'ente sembra potersi ricondurre alla sola omessa organizzazione di quest'ultimo, con fondamentali ricadute in tema di "connivenza punibile", consistente, con riferimento all'ente, in una mancata dissociazione preventiva dal reato inequivocabilmente dimostrata dalla mancata adozione del modello organizzativo.

- La prima categoria individuata dalla dottrina, avente come massimo esponente Paliero, è quella dei "reati propri" dell'ente in quanto tale, "che cioè esprimono direttamente la volontà della società, materializzando un programma d'azione che è proprio ed esclusivo della società, rispetto ai quali le persone fisiche non sono che dei prolungamenti fisici per la realizzazione della condotta d'impresa collettiva, appendici operative dell'agire societario"¹⁴⁴.

In particolare, sono tipicamente appartenenti a questa prima categoria i "reati societari" poiché, per loro intrinseca natura, attività come la redazione del bilancio di esercizio, la gestione del capitale sociale ecc., risulterebbero totalmente snaturate se svincolate dal contesto societario di riferimento. Per questo motivo, nell'ambito del paradigma definito della "*Kollegialdelinquenz*"¹⁴⁵, non è possibile

¹⁴³ Art. 5 d.lgs. 231/2001: "L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)"

¹⁴⁴ PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, cit. pag. 1529

¹⁴⁵ FRANKE, *Kriminologische und Strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz*, in *Festschrift für Gunter Blau*, Berlin-New York, 1985, pag. 227 e ss.

scomporre l'agire criminoso della persona fisica da quello dell'ente, poiché si tratta sempre di "azioni collettive, mai individuali, di cui l'entità societaria rappresenta il collettore e il fulcro imputativo"¹⁴⁶.

- La seconda categoria è quella dei "*reati strumentali*" rispetto alla politica d'impresa: si tratta di quelle fattispecie criminose che, pur rappresentando espressione dell'agire sociale, necessitano della collaborazione attiva e personale della persona fisica per essere realizzate. Esse "raffigurano il modo socialmente patologico di proseguire la politica istituzionale d'impresa con altri mezzi"¹⁴⁷, e i mezzi in questione sono proprio le persone fisiche, in quanto "strumento collaterale" di realizzazione della volontà sociale.

Tipico esempio di reati rientranti in questa categoria sono certamente i "reati corruttivi", in quanto caratterizzati da una sostanziale scissione della finalità della condotta in capo alla persona fisica e all'ente. Entrambi agiscono in un'ottica opportunistica, che però dev'essere calata sugli interessi particolari dei due soggetti: la massimizzazione del profitto d'impresa in un caso, e una migliore posizione all'interno della società o un arricchimento personale nell'altro.

A differenza della prima categoria, quindi, i due modelli di responsabilità non devono considerarsi inscindibili, ma al contrario vanno divisi e valutati in un'ottica concorrenziale.

- L'ultima categoria, che maggiormente interessa ai fini della presente trattazione, è quella dei "*reati culturali*". Questi sono pur sempre "reati dell'ente, e tuttavia né propri, né strumentali, ma che definirei culturali, perché in definitiva espressivi della cultura d'impresa (...), per così dire frutto di un "gene perverso" incistato nel corpo organizzato dell'ente come tale".

Ha ricordato infatti Paliero che vicende giudiziarie molto recenti, prima fra tutte il caso *Thyssen* "hanno portato a ipotizzare una costellazione di reati gravissimi legati a condotte d'impresa, ma non come strumento della sua (naturale) politica d'impresa, bensì come espressione del suo modello organizzativo (...). E la differenza rispetto ai due paradigmi di condotta tipica prima evidenziati può apprezzarsi non solo sotto il profilo della genesi motivazionale (quella che potremmo definire la tipicità criminologica delle relative condotte), ma anche sotto il profilo strutturale della tipicità soggettiva: a differenza dei due modelli precedenti costantemente incarnati da *tipi dolosi*, questo terzo

¹⁴⁶ PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, cit. pag. 1530

¹⁴⁷ PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, cit. pag. 1530

modello privilegia viceversa la *tipicità colposa*, o, al più, la *tipicità da rischio illecito (recklessness)*¹⁴⁸.

I reati appartenenti a quest'ultima categoria sono i delitti di "omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro" disciplinati all'art. 25 *septies* del decreto 231/2001¹⁴⁹.

- ***I "reati colposi" dell'ente: responsabilità "autonoma" o "accessoria"?***

È stato proprio in riferimento alla categoria da ultimo analizzata, quella dei reati colposi di cui all'art. 25 *septies* del decreto, che si è aperta una delle più dibattute e tutt'oggi irrisolte controversie in ordine alla responsabilità dell'ente: l'autonomia o meno di quest'ultima dal fatto colposo commesso dalla persona fisica.

Nonostante sia indubbio che la volontà legislativa fosse quella di "prevedere una responsabilità dell'ente concorrente e accessoria rispetto a quella della persona fisica"¹⁵⁰, una parte della dottrina ha comunque cercato di scindere per via ermeneutica la posizione dell'ente da quella del suo apicale o sottoposto, rivendicando la possibilità di costruire una "responsabilità olistica dell'ente".

È necessario a tal fine partire dal presupposto che la commissione di un reato all'interno di una struttura organizzata non è minimamente paragonabile alla realizzazione dello stesso al di fuori di tale realtà. È infatti inevitabile che, nel primo caso, la persona fisica sia fortemente condizionata dal contesto sociale di riferimento, sia per quanto riguarda le finalità della condotta e le sue modalità realizzative, sia per le motivazioni alla base del suo agire, fino al punto di "sostituire la "tavola di valori" individuale con la (sotto)cultura espressa dalla struttura societaria. La persona fisica è indirizzata verso comportamenti criminosi verso i quali non sarebbe probabilmente scivolata o che

¹⁴⁸ PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, cit. pag. 1530-1531

¹⁴⁹ L'art. 9 legge 3 agosto 2007 n. 123 ha esteso l'ambito applicativo della responsabilità da reato degli enti alla materia degli infortuni sul lavoro, interpolando nel tessuto normativo del d.lgs. 231/2001 l'art. 25 *septies*

¹⁵⁰ M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, ESI, Napoli, 2012, pag. 231

comunque sarebbero stati diversamente dimensionati, ove fosse rimasta nel suo isolamento”¹⁵¹. Per questo motivo, l’espressione più corretta è apparsa quella di “*corporate crimes*”, in quanto direttamente riferibili alla *societas*, piuttosto che alla persona fisica per essa operante, succube degli inevitabili condizionamenti ambientali.

Mentre però una parte della dottrina non si è mai spinta fino al punto di negare o anche solo ammettere un’attenuazione della responsabilità della persona fisica per il reato da essa commesso¹⁵², poiché l’illecito - per quanto non trovi “adeguata spiegazione nelle rispettive “singolari” dimensioni esistenziali e rifletta piuttosto la realtà strutturale dell’ente come tale” - è in ogni caso materialmente perpetrato dall’autore individuale, e questa circostanza inconfutabile non può non impegnare la sua responsabilità - anche perché, scriminando la condotta della persona fisica, si arriverebbe al risultato di eliminare qualsiasi remora degli stessi alla commissione di reati nell’interesse o vantaggio della *societas* a cui appartengono -¹⁵³, un’altra parte della dottrina, sicuramente più estremista, ha avanzato una “visione olistica” incentrata sul totale abbandono di un possibile rimprovero nei confronti dell’autore individuale.

Secondo questa prospettiva, infatti, una responsabilità in capo alla persona fisica non è neppure astrattamente configurabile, “poiché non sono rintracciabili, all’interno della vicenda che conduce all’evento lesivo, apporti riferibili, già in termini oggettivi, prima ancora che soggettivi, a persone determinate”¹⁵⁴.

¹⁵¹ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 19

Dello stesso parere la Commissione Grosso, che ha affermato che “spesso l’illecito è frutto di condizionamenti sull’agire del singolo, connessi all’operare per l’organizzazione: condizionamenti che possono derivare, e di regola derivano, da vincoli organizzativi, stili di comportamento, ‘politiche’ imposte o additate ai portatori di determinati ruoli”, *Relazione della Commissione*, cit. pag. 643

¹⁵² Anche se una parte della dottrina è favorevole ad un’attenuazione della responsabilità della persona fisica in virtù del forte condizionamento criminologico derivante dal contesto societario di riferimento. In questo senso STELLA, *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, pag. 462 e ss.

¹⁵³ E questo del resto è il presupposto fondamentale della teoria della immedesimazione organica, che trae origine dalla sostanziale identificazione della volontà dell’ente con quella della persona fisica che agisce in suo nome e per suo conto, per estendere anche alla società la responsabilità da reato. Secondo questa teoria, in presenza dei requisiti richiesti dal decreto 231/2001, la responsabilità dell’ente sarebbe diretta, in quanto automatica in caso di commissione di uno dei reati-presupposto, nonché autonoma, poiché prescindente dall’accertamento della responsabilità della persona fisica autrice del reato. Dimostrazione incontrovertibile di ciò sarebbe l’art. 8 del decreto, rubricato appunto “autonomia della responsabilità dell’ente”, che sancisce espressamente la sussistenza della stessa anche quando l’autore del reato non è stato identificato o non è imputabile (oltre che in caso di estinzione del reato, salvo amnistia). Si tratterebbe quindi di una responsabilità per fatto proprio, e non per fatto altrui.

¹⁵⁴ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 25

È quindi scorretto considerare l'ente come semplice coautore del fatto insieme alla persona fisica "istigata all'azione"¹⁵⁵ dal contesto ambientale di riferimento, il quale favorisce il maturare di propositi criminosi che all'esterno non sarebbero mai nati, ma bisogna andare oltre, e riconoscere l'ente come l'unico vero responsabile "di una serie di illeciti caratterizzati dallo stesso disvalore d'evento degli illeciti penali "tradizionali", ma non suscettibili di essere imputati oggettivamente e soggettivamente a soggetti individuali determinati"¹⁵⁶.

Tuttavia, in questa prospettiva di "*corporate criminality*", sarebbe stato opportuno, se non necessario, creare delle nuove figure di illecito, differenti e autonome rispetto a quelle previste nel codice penale con riferimento alle persone fisiche, costruendole in base alle peculiari caratteristiche e ai criteri di imputazione soggettivi e oggettivi di responsabilità all'ente, svincolandosi in via definitiva da quelli riguardanti l'autore individuale, da considerarsi un semplice esecutore materiale della condotta criminosa, un mero strumento nelle mani del vero e unico autore del fatto di reato, l'ente collettivo.

Eppure, ferma restando la necessità di un intervento legislativo in tal senso, una "colpa di organizzazione pura" in capo all'ente, da sola sufficiente a far sorgere la responsabilità dello stesso, troverebbe già da ora terreno particolarmente fertile, almeno nell'ambito dei delitti di "omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro" di cui all'art. 25 *septies* del decreto. Infatti "l'estensione della responsabilità ai sensi dell'art. 25 *septies* consentirebbe di identificare nella mancata attuazione delle norme cautelari da parte dell'ente il coefficiente soggettivo "autonomo" di una responsabilità di tipo tendenzialmente "olistico", che davvero può prescindere, come e più di quanto non voglia significare di per sé l'art. 8 lett. a) d.lgs. 231/2001, dalla identificazione dei soggetti individuali autori del reato. Si vuole cioè dire che, nella specifica materia dei reati colposi richiamati dall'art. 25 *septies*, l'inosservanza degli obblighi cautelari posti dalle corrispondenti normative di fonte pubblicistica, in quanto sicuramente gravanti sull'ente-datore di lavoro come tale, potrebbe ben rappresentare di per sé il coefficiente soggettivo "personale" idoneo a fondare la corrispondente

¹⁵⁵ La costruzione del rapporto tra ente e persona fisica in termini di istigazione della seconda da parte del primo appartiene a BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Scritti di diritto penale*, Vol. 2, T. II, Milano, 1997, pag. 3039

¹⁵⁶ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 26

responsabilità da reato, senza che sia necessario andare alla ricerca di quale persona fisica sia direttamente responsabile della violazione all'interno della struttura organizzativa”¹⁵⁷.

In questo contesto, solo un modello organizzativo realmente idoneo in quanto riprodotto tutte le norme cautelari dettate dalla legge a livello generale, potrebbe operare in senso esimente della responsabilità per colpa organizzativa dell'ente.

In senso radicalmente contrario a questa impostazione si è osservato come nel sistema italiano - a differenza ad esempio di quello francese in cui le *personae morales* sono responsabili per la sola circostanza che il reato è stato commesso per loro conto da parte di organi o rappresentanti¹⁵⁸ - “il fatto di reato del singolo non è il fatto dell'ente: il fatto doloso o colposo dell'autore, invece, purché commesso nell'interesse dell'ente o per esso vantaggioso, fa rimbalzare una responsabilità sull'ente medesimo se ed in quanto quest'ultimo sia “colpevole” rispetto al reato altrui: dove lo stacco tra l'una e l'altra responsabilità viene tra l'altro incisivamente sottolineato proprio dalla loro diversa natura giuridica”¹⁵⁹.

Perciò, solo nel momento in cui con “autonomia” della responsabilità dell'ente ci si riferisce al fatto che l'illecito “amministrativo” commesso dall'ente dia luogo a delle conseguenze sanzionatorie differenziate e autonome rispetto a quelle previste a carico della persona fisica autrice del fatto, il termine viene utilizzato propriamente.

E del resto, la dimostrazione della correttezza di tale impostazione deriverebbe, secondo tale dottrina certamente maggioritaria, dal fatto che l'art. 8 del decreto, rubricato appunto “autonomia della responsabilità dell'ente”, limitando tale autonomia alle sole due ipotesi eccezionali in cui l'autore del reato non sia stato identificato o identificabile, o il reato si sia estinto (salvo il caso dell'amnistia), arrivi nella sostanza a negare, piuttosto che ad affermare, tale autonomia, a maggior ragione se si considera che le ipotesi in questione sono “assolutamente distanti concettualmente dalle ragioni

¹⁵⁷ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008, cit. pag. 281

¹⁵⁸ Artt. 121 comma 2: “*Les personnes morales, à l'exclusion de l'état, sont responsables pènalement (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou reprèsentants*”

¹⁵⁹ ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002, cit. pag. 405

sostanziali poste alla base dell'opportunità di un'autonoma responsabilità per colpa organizzativa"¹⁶⁰.

Ciò che al massimo si può ammettere, seguendo tale impostazione, è che "l'autonomia della responsabilità dell'ente, così delineata, sia autonomia dalla responsabilità penale della persona fisica, ma non dall'obiettivo realizzazione di un reato, integro di tutti gli elementi che ne fondano lo specifico disvalore", non potendosi prescindere da un intervento legislativo per svincolare "in modo chiaro e completo la responsabilità dell'ente dal fatto colposo di una singola persona fisica"¹⁶¹.

La dottrina contraria alla "posizione autonomista" ha infine individuato un ultimo elemento a fondamento della negazione di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo rispetto al fatto colposo della persona fisica, che si consuma sul piano della "imputazione oggettiva" del fatto (prima ancora di giungere ad una valutazione in termini di colpevolezza dell'ente) ed incentrato sulla struttura dell'illecito "amministrativo" imputabile all'ente – definito come l'*Unrecht* proprio della società¹⁶² - a seconda che si tratti di un illecito di evento o di pericolo¹⁶³.

Sembra, infatti, che volendo analizzare il solo "nesso di causalità" intercorrente tra la condotta criminosa della persona fisica e la responsabilità che sorge in capo all'ente, questo sia esclusivamente di tipo "naturalistico", non certamente "normativo": riprendendo proprio l'ipotesi dell'omicidio colposo e delle lesioni colpose gravi o gravissime di cui all'art. 25 *septies* del decreto, ciò che fa sorgere la responsabilità dell'ente non è l'evento morte, infortunio o malattia professionale verificatosi - di cui risponde la persona fisica ai sensi degli artt. 589 e 590 c.p. - ma piuttosto il

¹⁶⁰ M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, ESI, Napoli, 2012, pag. 234

¹⁶¹ PULITANO', voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, pag. 963

¹⁶² PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pag. 1532

¹⁶³ "L'illecito di evento è caratterizzato da un "doppio nesso di causalità: il primo intercorrente tra la condotta della persona giuridica e l'evento-reato consumato dalla persona fisica; il secondo da intravedere nella correlazione che deve saldare la concreta violazione della regola cautelare e il rischio tipico di reato, di cui l'illecito perpetrato dalla persona fisica costituisce la concretizzazione. All'interno di questo schema non ci si discosterebbe dalle istanze correlate alla salvaguardia del principio di colpevolezza e le scansioni dell'accertamento replicherebbero, in massima parte, quelle proprie del reato colposo d'evento". L'illecito di pericolo, invece, è "prossimo al paradigma dell'illecito di rischio, nel quale la normologica ricostruzione del nesso causale è soppiantata dalla stocastica valutazione dei tassi di aumento/diminuzione del rischio. Per questa via, il sistema piegherebbe in direzione di un modello di imputazione oggettiva dell'evento, a discapito del principio di colpevolezza" PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: Le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011, cit. pag. 42-43

“rischio-reato prodotto dalla commissione di uno dei reati presupposto”¹⁶⁴, che l’ente non ha impedito, trasgredendo in tal modo l’obbligo organizzativo su di esso gravante. È solo questo l’evento sul quale può essere misurato, in termini di prevedibilità ed evitabilità, la colpa dell’ente.

A dimostrazione di ciò, secondo alcuni autori, basta osservare la struttura del modello organizzativo: nell’ambito della sua “paradigmatica dell’autocontrollo penale”, si è osservato come la Parte Speciale del modello sia “indirizzata a setacciare e regolare le *specifiche attività esposte al rischio reato*”¹⁶⁵; da ciò si desume che la responsabilità dell’ente assuma delle sembianze che traggono origine dalla “violazione di *standard* di diligenza “particolareggiati”, formalizzati in altrettanti modelli di prevenzione e di controllo funzionali alla *minimizzazione di uno specifico rischio-reato*”¹⁶⁶.

Ed in effetti, questa sembra essere la stessa impostazione accolta sia dal legislatore che dalla giurisprudenza.

Il primo in quanto ha previsto all’interno della disposizione unanimemente considerata come il “fulcro della colpevolezza dell’ente”¹⁶⁷ (art. 6 del decreto), come requisiti per andare esente da responsabilità, l’aver “adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione *idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*”¹⁶⁸, nonché “specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente in relazione ai *reati da prevenire*”¹⁶⁹ e infine la possibilità di adottare i modelli “sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla *idoneità dei modelli a prevenire i reati*”¹⁷⁰, dimostrando in questo modo che la finalità a cui deve tendere il modello è proprio la prevenzione del rischio-reato.

Deve perciò ritenersi che se il legislatore avesse realmente voluto introdurre una responsabilità per “colpa organizzativa pura” in capo all’ente, totalmente autonoma dal reato-presupposto commesso

¹⁶⁴ PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pag. 1532

¹⁶⁵ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011

¹⁶⁶ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011

¹⁶⁷ M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell’individuo e dell’ente*, ESI, Napoli, 2012, pag. 236

¹⁶⁸ Art. 6 comma 1 lett. a D.lgs. 231/2001

¹⁶⁹ Art. 6 comma 2 lett. b D.lgs. 231/2001

¹⁷⁰ Art. 6 comma 3 D.lgs. 231/2001

dal suo apicale o sottoposto, avrebbe molto più ragionevolmente chiamato la *societas* a rispondere direttamente, in quanto unica responsabile, dell'evento lesivo morte o lesioni personali, e non del mero aumento del rischio di commissione del reato, riconducibile al suo difetto di organizzazione.

Anche la giurisprudenza è sembrata favorevole all'ordine di idee sopra esposto, come risulta chiaramente da una complessa ordinanza del Gip di Milano che, a seguito della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla difesa in ordine alla presunta incompatibilità della responsabilità amministrativa degli enti per i reati di omicidio e lesioni personali colpose conseguenti a violazioni di norme infortunistiche, con gli artt. 24 commi 1 e 2 e 25 comma 2 Cost, oltre a dichiarare manifestamente infondata la questione, ha anche affermato il fondamentale principio secondo cui l'evento che l'ente ha l'obbligo di evitare, tramite l'adozione del modello organizzativo, è solamente il reato, "non il diverso evento – naturalistico – dedotto nei reati colposi", sicché "l'ente risponde del reato commesso, così come ne risponde l'autore, ma non in forza dei medesimi indici: l'autore ne risponde perché l'ha commesso; l'ente ne risponde perché non si è attivato per prevederlo e prevenirlo e con ciò ha consentito che l'autore lo commettesse"¹⁷¹.

L'unico inconveniente che deriva da tale impostazione è che l'ente si troverà a fare inevitabilmente i conti con un coefficiente di variabilità non indifferente in sede di definizione della sua colpa organizzativa: è chiaro, infatti, che dovendo l'ente prevenire il rischio di commissione dei reati, "la colpa organizzativa dovrà fisiologicamente rapportarsi ad un evento-reato variabile al variare della prassi", cosicché sarà fondamentale che la *societas*, se intende aumentare le proprie *chances* di andare esente da responsabilità, nella preliminare attività di mappatura delle aree a rischio-reato, tenga in massima considerazione i vari orientamenti sull'ampiezza degli *standard* di cautela e diligenza che i giudici esigono dall'ente. Infatti, quanto più questi verranno dilatati da parte dei giudici, tanto più sarà difficile per l'ente svolgere un'efficace attività di mappatura del rischio-reato ed essere mandato esente da responsabilità per colpa organizzativa.

A tal proposito, un atteggiamento che si può riscontrare frequentemente, negli ultimi tempi, in giurisprudenza è la tendenza, in materia di malattie professionali, ad estendere la responsabilità

¹⁷¹ Gip Trib. Milano, Ord. 8 marzo 2012

dell'ente collettivo anche alle ipotesi in cui l'evento morte o infortunio non fosse dallo stesso prevedibile.

Il più emblematico esempio in tal senso si riscontra senz'altro in tema di omicidio colposo in danno di lavoratori esposti ad amianto e deceduti per tumore polmonare o mesotelioma - in quanto malattie caratterizzate dall'impossibilità, nella quasi totalità dei casi, di stabilire con esattezza il momento di insorgenza della patologia - in cui i giudici tendono ad ammettere la responsabilità del datore di lavoro quando, "sulla base delle leggi scientifiche, universali o statistiche, o del giudizio controfattuale, si raggiunga comunque la prova che la condotta doverosa omissa avrebbe potuto incidere anche soltanto sul tempo di latenza o sul decorso della malattia"¹⁷².

In questa peculiare ipotesi, la Cassazione ha ritenuto che "nel giudizio di prevedibilità, richiesto per la configurazione della colpa, vada considerata anche la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni sia pure indistinta potenzialmente derivante dal suo agire, tale che avrebbe dovuto convincerlo ad astenersi o ad adottare più sicure regole di prevenzione e, dunque, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione *ex ante* dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione"¹⁷³, rinunciando così alla necessaria esistenza di conoscenze certe in ordine alla prevedibilità dell'evento, per formulare un giudizio di condanna a carico del datore di lavoro, e richiedendo un impegno molto più considerevole allo stesso in termini di mappatura del rischio-reato.

Fortunatamente, però, la giurisprudenza sembra oggi abbastanza uniforme perlomeno in relazione "alle tipologie astratte di rimprovero mosse all'ente (per "omessa valutazione del rischio", per "omessa dotazione delle misure preventive necessarie", per "omesso controllo sull'attuazione delle misure predisposte" per "omessa informazione sui rischi") consentendo, pertanto, di ritagliare all'interno dell'attività lavorativa quelle particolari intersezioni che andranno a costituire le specifiche aree a rischio-reato, da dover successivamente organizzare"¹⁷⁴.

¹⁷² Cass. Pen., Sez. IV, n.33311/2012, in *De Jure*

¹⁷³ Cass. Pen., Sez. IV, n.33311/2012, in *De Jure*

In senso conforme: Cass. Pen., Sez. IV, n. 37762/2013; Cass. Pen., Sez. IV, n. 22249/2014

¹⁷⁴ M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, ESI, Napoli, 2012, cit. pag. 238

- ***I profili soggettivi della responsabilità dell'ente: il "principio di colpevolezza"***

Una volta esaurita l'analisi dei profili oggettivi della responsabilità dell'ente, non può prescindere da quelli soggettivi, e in particolare dalla valutazione della colpevolezza dell'ente.

Perché sorga la responsabilità da reato della società, devono ovviamente ricorrere i requisiti soggettivi richiesti dalla legge: il reato-presupposto dev'essere commesso, oltre che nell'interesse o a vantaggio dell'ente (requisito oggettivo), da parte di soggetti "apicali", cioè da coloro che rivestono "funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso"¹⁷⁵, o da "sottoposti", cioè da persone soggette "alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)"¹⁷⁶. L'ente, invece, non risponde se tali soggetti hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi¹⁷⁷.

La responsabilità dell'ente è infine legislativamente definita "autonoma", quando "l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile" e quando "il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia"¹⁷⁸.

In caso di commissione di uno dei reati-presupposto tassativamente elencati all'interno degli art. 24-26 del decreto, l'unico strumento che consente all'ente di andare esente da responsabilità è l'adozione ed efficace attuazione *ex ante* di un idoneo modello di organizzazione e gestione, che possieda i requisiti prescritti dagli art. 6 e 7 del decreto stesso.

In particolare, quando il reato sia stato commesso da soggetti "apicali", l'ente non risponde se prova che: ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli organizzativi idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi; ha assegnato il compito di vigilare sui modelli all'organismo di vigilanza (ODV); c'è stata un'elusione fraudolenta dei modelli; non c'è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'ODV (art. 6 decreto)¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Art 5 comma 1 D.lgs. 231/2001

¹⁷⁶ Art 5 comma 2 D.lgs. 231/2001

¹⁷⁷ Art 5 comma 3 D.lgs. 231/2001

¹⁷⁸ Art. 8 D.lgs. 231/2001

¹⁷⁹ Art 6 D.lgs. 231/2001: "Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che:

Quindi, quando il soggetto agente sia stato un apicale, il legislatore ha voluto introdurre una presunzione relativa di colpevolezza a carico dell'ente, poiché, tramite un'inversione dell'onere della prova, spetta a quest'ultimo, e non alla pubblica accusa, dimostrare la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 6 del decreto. Anche se - può anticiparsi fin da ora - la dottrina si è divisa in ordine al grado di tale presunzione, fino a vanificare, in alcuni casi, la previsione legislativa e degradare l'onere della prova gravante sull'ente in un mero onere di allegazione.

Nell'art 7, invece, per il caso di reato commesso da un "sottoposto", la colpa organizzativa dell'ente sussiste se la commissione dello stesso è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza, ma è esclusa l'inosservanza se, prima della commissione del reato, la società ha adottato ed efficacemente attuato i modelli, fermo restando che in questo caso l'onere della prova grava sull'accusa.

Gli art. 6 e 7 disciplinano quindi le condizioni esimenti della responsabilità dell'ente, in caso di "modello *ante factum*"¹⁸⁰, cioè adottato ed efficacemente attuato prima della commissione del reato.

-
- a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).
2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:
- a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
- b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
- d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
- e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello
- Art. 7 d.lgs. 231/2001: "1. Nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.
2. In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.
3. Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio.

¹⁸⁰ MUSELLA, *Criteri e best practices per realizzare e attuare in modo efficace un idoneo modello anticorruzione*, Giuffrè, Milano, 2014

Al contrario, l'adozione "*post factum*" del modello, non esonera l'ente dalla responsabilità da reato, consentendo tutt'al più una attenuazione delle sanzioni ¹⁸¹, nonché di evitare l'applicazione delle misure cautelari ¹⁸², poiché, essendo queste ultime basate sul pericolo di reiterazione del reato, l'adozione del modello, anche se successivamente alla commissione di un reato, scongiura il pericolo di commissione di ulteriori illeciti della stessa specie.

Il modello può quindi assolvere una duplice funzione: una di carattere "esimente", quando adottato *ante delictum*, e una "riparatoria", se adottato *post delictum* ¹⁸³.

Anche nell'analizzare i profili soggettivi della responsabilità dell'ente, tuttavia, la dottrina non si è posta in modo uniforme in ordine al modo di intendere il "principio di colpevolezza" e il paradigma di responsabilità dell'ente. Anche sotto tale aspetto, infatti, si sono formati tre distinti orientamenti dottrinali: quello pluralista, quello monistico e uno "intermedio", che ha cercato di trovare un punto di incontro tra le due posizioni precedenti.

- ***La teoria pluralistica***

Secondo i sostenitori dell'opzione pluralistica, gli art. 6, 7 e 8 del decreto avrebbero introdotto "tre differenti titoli o paradigmi di responsabilità, essenzialmente orientati sul tipo di autore-persona fisica", intendendo per "tipo di autore" non profili criminologici, ma qualifiche di carattere formale, funzionale o processuale dell'autore materiale del reato presupposto, "declinandosi i diversi modelli di colpevolezza dell'ente in ragione dell'autore-persona fisica: *apicale, subordinato e ignoto o non punibile*" ¹⁸⁴.

¹⁸¹ Sanzioni amministrative pecuniarie, confisca del profitto, e sanzioni interdittive

¹⁸² Basate su fondati e specifici elementi che facciano ritenere in concreto il pericolo di commissione di illeciti della stessa indole

¹⁸³ In questo senso C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011, pag. 6

¹⁸⁴ PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pag. 1534

- In particolare, la persona fisica-apicale sarebbe contraddistinta da un “*doppio dolo cumulativo*”: il “dolo del fatto, tipico del reato commesso” e il “dolo elusivo” desumibile dal requisito dell’elusione fraudolenta del modello organizzativo. La persona giuridica sarebbe invece caratterizzata da un “*doppio dolo alternativo*”: il “dolo del fatto” commesso dalla persona fisica, del quale risponde anche l’ente sulla base del rapporto di immedesimazione organica col soggetto apicale, “nel caso di diretta connivenza con la scelta criminale, perché espressiva della politica d’impresa”, oppure, alternativamente il “dolo-colpevolezza”, in virtù della circostanza che l’omessa vigilanza sull’operato degli organi societari ha consentito la commissione del reato da parte dell’apicale, “impregnando così di riprovevolezza il comportamento dell’ente (in quanto era, viceversa, esigibile - “dolo colpevolezza” - un opposto comportamento di efficace repressione delle spinte criminali dei rappresentanti apicali)”¹⁸⁵.

- Per quanto riguarda invece i reati-presupposto realizzati dai “subordinati”, ai sensi dell’art. 7, la responsabilità dell’ente sussisterebbe solamente se la commissione del reato fosse stata “resa possibile dall’inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza”, essendo quindi inquadrabile nello “schema concorsuale di tipo colposo (di mancato impedimento colposo)” del reato commesso dal sottoposto.

- Infine, l’art. 8 sancirebbe un’autonoma responsabilità dell’ente di tipo “principale, non accessoria come le due ipotesi precedenti” e “strutturalmente colposa: segnatamente consistente in una colpa di organizzazione specificamente orientata sul rischio reato”¹⁸⁶.

- ***La teoria monistica***

Altri autori, invece, nonostante la formulazione degli art. 6, 7 e 8 del decreto, hanno prospettato una visione del modello imputativo della responsabilità dell’ente in senso sostanzialmente unitario, in

¹⁸⁵ PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pag. 1541

¹⁸⁶ PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pag. 1542

quanto “a diversi tipi di autore” corrisponderebbe “una omogeneità del titolo di responsabilità dell’ente”¹⁸⁷.

Tale differente impostazione è stata incentrata sul concetto di “colpa organizzativa”, riconducibile al difetto organizzativo dell’ente, il quale non abbia adottato ed efficacemente attuato un idoneo modello organizzativo¹⁸⁸: questo, infatti, sarebbe l’unico elemento imprescindibile della responsabilità dell’ente, in quanto riscontrabile in ogni singola ipotesi delineata dal decreto, agli art. 6, 7 e 8, e perciò “tratto di fondo comune ai tre differenti paradigmi ascrittivi”.

- In particolare, in caso di reato commesso da un “subordinato”, la colpa di organizzazione si concretizzerebbe in una “forma speciale di colpa”, in termini di “agevolazione colposa”, a causa del *deficit* organizzativo dell’ente, dell’illecito commesso dal sottoposto, ovvero, secondo un’altra lettura, di “concorso per omissione” nel fatto della persona fisica, a causa del *deficit* di vigilanza e controllo sull’operato del sottoposto.

- Quando il reato-presupposto è stato commesso da un apicale, invece, la costante della “colpa organizzativa” dell’ente non può che essere declinata in modo differente, posto che l’autore del reato è stato in questo caso un vertice societario che, sulla base della teoria dell’immedesimazione organica, esprime direttamente la volontà dell’ente. Partendo da questo presupposto, l’unica possibilità per l’ente di andare esente da responsabilità, sarà dimostrare che vi è stata una dissociazione tra la volontà della persona fisica e la propria, fornendo in giudizio la prova dell’adozione e dell’efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevedere e prevenire il rischio-reato, e che l’illecito sia stato posto in essere al di fuori di qualsiasi possibilità di controllo da parte dell’ente, al quale perciò non può essere mosso alcun tipo di rimprovero per colpa. Anche in questo secondo caso, quindi, secondo l’opzione monistica, solo la colpa organizzativa dell’ente in termini di omessa o insufficiente organizzazione dello stesso costituirebbe l’elemento chiave della sua responsabilità.

¹⁸⁷ PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pag. 1542

¹⁸⁸ Massimi esponenti di questa impostazione PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista*231, 2006, pag. 167 e ss.

L'unica differenza con l'ipotesi precedente sarebbe ravvisabile nella circostanza che “mentre nell'art. 7 l'adempimento del dovere organizzativo funge da *elemento costitutivo* – sia pure in negativo (come carenza di) – della *fattispecie colposa*, nell'art. 6 la teoria dell'identificazione incardina una presunzione di colpevolezza dell'ente, mutuata dal coefficiente psicologico in capo al soggetto di vertice che ha commesso il reato. In questa evenienza, la colpa di organizzazione esplica, sul versante ascrittivo della responsabilità, un ruolo *eventuale di secondo grado*: viene ritenuta, per legge, estranea al cielo della colpevolezza (dei suoi elementi costitutivi), fino al raggiungimento della prova contraria, che spetta comunque all'ente riversare nel processo”¹⁸⁹.

- Infine, nell'ipotesi di autonoma responsabilità dell'ente di cui all'art. 8 del decreto, è evidente che l'unico motivo per cui l'ente potrebbe essere ritenuto in concreto responsabile, posto che l'autore del reato non è stato neppure identificato o identificabile - e quindi non potrà assumere rilievo nessun profilo di colpevolezza relativo specificamente a quest'ultimo - sarà solo ed esclusivamente il difetto organizzativo dell'ente, che avrà in questo caso una responsabilità “pura”.

- ***La responsabilità dell'ente come “fattispecie plurisoggettiva a concorso necessario di parte generale”***

Qualche autore ha infine dato una lettura diversa alla questione, al fine di trovare una soluzione alla diatriba tra la pluralità o l'unicità del paradigma di responsabilità da imputare all'ente.

In tale prospettiva, Paliero, prendendo le mosse dalla concreta possibilità di integrare la disciplina dettata dal D.lgs. 231/2001 con alcune norme del codice penale relative alle persone fisiche - in particolare con l'istituto del concorso di persone (art. 110 c.p.) e quello della responsabilità per omesso impedimento dell'evento di reato (art. 40 comma 2 c.p.) - ha definito la responsabilità dell'ente come una “fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante una nuova ipotesi di concorso (necessario) di persone fisiche e giuridiche nello stesso reato”, nel senso che vi sarebbe “un

¹⁸⁹ PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pag. 1544

solo reato in cui insieme concorrono, secondo la logica dell'accessorietà e con criteri di imputazione diversi, e la *societas* e la persona fisica”¹⁹⁰.

Secondo l'autore sarebbe proprio il “principio di accessorietà” la chiave di volta per intendere correttamente il modello di responsabilità dell'ente: quest'ultima non potrà infatti mai sorgere a meno che l'ente non abbia apportato il proprio contributo, in termini di colpa organizzativa, al fatto di reato posto in essere dalla persona fisica/organo, integrando in questo modo una fattispecie a concorso necessario, il quale ultimo è “cristallizzato dal doppio legame funzionale/finalistico (posizione; interesse/vantaggio), di entrambi i soggetti destinatari della norma complessa”¹⁹¹.

La responsabilità, più spesso colposa, ma talvolta dolosa, dell'ente sarebbe dunque accessoria rispetto al reato-presupposto già realizzato dalla persona fisica, come dimostrerebbe, secondo l'autore, l'art. 8 del decreto il quale, prevedendo un'autonoma responsabilità della società nel caso in cui l'autore individuale dell'illecito sia rimasto ignoto, rappresenterebbe la prova decisiva della circostanza che la responsabilità dell'ente non possa mai prescindere dalla commissione del fatto di reato, e dunque esso non possa che ricoprire una posizione accessoria rispetto a quella della persona fisica, quale “partecipe aggiunto della fattispecie plurisoggettiva (...) secondo lo schema della c.d. accessorietà minima”, anche nell'ipotesi in cui l'autore individuale non sia identificato o identificabile¹⁹².

Anche se non particolarmente seguita in dottrina¹⁹³, la tesi di Paliero, incentrata sulla natura concorsuale della responsabilità della persona fisica e di quella giuridica, ha ricevuto una importante conferma giurisprudenziale da parte delle Sezioni Unite, le quali hanno testualmente affermato che “la responsabilità della persona giuridica è aggiuntiva e non sostitutiva di quella delle persone fisiche, che resta regolata dal diritto penale comune. Il criterio d'imputazione del fatto all'ente è la commissione del reato “a vantaggio” o “nell'interesse” del medesimo ente da parte di determinate

¹⁹⁰ PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, cit. pag. 1535

¹⁹¹ Ancora PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, cit. pag. 1535

¹⁹² Favorevole alla tesi dell'accessorietà DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 17, il quale ha definito la responsabilità dell'ente come un coinvolgimento a titolo “accessorio, o comunque aggiuntivo, cumulativo”, poiché è proprio il reato realizzato nel suo interesse o vantaggio a rappresentare il campanello d'allarme in ordine alla necessità di un'attività di prevenzione e punizione, oltre che della persona fisica, anche dell'ente

¹⁹³ *Contra* in particolare MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento “dogmatico” della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in AA. Vv., *Societas puniri potest*, pag. 227 e ss.; ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Ind. pen.*, 2005, pag. 1016 e ss.

categorie di soggetti. V'è, quindi, una convergenza di responsabilità, nel senso che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, deve essere considerato “fatto” di entrambe, per entrambe antiggiuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica s'inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale. Pur se la responsabilità dell'ente ha una sua autonomia, tanto che sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, è imprescindibile il suo collegamento alla oggettiva realizzazione del reato, integro in tutti gli elementi strutturali che ne fondano lo specifico disvalore, da parte di un soggetto fisico qualificato”¹⁹⁴.

- *I delitti colposi e l'elusione fraudolenta del modello organizzativo*

Un'altra questione di massima importanza che il “principio di colpevolezza” ha posto si è consumata sul piano della compatibilità dei criteri di imputazione soggettiva della responsabilità dell'ente e, in particolare, quello dell'elusione fraudolenta del modello organizzativo (art. 6, 7 e 8 del decreto), con i delitti colposi disciplinati all'art 25 *septies* dello stesso decreto.

Gran parte della dottrina, infatti, ha evidenziato come la struttura dei delitti di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione della normativa antinfortunistica non possa considerarsi compatibile col requisito dell'elusione fraudolenta del modello da parte dell'autore materiale del reato, richiesto dall'art. 6 comma 1 lett. c del decreto come condizione imprescindibile per escludere la colpevolezza dell'ente.

Deve premettersi che la previsione di un così rigoroso requisito solamente all'art. 6 - dunque con esclusivo riferimento al reato commesso da soggetti “apicali” - sarebbe giustificato, come sopra anticipato, dalla circostanza che, essendo in questa ipotesi autori materiali della condotta criminosa i vertici societari, ed operando perciò la teoria della identificazione dell'ente con la persona fisica agente, la responsabilità della *societas* non sarebbe colposa (per difetto di organizzazione), ma “autenticamente dolosa, perché la persona fisica, a causa della sua collocazione apicale, sarebbe la

¹⁹⁴ Cass. Pen., S.U., n. 26654/2008, in www.altalex.com

mano visibile del vertice aziendale, il soggetto, cioè, che incarna all'esterno la strategia messa in atto dagli apici dell'azienda" ¹⁹⁵.

La stessa situazione non può ovviamente ritenersi valida anche per il sottoposto, poiché, essendo quest'ultimo per definizione subordinato all'autorità degli apicali, non può che essere "estraneo alla struttura verticistica", e conseguentemente la responsabilità dell'ente non potrà che essere di natura colposa, in particolare di "agevolazione colposa" riconducibile ad un *deficit* di vigilanza e controllo, per non aver correttamente valutato lo "specifico rischio-reato" e non aver quindi impedito il delitto commesso dal subordinato.

Eppure, nonostante questa sia senz'altro la regola generale quando si tratta del rapporto intercorrente tra la *societas* e i suoi apicali, il legislatore non ha mancato di considerare che possono effettivamente esistere delle ipotesi nelle quali "il vertice aziendale può legittimamente dissociare la propria responsabilità da quella di chi lo ha rappresentato all'esterno", soprattutto nelle "moderne dinamiche organizzative aziendali, sempre più pervase da una *compartimentazione aziendale* delle funzioni, che mette in crisi la validità dell'asserto secondo il quale non sarebbe mai possibile prefigurare l'esistenza di un diaframma che separi la volontà della persona fisica da quella dell'ente" ¹⁹⁶.

Questo accade di frequente non tanto nel classico modello societario caratterizzato dalla presenza di un amministratore unico, quanto piuttosto in quelle realtà societarie caratterizzate da una sempre maggiore ripartizione dei poteri decisionali, che si diradano su base orizzontale ¹⁹⁷, tramite delega da parte del consiglio di amministrazione, permanendo così in capo agli amministratori solamente un potere di vigilanza e di controllo sul corretto esercizio dei poteri delegati e in generale sul corretto andamento societario.

¹⁹⁵ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011 pag. 4

¹⁹⁶ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011, pag. 4

¹⁹⁷ Su questo tema MINTZBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1996, pag. 165 e ss., il quale mette in evidenza che si sono sempre più sviluppate delle forme di "impresa-rete", che attuano le proprie strategie attraverso relazioni non competitive, ma collaborative con altre imprese, per ottenere vantaggi comuni

Era dunque inevitabile che il legislatore del 2001 prendesse in debita considerazione tale situazione, definita da Piergallini di “polverizzazione dei centri decisionali”¹⁹⁸, diventata col tempo sempre più frequente, e prevedesse conseguentemente la possibilità per l’ente di discolarsi quando “il compimento di un illecito da parte di uno dei svariati soggetti in posizione apicale non riflettesse la politica d’impresa espressa dal consiglio di amministrazione, che, nei casi di delega delle funzioni o di parti di esse, finisce con l’essere un organo intermedio (con funzioni di generale sovrintendenza sull’amministrazione) tra l’assemblea e l’organo di vera e propria gestione della società (comitato esecutivo o gli amministratori delegati)”¹⁹⁹.

In questa prospettiva, se la “fraudolenza” richiesta dall’art. 6 viene concepita come “uso di mezzi artificiosi per superare la barriera di legalità predisposta dall’ente”²⁰⁰ - come riconosciuto d’altronde dalla stessa giurisprudenza, la quale richiede che la frode abbia “funzione strumentale rispetto all’elusione del modello di organizzazione”, che sia stato correttamente e tempestivamente adottato da parte della *societas*²⁰¹ - appare più che legittimo il dubbio avanzato dalla dottrina in ordine alla compatibilità della fraudolenza, in questi termini intesa, con dei delitti, quali quelli di cui all’art. 25

¹⁹⁸ L’espressione appartiene a PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011

¹⁹⁹ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011, cit. pag. 5

²⁰⁰ M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell’individuo e dell’ente*, ESI, Napoli, 2012, cit. pag. 242

²⁰¹ In questo senso, la Corte d’Appello di Milano in relazione ad un’ ipotesi di aggio: una volta riscontrato che “l’ente aveva tempestivamente adottato ed efficacemente attuato un adeguato modello di organizzazione e gestione, in quanto rispondente ai requisiti di cui all’art. 6 del D.lgs. n. 231/01”, il collegio si è soffermato sulla prova dell’avvenuta elusione fraudolenta del sistema di regole approntato dalla società, adottando una peculiare prospettiva per valutare l’esistenza o meno della “fraudolenza”. In particolare, “secondo i giudici, “la frode cui si fa riferimento nell’art. 6 [...] deve riguardare [...] gli altri protagonisti della procedura, in quanto la frode deve avere funzione strumentale rispetto all’elusione del modello di organizzazione e delle sue procedure”: la “frode” deve pertanto avere di mira gli altri soggetti che - in un sistema di controllo efficiente, laddove le operazioni “a rischio” vedono il coinvolgimento di più persone - sono chiamati a partecipare alla realizzazione dell’atto che ha determinato la realizzazione del reato. “Nel caso di specie - osserva il collegio - v’è stata manipolazione dei dati forniti dagli uffici competenti della società”, in ciò concretandosi la frode messa in atto dai due apicali nei confronti degli altri attori coinvolti nell’iter di formazione dei comunicati, e cioè le funzioni interne che avevano correttamente elaborato la bozza dei comunicati manipolati da ultimo dal presidente del CDA e dall’amministratore delegato”, Corte d’Appello Milano, n. 1824/2012, in www.dir.pen.cont.it

Appartenente allo stesso orientamento il Tribunale di Milano, che dopo aver ravvisato, in relazione al reato di aggio, la corretta e tempestiva adozione del modello da parte dell’ente, aveva ritenuto che “i comportamenti illeciti oggetto di imputazione non fossero frutto di un errato modello organizzativo, ma siano da addebitare al comportamento dei vertici della società che risultano in contrasto con le regole interne del modello organizzativo regolarmente adottato”, dichiarando per questo non punibile l’ente ai sensi dell’art 6 del decreto, e riferendo evidentemente il requisito della “fraudolenza” alle “modalità della condotta degli amministratori (mezzi utilizzati) e alla loro intenzionalità (dolo)”, Gip, Trib. Milano, 17 novembre 2009

septies del decreto, che, essendo appunto colposi, prescindono per definizione da un atteggiamento doloso in capo al soggetto agente.

Le soluzioni che sono state prospettate in dottrina per risolvere tale inconciliabilità del dettato legislativo sono state due: o ignorare il dato testuale e riferire il requisito della “elusione fraudolenta” del modello di organizzazione e gestione ai soli delitti dolosi, alleggerendo di conseguenza la gravosità dell’onere probatorio gravante sull’ente per dimostrare l’assenza della sua colpa organizzativa, ovvero attribuire un significato alternativo al requisito dell’elusione fraudolenta.

Per quanto attiene alla prima opzione, se si ritiene che la fraudolenza, certamente compatibile con i reati dolosi, sia invece “strutturalmente irriducibile a una dimensione della colpevolezza caratterizzata dall’assenza della volontà dell’evento, com’è nei reati colposi”²⁰², allora l’unica possibilità che in concreto si pone, se non si vuole arrivare al punto di “ritenere impossibile la prova liberatoria in relazione ai reati colposi quando il reato è commesso da un organo apicale”, è concludere nel senso che “tale condizione, nel settore considerato, non è richiesta, sì che la prova liberatoria dell’ente dovrà avere riguardo alla sola dimostrazione dell’adozione ed efficace attuazione

²⁰² Questa è l’opinione espressa dalla Commissione Greco, che, con riguardo ai reati colposi, ha proposto di eliminare il requisito della elusione fraudolenta ai fini della prova liberatoria, osservando che “l’occasione dell’intervenuto inserimento di delitti colposi nel novero dei reati-presupposto ha suggerito alcune modifiche agli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001, disposizioni che regolano la riferibilità «soggettiva» del fatto all’ente. Trattandosi di disposizioni che fondano la rimproverabilità dell’ente per fatto proprio dell’ente stesso, consistendo tale responsabilità nella colpa per «inadeguata organizzazione», è parso opportuno disegnare in modo autonomo i requisiti rispettati i quali la persona giuridica va esente da responsabilità nell’ipotesi che il reato-presupposto abbia natura colposa, posto che, essendo fondamentalmente colposa la natura della responsabilità dell’ente ex d.lgs. 231/2001, di questa strutturale caratteristica non si può non tener conto quando sia necessario definire lo schema dell’agente-modello, il cui rispetto implica (com’è fisiologico nei giudizi normativi di colpa) il venir meno del rimprovero. Con riguardo all’art. 6 d.lgs. 231/2001 (concernente la disciplina della riferibilità «soggettiva» all’ente quando il reato-presupposto è commesso da un soggetto in posizione apicale), è stato introdotto un nuovo comma 2, che - tenendo ferme le previsioni stabilite dal comma 1 con riferimento alle ipotesi di reato-presupposto doloso - ha da un lato eliminato quella consistente nell’«elusione fraudolenta» dei Modelli Organizzativi e di Gestione da parte del soggetto apicale autore del reato e, dall’altro, ha introdotto la previsione che l’ente - per andare esente da responsabilità - deve provare che «le condotte sono state realizzate in violazione delle specifiche regole dettate dai Modelli Organizzativi e di Gestione per la prevenzione di reati della specie di quello verificatosi». L’eliminazione dell’estremo dell’«elusione fraudolenta», che appare distonico con la natura dei reati-presupposto quando tali reati siano colposi, è suggerita dal rilievo che in concreto una condotta caratterizzata da una componente soggettiva tanto marcata (com’è reso manifesto dall’avverbio «fraudolentemente» impiegato nella lett. c) del comma 1 dell’art. 6) qualora determini un esito causale lesivo (morte o lesioni) potrebbe non infondatamente suggerire la configurazione del delitto di omicidio volontario o di lesioni volontarie (magari a titolo di dolo eventuale): il che avrebbe in sostanza determinato una sorta di impossibilità fattuale a dimostrare da parte dell’ente la propria non colpevolezza”, IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Rivista231*, 2008, pag. 66, 67

dei modelli organizzativi. Tale ultima interpretazione appare essere preferibile, tenuto conto della *ratio legis*, che appare essere quella di consentire comunque una prova liberatoria all'ente - al fine di non frustrare le finalità di prevenzione connesse all'adozione di adeguati *compliance programs ante factum* - nonché di una lettura costituzionalmente orientata della norma, poiché in caso contrario si sarebbe in presenza di un'ipotesi di responsabilità oggettiva, del canone ermeneutico del *favor rei*"²⁰³.

La seconda soluzione prospettata si era invece orientata nel senso di superare a livello ermeneutico l'apparente inconciliabilità del dettato normativo, tramite una diversa interpretazione del requisito dell'elusione fraudolenta, e un'originale applicazione del principio di affidamento.

In particolare, partendo dalla constatazione dell'esistenza all'interno del nostro ordinamento della fattispecie di reato dei "delitti colposi contro la salute pubblica" all'art. 452 c.p., e dalla circostanza che l'estensione della punibilità all'ipotesi colposa dimostrerebbe "la compatibilità tra la frode e un atteggiamento colposo, in quanto (...) nell'ambito della prevenzione del pericolo comune, la frode deve essere intesa oggettivamente come minaccia occulta o ingannevole incombente sulla salute pubblica" - con la conseguenza che ciò che conta, ai fini della formulazione di un corretto giudizio di colpa, è solo il nesso intercorrente tra un comportamento colposo del soggetto agente (per negligenza, imprudenza o imperizia, o per violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline), che si sia tradotto nella "violazione del dovere di verificare la presenza di fonti di pericolo comune" e la concreta "possibilità di riconoscere, valutare e fronteggiare i predetti fattori di pericolo"²⁰⁴ - una parte della dottrina si è orientata nel senso che il medesimo ragionamento condotto con riferimento alle persone fisiche possa essere perfettamente trasposto in materia di responsabilità dell'ente per i reati colposi commessi dai suoi apicali.

²⁰³ IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Rivista231*, 2008, pag. 66.

Appartenente allo stesso filone dottrinale LOTTINI, *I modelli di organizzazione e gestione*, in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010

²⁰⁴ GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo II, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, 2013, pag. 337

Si consideri a tal proposito la sentenza che ha ravvisato l'esistenza della fattispecie omissiva di avvelenamento colposo "nella condotta del direttore di un impianto industriale che, avendo omesso di adottare le cautele idonee a impedire che perdite accidentali di prodotti tossici (sia per ingestione, sia per inalazione o assorbimento cutaneo) potessero riversarsi sul terreno e sulla falda artesianica sottostante, aveva cagionato l'avvelenamento delle acque ivi presenti", PRETURA DI MASSA, 30 luglio 1981, in GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo II, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, 2013, pag. 337

Infatti, intendendo allo stesso modo l'atteggiamento di fraudolenza come comportamento che "prescinde dall'*animus* e deve, invece, essere riferito all'insidiosità, al carattere occulto e inaspettato del pericolo, risultando così compatibile con la forma colposa", allora "per liberarsi dalla propria responsabilità, l'ente potrà e dovrà dimostrare che l'autore dell'illecito colposo di evento ha commesso il reato, violando (questo è il significato che in ambito colposo può ragionevolmente assumere il termine elusione) in modo inaspettato e occulto i modelli di organizzazione e gestione"²⁰⁵.

La grande portata innovativa di questo orientamento dottrinale consiste evidentemente nel riconoscere maggiori *chances* di non punibilità all'ente quando, avendo correttamente adempiuto al proprio dovere organizzativo e formativo nei confronti dei suoi organi, abbia fatto legittimo affidamento sul rispetto da parte dei suoi apicali del sistema di regole da esso stesso approntato.

Aderendo a tale peculiare applicazione del principio di affidamento, poiché, come ha affermato la stessa giurisprudenza, "il comportamento fraudolento non può essere impedito da nessun modello organizzativo e nemmeno dal più diligente organismo di vigilanza"²⁰⁶, non può arriversi al punto di ritenere la diligenza richiesta all'ente tanto "estesa da coprire finanche le imprevedibili negligenze altrui, nella specie di quei soggetti apicali che, pur debitamente sollecitati al rispetto dei protocolli comportamentali, avessero deciso inaspettatamente di violarli, cagionando per colpa l'infortunio. Sarebbe questo uno dei (pochi) luoghi di possibile non sovrapposibilità della colpa dell'ente alla colpa della persona fisica, destinato però ad occupare uno spazio minimo, relativo cioè alle sole ipotesi in cui il reato sia commesso attraverso la consapevole inosservanza del modello di organizzazione e gestione atto a prevenire il reato, rimanendo il problema aperto per tutte le altre restanti ipotesi di colpa del datore di lavoro"²⁰⁷.

²⁰⁵ GARGANI, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile per definizione la persona giuridica?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. IV, Napoli, 2011

²⁰⁶ Corte d'Appello Milano, n. 1824/2012, in www.dir.pen.cont.it

²⁰⁷ M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, ESI, Napoli, 2012, pag. 243

- ***La ripartizione dell'onere della prova in ordine alla "colpevolezza" dell'ente***

La seconda controversa questione che si è posta riguardo ai profili soggettivi di responsabilità dell'ente riguarda la ripartizione dell'onere della prova in ordine alla colpa organizzativa dello stesso.

Come sopra anticipato, ciò che risulta testualmente dalla formulazione degli art. 6 e 7 del decreto è la volontà legislativa di ripartire diversamente l'onere probatorio a seconda che il reato-presupposto sia stato commesso da un "apicale" o da un "sottoposto". Infatti, mentre l'art. 7, tramite la formula "l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza", pone l'onere della prova, come da consueto, a carico della pubblica accusa, l'art. 6, utilizzando l'espressione "l'ente non risponde se prova che", sancisce una presunzione relativa di colpevolezza dell'ente, con conseguente inversione dell'onere della prova in ordine all'adozione di un modello organizzativo e a tutti gli altri requisiti indicati dall'art. 6 del decreto.

In questo caso, quindi, l'unica possibilità riconosciuta alla società imputata per andare esente da responsabilità, dimostrando la dissociazione tra la volontà e la conseguente azione dell'apicale e la propria, è quella di provare in giudizio che, nonostante la predisposizione di ogni necessaria forma di cautela e prevenzione dei reati della stessa specie di quello verificatosi, lo specifico delitto commesso non fosse prevedibile e prevenibile, perché al di fuori di qualsiasi possibilità di controllo.

Quindi è solo il modello organizzativo che consente all'ente di sfruttare a proprio vantaggio la presunzione relativa di colpevolezza e di dimostrare che non ha in alcun modo agevolato la commissione del reato.

La *ratio* ispiratrice di questa diversa ripartizione dell'onere probatorio va senz'altro ravvisata nella circostanza che, quando il reato presupposto è stato commesso da parte di coloro che incarnano la *longa manus* della volontà societaria, in quanto soggetti posti ai vertici della stessa, è estremamente difficile, se non impossibile, immaginare che l'ente sia rimasto totalmente estraneo alla decisione e alla conseguente condotta delittuosa posta in essere dal suo apicale, ed è per questo che è presumibile, fino a prova contraria, che l'amministratore o un altro soggetto apicale abbiano agito su *input* dell'ente e che il reato costituisca semplice espressione della sua politica d'impresa

Eppure, questa impostazione non è stata accolta dalla dottrina unanime, ma al contrario, il tema della ripartizione dell'onere probatorio, e in particolare della reale portata della presunzione di

colpevolezza dell'ente ai sensi dell'art. 6, è stato interpretato in modo molto variegato dalle varie correnti dottrinali.

Al di là della tesi classica appena esposta, definita da Paliero “*radicale o gordiana*”²⁰⁸, perché fondata sulla teoria della immedesimazione organica tra la *societas* e i suoi vertici e senz'altro sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità, che ha più volte affermato il principio secondo cui “in forza del rapporto d'immedesimazione organica con il suo dirigente apicale, l'ente risponde per fatto proprio, senza involgere minimamente il divieto di responsabilità penale per fatto altrui posto dall'art. 27 Cost”²⁰⁹, si sono contraddistinti almeno altri due orientamenti dottrinali e giurisprudenziali maggiormente garantisti nei confronti dell'ente.

Il primo è quello che può considerarsi “intermedio”, definito da Paliero “*teleologico-garantista*” in quanto, pur prendendo le mosse dalla teoria dell'immedesimazione organica “poiché il reato è fatto della società, di cui essa deve rispondere”, ha successivamente superato la stessa teoria dell'identificazione. Affermando infatti che “non si costruisce alcuna inammissibile ipotesi di responsabilità oggettiva, perché il sistema prevede la necessità che sussista la cosiddetta colpa di organizzazione dell'ente, basata sul non aver predisposto un insieme di accorgimenti preventivi, idonei ad evitare la commissione di uno dei reati-presupposto: è il riscontro di tale *deficit* organizzativo che, quindi, consente l'imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo”, ha dimostrato non potersi prescindere dalla “colpa organizzativa” dell'ente.

Ma, soprattutto, ha negato l'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 6, poiché “grava certamente sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza e l'accertamento dell'illecito penale presupposto in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa dell'ente e che questa abbia agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso. Per converso, è onere dell'ente provare, per contrastare gli elementi di accusa a suo carico, le condizioni liberatorie di segno contrario di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001. Per l'effetto, non si realizza neppure alcuna violazione dei principi costituzionali relativi al principio di eguaglianza e all'esercizio del diritto di difesa (art. 3 e 24 cost.), perché non si determina alcuna inaccettabile inversione dell'onere della prova nella disciplina che

²⁰⁸ PALIERO, *Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi, Gli speciali, D.Lgs. 231: 10 anni di esperienze*, in *Le società*, Anno XXX, 5, pag. 17

²⁰⁹ Cass. Pen., Sez. VI, n. 36083/2009

regola la responsabilità dell'ente: grava comunque sull'accusa l'onere di dimostrare la commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui all'art. 5 del decreto n. 231 del 2001 e la carente regolamentazione interna dell'ente, mentre quest'ultimo ha ampia facoltà di fornire prova liberatoria”²¹⁰.

Esiste infine un ultimo orientamento giurisprudenziale, definito “*pragmatico-conservatore*”, che si è senz'altro contraddistinto per essere il più garantista nei confronti dell'ente, in quanto ha trovato la sua *ratio* ispiratrice nella convinzione che negli ultimi anni di applicazione del decreto si sia verificata una sorta di “spontaneo riequilibrio degli oneri probatori”, che avrebbe a sua volta prodotto “un tendenziale ridimensionamento della deroga in materia di prova, quanto meno in relazione alla dimostrazione dell'adozione del modello organizzativo. L'onere probatorio si sarebbe trasformato in un semplice onere di allegazione, nel senso che l'ente si limita a sottoporre il *compliance* alla valutazione del giudice, producendo la necessaria documentazione: lo sforzo probatorio che grava sull'ente finisce per consistere nella dimostrazione che un modello è stato adottato, in quanto nella prassi è il giudice ad accertare l'efficienza e l'idoneità, secondo i criteri di valutazione che sono stati illustrati”²¹¹.

Quest'ultima impostazione, nettamente a favore dell'ente, è stata però solo parzialmente accolta dalla giurisprudenza, la quale ha in alcune pronunce condiviso l'assunto secondo il quale “l'adozione di un idoneo modello organizzativo e la sua efficace attuazione (qualora il delitto presupposto sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale) costituiscono (...) non già elementi costitutivi della regola di responsabilità da reato degli enti, ma assumono esclusivamente valenza esimente (quali frammenti della più ampia prova liberatoria delineata dall'art. 6 d. lgs. 231/01)²¹², ma non si è mai spinta fino al punto di ammettere un mero onere di allegazione del modello.

Infatti, il Tribunale di Milano, dopo aver riscontrato che la difesa non aveva presentato in giudizio i modelli di organizzazione e gestione, ma si era limitata a mettere a disposizione del giudice una copia del modello, del codice etico, dei regolamenti e delle procedure aziendali, aveva ritenuto che la prova dell'esimente di cui all'art. 6 del decreto non fosse stata raggiunta, poiché “sulla difesa incombe l'onere della prova non solo della idoneità del modello adottato, ma anche della sua efficace

²¹⁰ Cass. Pen., Sez. VI, n. 27735/2010, in *De Jure*

In senso conforme Cass. Pen., Sez. V, n. 4677/2013, in *De Jure*; Cass. Pen., S.U., n. 38343/2014, in *De Jure*

²¹¹ FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo, Gli speciali, D.Lgs. 231: 10 anni di esperienze*, in *Le società XXX*, pag. 61

²¹² Trib Milano, 3 gennaio 2011

attuazione, e tale onere non può ritenersi assolto mediante la mera allegazione della disponibilità alla produzione in giudizio dei modelli organizzativi”²¹³.

- ***La “colpa di organizzazione”: un’impostazione soggettivizzante***

Dalle pronunce appena riportate, sembra che l’orientamento fatto proprio dalla giurisprudenza abbia condotto ad una sorta di “equazione” secondo cui “<<modello>> sta a <<assenza di colpa di organizzazione>> come <<assenza del modello>> sta a <<colpa di organizzazione>>”²¹⁴, come se si trattasse di una forma di “responsabilità oggettiva” dell’ente, che di fatto prescinde dall’accertamento in concreto della sua colpa organizzativa, limitando il giudizio alla sola verifica dell’adozione o meno del modello organizzativo per concludere in ordine alla sua colpevolezza in modo automatico, in caso di mancata adozione.

Particolarmente emblematica sul punto una sentenza della VI Sezione della Cassazione, la quale ha affermato che “la mancata adozione di tali modelli, in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi sopra indicati (reato commesso nell’interesse o vantaggio della società e posizione apicale dell’autore del reato) è sufficiente a costituire quella rimproverabilità di cui alla Relazione ministeriale al decreto legislativo e ad integrare la fattispecie sanzionatoria, costituita dall’omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose. In tale concetto di rimproverabilità è implicata una forma nuova, normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale”²¹⁵.

Parte della dottrina, tuttavia, non concordando con questa impostazione “oggettivizzante”, ha cercato di esaltare i profili soggettivi della responsabilità dell’ente, confutando l’equazione sposata dalla giurisprudenza in materia di giudizio di rimproverabilità della *societas*, sulla base del presupposto che la mancata adozione del modello non sia necessariamente sintomatica della colpevolezza dello stesso. Per arrivare a tale conclusione, sarà piuttosto necessario per l’accusa - a prescindere

²¹³ Trib Milano, 3 gennaio 2011

²¹⁴ M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell’individuo e dell’ente*, ESI, Napoli, 2012, pag. 250

²¹⁵ Cass. Pen., Sez. VI, n. 36083/2009, in *De Jure*

dall'inversione dell'onere della prova sancito dall'art. 6, che riguarda la sola adozione del modello - dimostrare la colpa organizzativa dell'ente "attraverso gli usuali canoni di accertamento della colpa tipica penale", verificando la prevedibilità di quello specifico rischio-reato, che si è in concreto realizzato e la sua evitabilità, ossia la "possibilità per l'ente di organizzarsi *ex ante* virtuosamente per il suo impedimento"²¹⁶.

Da qui la richiesta ai giudici, in sede di valutazione della colpevolezza dell'ente, di assegnare rilievo al "comportamento alternativo lecito"²¹⁷ che l'ente avrebbe non solo astrattamente dovuto, ma soprattutto concretamente potuto tenere: dovrà cioè accertarsi se, al di là della mancata adozione *ex ante* del modello organizzativo, la sua tempestiva adozione ed efficace attuazione avrebbe concretamente consentito di impedire l'evento di reato verificatosi e, nel caso in cui la risposta sia stata negativa, "vuoi per l'imprevedibilità del rischio, vuoi per l'impossibilità di prevenire l'elusione fraudolenta dello stesso"²¹⁸, mandare l'ente esente da responsabilità perché non rimproverabile per colpa organizzativa²¹⁹.

- *La colpevolezza (e non colpa) di organizzazione*

Parte della dottrina, invece, si è schierata a favore dell'equazione secondo la quale alla mancata adozione del modello corrisponderebbe un'automatica responsabilità dell'ente per "colpevolezza (e non colpa) di organizzazione"²²⁰.

²¹⁶ M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, ESI, Napoli, 2012, pag. 251

²¹⁷ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011, pag. 6 in nota

²¹⁸ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 Marzo 2011 pag. 6 in nota

²¹⁹ Non d'accordo la Cassazione la quale, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del decreto rispetto agli art. 3 e 27 della Costituzione, ha affermato che "non si costruisce alcuna inammissibile ipotesi di responsabilità oggettiva, perché il sistema prevede la necessità che sussista la cosiddetta colpa di organizzazione dell'ente, basata sul non aver predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei a evitare la commissione di uno dei reati presupposto: è il riscontro di tale deficit organizzativo che, quindi, consente l'imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo", Cass. Pen., Sez. VI, n. 27735/2010

²²⁰ PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista231*, 2006, pag. 167 e ss.

In tale prospettiva, bisogna partire dal presupposto che la situazione nella quale l'ente abbia adottato il modello e ne abbia fornito la prova in giudizio, ma sia stato comunque condannato poiché il modello sia stato giudicato inidoneo o carente da parte del giudice ²²¹, va tenuta nettamente distinta da quella relativa alla radicale mancata adozione del modello: in questa seconda ipotesi, infatti, il titolo della responsabilità che si deve ascrivere all'ente non sarebbe né il dolo né la colpa (a differenza dell'ipotesi precedente), ma un *tertium genus* di responsabilità, che prenderebbe il nome di “responsabilità da rischio totalmente illecito”, poiché deriverebbe “dallo svolgimento di un'attività illecita di base (non consentita), rispetto alla quale non sono formalizzabili regole cautelari. Ciò che distinguerebbe siffatto criterio di ascrizione dalla responsabilità oggettiva *tout court* sarebbe la circostanza che l'evento deve risultare comunque prevedibile ed evitabile nel caso concreto” ²²².

La “responsabilità da rischio illecito”, dunque, è quella che sorge quando l'ente omette di organizzarsi, perché è esattamente questo il momento in cui la *societas* trasgredisce i limiti del “rischio consentito”, facendo così scattare una “presunzione di illiceità” determinata dall'aumento del rischio di lesione dei beni giuridici che il suo *deficit* organizzativo comporta, e che conduce infine alla condanna per “colpevolezza di organizzazione”. Mentre infatti, l'adozione di un modello organizzativo da parte dell'ente, dimostrerebbe il tentativo da parte di quest'ultimo, più o meno riuscito, di adoperarsi in ogni modo per prevenire la commissione di reati all'interno della compagine societaria, il difetto di organizzazione costituirebbe un campanello d'allarme molto significativo per gli organi inquirenti: segnalerebbe l'indifferenza dell'ente di fronte al rischio-reato e, in particolare, l'assunzione consapevole di una “scelta, con la quale l'ente decide di correre un rischio: quello che i soggetti che, a diverso titolo, svolgono un'attività per suo conto, commettono reati. Ciò che è davvero rimproverabile all'ente, se non si organizza, è una sorta di *Planungsverschulden*, consistente in una consapevole noncuranza progettuale nei confronti del rischio-reato: quest'ultimo viene assunto o tollerato, senza che la rappresentazione delle conseguenze giunga a livelli apprezzabili di concretezza. Anzi, la cognizione-rappresentazione dei possibili reati da impedire è qualcosa di sfocato, di meramente potenziale, al più una visione di stampo puramente sistemico-funzionale, nel senso della riconducibilità di alcune tipologie di illecito alle funzioni più esposte al rischio” ²²³.

²²¹ Data la difficoltà di realizzare un modello che sia davvero idoneo a prevedere il rischio reato, a causa della enorme vastità dei reati che potrebbero essere commessi all'interno della realtà societaria. Si pensi ai reati che possono essere realizzati “occasionalmente”, non collegati col settore in cui opera la società, salvo quelle che svolgano la propria attività solo in un determinato settore merceologico, o comunque di carattere circoscritto

²²² PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista231*, 2006, pag. 179

²²³ PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista231*, 2006, pag. 180

Secondo questa impostazione - che ha tratto ispirazione dall'ordinamento anglosassone, dove il *recklessness* indica proprio il rimprovero nei confronti dell'ente, non per l'evento che poi si è materialmente verificato, ma per aver consapevolmente aumentato il rischio-reato con la propria inerzia e indifferenza, tradottasi nella omessa organizzazione – non potendosi inquadrare la condotta omissiva dell'ente né nella categoria del dolo eventuale, perché manca la rappresentazione dell'evento lesivo, né nella categoria della colpa, perché la regola che impone all'ente di organizzarsi ha natura “progettuale, pianificatoria (...), strumentale all'assorbimento dell'incertezza legata all'esistenza del rischio-reato come fattore irritativo”, ma non sicuramente natura cautelare, deve concludersi che “l'ente risponde del reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio per una colpevolezza (e non già per colpa) di organizzazione, proprio perché la scelta per la disorganizzazione ha aumentato il rischio-reato, rivelando un atteggiamento che (...) evoca una condizione di tolleranza, di disinteresse nei confronti del rischio-reato che, come si è più volte sottolineato, è uno dei tanti rischi con i quali l'ente deve confrontarsi”²²⁴.

Questa posizione dottrinale, che evidentemente presenta vari punti di contatto con la giurisprudenza maggioritaria - la quale ha sposato l'equazione <<assenza del modello organizzativo>> automatica <<colpa organizzativa>> dell'ente - seppur apprezzata dal punto di vista socio-criminologico, è stata criticata da quella dottrina che da sempre sostiene la non obbligatorietà dell'adozione del modello organizzativo da parte dell'ente.

Come può infatti conciliarsi col principio costituzionale di non contraddizione una colpevolezza di organizzazione conseguente alla mera mancata adozione del modello se questo non è obbligatorio?

- ***L'adozione del modello organizzativo: un obbligo o un onere?***

Uno dei temi su cui si è maggiormente scontrata la dottrina in materia di responsabilità degli enti riguarda infatti la natura obbligatoria o facoltativa – o al massimo onerosa- dell'adozione del modello organizzativo.

²²⁴ PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista231*, 2006, pag. 181

L'opinione maggioritaria è da sempre più fedele alla lettera del testo normativo: dagli art. 6 e 7 del decreto, infatti, risulta che l'adozione e l'efficace attuazione del modello sia l'unico strumento che consente all'ente di andare esente da responsabilità, non che l'adozione dello stesso costituisca un obbligo giuridico. Può considerarsi "necessaria, e quindi giuridicamente doverosa per le persone giuridiche, non in assoluto, ma solo in quanto le stesse intendano giovare dei benefici che a tali comportamenti la legge riconnette in ordine all'esclusione di responsabilità per i reati commessi dagli organi e dai sottoposti. L'adozione dei modelli resta dunque facoltativa e non obbligatoria"²²⁵.

La conseguenza immediata di tale impostazione letterale è che evidentemente non sorga né possa sorgere una responsabilità dell'ente collegata alla mera non adozione del modello, ma questa potrà nascere solo nella misura in cui, essendo stato commesso e scoperto uno dei reati-presupposto di cui al decreto 231/2001, in presenza dei requisiti oggettivi e soggettivi richiesti (reato commesso da soggetto apicale o sottoposto, nell'interesse o vantaggio dell'ente), la società non fosse dotata o non avesse fornito in giudizio la prova dell'idoneità del modello.

La sua mancanza costituirebbe quindi solamente la prova della disorganizzazione dell'ente in ordine alla prevenzione del rischio reato (rilevanza *ad probationem* del modello), ma non potrà mai essere di per sé elemento costitutivo di una responsabilità "amministrativa", che prescinderebbe dalla commissione di uno dei reati-presupposto dalla persona fisica qualificata.

Una parte minoritaria della dottrina ha invece mostrato delle significative aperture all'obbligatorietà del modello, seppur per motivi molto variegati.

Secondo qualcuno l'adozione del modello costituirebbe un obbligo di diritto pubblico desumibile dal carattere fortemente afflittivo delle sanzioni previste a carico delle persone giuridiche, poiché, se

²²⁵ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008, cit. pag. 177
Difendono inoltre l'adozione facoltativa del modello PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Torino, 2004, pag. 29; M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, ESI, Napoli, 2012

anche non hanno natura penale, sono strumentali alla tutela di interessi giuridici sostanzialmente penali, in quanto lesi dal reato presupposto ²²⁶.

Qualcun altro, invece, ha messo in evidenza che, negando l'obbligatorietà del modello organizzativo, si otterrebbe l'effetto esattamente contrario rispetto a quello perseguito con l'introduzione della disciplina in materia di responsabilità degli enti: se la società non fosse obbligata ad adottare delle cautele organizzative per la prevenzione del rischio-reato connesso al settore di attività svolta, si creerebbe "come contro regola cautelare l'astensione dall'attività pericolosa" ²²⁷ per garantirsi di andare esente da responsabilità, risultato che ovviamente non può ammettersi.

Un'altra dottrina, sempre a sostegno della medesima tesi, ha riscontrato che i doveri organizzativi contenuti nel decreto 231 "paiono oneri, ma sono obblighi" ²²⁸. Infatti, "se, da un lato, di facoltatività nell'adozione del modello può astrattamente parlarsi con riguardo all'ente, non così, per contro, rispetto agli organi sociali, segnatamente agli amministratori, gravati da un obbligo di corretta amministrazione, sì che non possono sottrarsi al dovere di verificare se l'ente, da loro amministrato, possa esporsi al rischio di una propagazione della responsabilità sanzionatoria da reato. Un tale obbligo si risolve, sul piano degli assetti organizzativi, dapprima nel censimento delle potenziali aree a rischio-reato e, successivamente, nella predisposizione del modello. Pertanto, in tutti gli enti in cui opera il ricordato principio di adeguata organizzazione, l'adozione del modello risulterà inevitabile e la sua mancata attivazione potrà issarsi ad un inadempimento ascrivibile agli amministratori in termini di responsabilità e, prima ancora, quale giusta causa di revoca ex art. 2383 quale grave irregolarità

²²⁶ In questo senso AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 329; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, Milano, 2004, pag. 291

Non d'accordo DE VERO il quale ritiene che "La sanzione afflittiva intende esercitare di per sé una forte pressione, a livello di prevenzione generale e speciale, sui destinatari delle norme incriminatrici per indurli ad astenersi dai comportamenti previsti; ma assume un atteggiamento per così dire agnostico sui mezzi, le risorse, gli sforzi di cui costoro vorranno giovare per risultare osservanti rispetto alla pretesa normativa. L'unico dovere o obbligo, risultante da una norma sanzionata a livello punitivo, è appunto quello di astenersi dalla condotta vietata; mentre ulteriori, più particolari obblighi, che risultino connessi con tale fondamentale pretesa debbono risultare chiaramente *aliunde*", DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008, cit. pag. 178

²²⁷ GIUNTA, *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in "Società e modello 231: ma che colpa abbiamo noi?", in *Analisi giuridica dell'economia*, 2, Bologna, 2009, cit. pag. 249

²²⁸ ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, cit. pag. 193

denunciabile ai sensi dell'art. 2409 e quale fatto censurabile suscettibile di essere segnalato all'organo di controllo ai sensi dell'art. 2408 c.c.”²²⁹.

Quindi, a seguito della riforma del diritto societario del 2003, sarebbe il principio di adeguatezza al quale si deve ispirare l'agire degli organi societari²³⁰, sotto il profilo della formalizzazione procedimentale, della valutazione preventiva di adeguatezza del procedimento in questione, nonché dei controlli sulla sua corretta applicazione, a costituire “l'autentica “architave” della *governance* della società per azioni”²³¹.

In tal senso si è pronunciata anche una minoritaria giurisprudenza di merito²³² che, in un caso avente ad oggetto la responsabilità del presidente, con funzioni delegate, di una società per azioni, nei confronti della stessa società, aveva accolto parzialmente la domanda dell'ente attore a carico del presidente e, per l'effetto, aveva condannato “la parte convenuta a risarcire alla parte attrice un mezzo dei danni da quest'ultima subiti in connessione con l'omessa adozione di un adeguato modello organizzativo e per i prelievi indebiti dalle casse sociali”²³³.

La dottrina favorevole alla configurazione in termini di obbligatorietà del modello è rimasta comunque decisamente minoritaria.

²²⁹ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011, cit. pag. 9, 10.

²³⁰ “L'art. 2381 impone, infatti, agli organi delegati di predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa azionaria, informandone il consiglio di amministrazione, chiamato, a sua volta, a “valutare” tale adeguatezza. L'art. 2043 c.c. appunta, poi, sui sindaci l'obbligo di vigilare sui principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società” PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011, cit. pag. 9

²³¹ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011, cit. pag. 9.

²³² Trib. Milano, 13 febbraio 2008

²³³ Infine, dimostrazioni ulteriori della doverosità dell'adozione del modello risultano da alcune discipline di settore, come il Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana, in cui è indicato, tra i requisiti necessari per ottenere la qualifica di “Star”, l'aver adottato il modello di organizzazione, di cui al D. lgs. 231/2001.

Ed in effetti, sembra che tramite una combinazione tra la lettera della norma - che qualifica l'adozione del modello come non più di un onere - e il "principio di colpevolezza", il cui rispetto deve essere garantito non solo nei confronti delle persone fisiche, ma anche delle società, debba giungersi alla conclusione esattamente opposta: è proprio il rispetto di questo principio, che impone di muovere un rimprovero, e quindi far sorgere una responsabilità in capo a un soggetto, solamente nella misura in cui quest'ultimo non abbia adempiuto ad un obbligo imposto dalla legge, e non quando avesse la mera facoltà o anche un onere di provvedere, e non si sia comportato in tal senso, perché questo vorrebbe dire incriminare un comportamento che, per stessa scelta legislativa, non era vincolato, ma libero.

In particolare, "è il principio di non contraddizione dell'ordinamento che non può dapprima lasciare libero l'ente di organizzarsi o no per il rischio-reato e poi, pretendere di rimproverarlo, per colpevolezza di organizzazione, quale connivente punibile, semplicemente per non averlo impedito (nel senso di non averci almeno provato) e, quindi, sulla base della trasgressione di un mero onere organizzativo"²³⁴.

E questo varrebbe anche in materia di responsabilità dell'ente per i reati-presupposto di natura colposa commessi con violazione delle norme a tutela della salute e sicurezza sul lavoro, di cui all'art 25 *septies* del decreto: infatti, nonostante la lettera dell'art. 30 comma 1 del Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro (T.U. 81/2008) preveda che "il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato", solo una parte minoritaria della dottrina minoritaria ha ritenuto il modello organizzativo realmente obbligatorio.

In particolare, gli esponenti di questa corrente minoritaria, hanno affermato che l'intenzione legislativa è stata quella di disattendere "il principio di autodeterminazione dell'ente nell'adozione di un proprio *compliance program*" e che "l'obbligatorietà proclamata sia assoluta"²³⁵, poiché, sia

²³⁴ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, Padova, 2013

²³⁵ Di questa opinione BARTOLOMUCCI, *La metamorfosi normativa del modello penal preventivo in obbligatorio e pre-validato: dalle prescrizioni regolamentari per gli emittenti S.T.A.R. al recente art. 30 T.U. sicurezza sul lavoro*, in *Rivista231*, 2008, pag. 160, desumendolo anche "dall'abbandono del criterio selettivo opportunamente impiegato nella prima stesura dell'articolo, al comma 6 (nello schema di d.lgs. approvato il 10 gennaio 2008) che elencava le peculiari tipologie di enti onerati, selezionati in funzione del rilievo occupazionale e del comparto economico di appartenenza". Favorevole alla obbligatorietà del modello relativamente ai reati di cui all'art. 25 *septies* del decreto 231 anche PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi del lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pag. 834

rimanendo sulla superficie – poiché il testo della norma parla di “dovere” - sia andando più in profondità, l’idea che l’adozione del modello costituisca un onere “cede oggi il passo alla diversa idea della obbligatorietà (...). Gli obblighi giuridici cui il Modello di organizzazione e gestione - per avere efficacia scusante - deve assicurare adempimento, sono quelli (o addirittura una parte di quelli) che gli artt. 17 e 18 T.U. pongono a carico del datore di lavoro. In altri termini, l’ente-datore di lavoro sarebbe comunque tenuto ad osservare la fitta trama di norme cautelari ordita dal T.U. in materia di sicurezza e salute sul lavoro, anche a prescindere dalle *chance* di esonero da responsabilità offerte dall’art. 30”²³⁶.

Sulla base di ciò, l’adozione del modello - il cui contenuto, almeno con riferimento al settore antinfortunistico, sarebbe predeterminato dal legislatore, rappresenterebbe per l’ente molto più di un onere, e la sua violazione darebbe luogo ad un’ipotesi di colpa specifica, ferma restando la natura non autenticamente cautelare della regola di condotta prescritta all’ente, e i conseguenti margini di autonomia lasciati allo stesso nella scelta dei “mezzi, modi e tempi di attuazione”²³⁷.

La dottrina maggioritaria, invece, sostenuta dalla scarsa giurisprudenza sul tema, ha da sempre rilevato che l’obbligatorietà che la posizione dottrinale appena esposta riferisce **anche** al contenuto del modello organizzativo, in realtà riguarda **solo** quest’ultimo, e non la semplice adozione dello stesso, che non supera mai la sfera dell’onere per l’ente.

A tal fine, è preliminarmente necessario distinguere il concetto di *obbligo*, connotato dal carattere di necessità della condotta, da quello di *onere*, in quanto “situazione giuridica anfibia”, caratterizzata al contempo dalla necessità e dalla libertà, “si che il titolare di essa, per ottenere effetti giuridici a sé favorevoli, deve conformare la propria condotta a specifiche regole giuridiche”²³⁸.

In tale prospettiva, ciò che l’art. 30 avrebbe posto a carico dell’ente che voglia andare esente da responsabilità per i reati-presupposto di cui all’art. 25 *septies* del decreto non sarebbe un obbligo, ma “l’onere di dotarsi di un *compliance program*, il cui contenuto preveda anzitutto l’adempimento degli

²³⁶ VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pag. 709

²³⁷ VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pag. 709

²³⁸ IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Rivista231*, 2008, pag. 68

obblighi giuridici costituiti, prevalentemente in capo a persone fisiche, in funzione di prevenzione”

239

- *Cautele “autonormate” ed “eteronormate”*

A seguito di tale disamina, può affermarsi con certezza che, al di là della circostanza che l’adozione del modello organizzativo sia considerato un onere o un obbligo, esso in ogni caso costituisce un considerevole “costo preliminare che l’ente è tenuto a sopportare”²⁴⁰, se vuole avere maggiori *chances* di esenzione da responsabilità per colpa organizzativa.

Nonostante gli art. 6 e 7 del decreto non forniscano molte indicazioni sui contenuti del modello organizzativo, esso è senza dubbio composto da una Parte Generale, “rivolta ad individuare la fisionomia istituzionale del modello (definizione di istituti, funzioni, nozioni, principi di generale

²³⁹ IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Rivista231*, 2008, pag. 68

Della stessa opinione CARMONA, *Verso l’obbligatorietà del modello organizzativo e dei suoi contenuti?*, in AA. VV., *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2010, pag. 426; ALDROVANDI, *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Ind. pen.*, 2009, pag. 510

In giurisprudenza Trib. Novara, 1 ottobre 2010 “L’adozione dei modelli organizzativi costituisce una incoercibile scelta positiva dell’ente di dotarsi di uno strumento organizzativo che, al di là del mero adempimento formale e burocratico, ove preventivamente attuato ed in grado di eliminare o ridurre il rischio di commissione di illeciti da parte della società comporta l’esclusione della responsabilità amministrativa. (...) La responsabilità amministrativa dell’ente non trova fondamento, in sé, nella mancata adozione e attuazione dei modelli organizzativi, sebbene nella introdotta colpa di organizzazione, di guisa che l’adempimento in questione costituisce una “facoltà” finalizzata ad esonerarsi da tale responsabilità. vale a dire che l’ente risponde in ragione del nuovo illecito amministrativo stabilito dall’ordinamento e che se vuole evitare tale responsabilità deve dimostrare di aver provveduto ad attuare idonei rimedi preventivi nella sua organizzazione interna da cui possono originarsi determinati delitti. Dunque, si tratta di un “onere” da soddisfare, nei termini ritenuti appropriati, nel proprio interesse, essendo rimessa all’ente la scelta di usufruire o meno dell’efficacia scusante dei modelli idonei”.

E ancora Trib. Trani, Sez. Molfetta, 11 gennaio 2010 “L’incasellamento preferibile, desumibile da una interpretazione sistematica dell’articolato, conduce alla previsione di una “colpa normativa” disegnata, sulla scia di un onere nell’adozione dei modelli organizzativi e gestionali, su un difetto della diligenza esigibile in un quadro normativo dalle spiccate finalità preventive”.

²⁴⁰ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, Padova, 2013, pag. 139

applicazione)²⁴¹ e da una Parte Speciale, “indirizzata a setacciare e regolare le specifiche attività esposte al rischio-reato”²⁴².

Per quanto di interesse ai fini della presente trattazione, la fondamentale attività che l’ente è tenuto ad effettuare per ridurre il rischio di commissione di reati, è la mappatura delle attività a rischio-reato (c.d. *risk assessment*).

A tal proposito, può essere subito effettuato un parallelismo con la responsabilità penale della persona fisica: così come quest’ultima può rispondere dell’illecito commesso, a titolo di dolo o di colpa, solo nella misura in cui si sia rappresentata o comunque si sarebbe dovuta rappresentare le conseguenze dannose derivanti dalla propria condotta, allo stesso modo l’ente è tenuto a valutare quali aree di attività siano maggiormente esposte al rischio di commissione di reati, e potrà conseguentemente essere chiamato a rispondere per colpa organizzativa - secondo la dottrina che rifiuta l’impostazione “oggettivizzante” che collega la colpevolezza dell’ente alla sola mancata adozione del modello - solamente se l’evento di reato specificamente verificatosi fosse stato da lui prevedibile ed evitabile.

Le cautele che a tal fine devono essere predisposte dall’ente sono ulteriormente formalizzate in specifici protocolli operativi, chiamati “protocolli di gestione del rischio-reato” (c.d. *risk management*), i quali hanno, come “obiettivo strategico di fondo, quello della cautela, cioè l’aprestamento di misure idonee a ridurre, continuativamente e ragionevolmente, il rischio-reato”²⁴³.

Tali cautele possono essere “autonormate”, come accade quando si tratta di prevedere e prevenire i c.d. *reati-decisione*, tipicamente dolosi, posti in essere dai vertici societari, ed estremamente difficili da prevenire e controllare a causa della polverizzazione dei centri decisionali, che comporta una

²⁴¹ In particolare, la Parte Generale deve contenere:

- il modello di *governance*, i sistemi organizzativi e di controllo interno
- il sistema di procure e deleghe
- l’attività di formazione e informazione
- le modalità di rilevamento delle violazioni del modello
- Il sistema disciplinare
- L’istituzione, la composizione e le funzioni dell’Organismo di Vigilanza (ODV)

²⁴² PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011, pag. 10

²⁴³ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011, pag. 30

diramazione in senso orizzontale dei poteri societari. In questo caso, l'ente "deve stabilire come autoregolamentarsi in funzione della prevenzione del rischio-reato (...) e non essendovi un catalogo prestabilito di precauzioni da consultare (...) il rischio di inadeguatezza è sempre dietro l'angolo"²⁴⁴.

All'interno della categoria dei *reati-decisione* – di cui sono classico esempio i reati corruttivi o societari, in quanto fattispecie tipicamente dolose – ve ne sono solamente alcuni in cui "la prevedibilità del rischio è, sia pure in parte, "eteronormata", sì da rendere più agevole la loro mappatura". Basti pensare ai reati di riciclaggio o di *market abuse*, relativamente ai quali vengono individuati e aggiornati, da parte di apposite commissioni tecniche, i fattori di rischio connessi allo svolgimento di quelle specifiche attività, consentendo così all'ente di avere un punto di riferimento, in sede di mappatura del rischio-reato, delle "costanti empirico-criminologiche di tali reati".

Questi, però, rappresentano senza dubbio un'ipotesi eccezionale, poiché la regola, nell'ambito dei *reati-decisione* - data l'impossibilità nella maggior parte dei casi, a causa della "segregazione dei poteri", di individuare l'esatto soggetto gravato della posizione di garanzia in ordine alla prevenzione del rischio-reato, e la loro natura intrinsecamente dolosa - è una "autonormazione o autorganizzazione" dell'ente che operi come "contropinta rispetto al dolo, collocandosi a ragguardevole distanza dal momento in cui la consumazione dell'evento illecito vanta elevate chances di verifica"²⁴⁵.

Discorso differente va fatto in relazione ai c.d. *reati-attività*, e in particolare quelli in materia di salute e sicurezza sul lavoro di cui all'art. 25 *septies* del decreto i quali, collocandosi nell'ambito del rischio d'impresa, sono reati tipicamente colposi.

A differenza dell'ipotesi precedente, non c'è dubbio che in questo caso la regola sia quella della "eteronormazione" delle cautele, sia in virtù del ruolo assegnato al *Documento di valutazione dei rischi* dal d.lgs. 81/2008, che obbliga il datore di lavoro a individuare tutti i pericoli connessi all'attività svolta e a quantificare il rischio, ossia la probabilità che ciascun pericolo si trasformi in

²⁴⁴ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011, pag. 33

²⁴⁵ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011, pag. 34

danno, sia poiché una qualche indicazione sulle cautele da adottare è fornita dall'art. 30 del T.U. in materia di sicurezza sul lavoro, il quale prescrive i contenuti minimi obbligatori del modello organizzativo ²⁴⁶ per la prevenzione dello specifico rischio-reato connesso ai delitti colposi in argomento.

A tal proposito, “sarà interessante, allora, stare a vedere come si orienterà la prassi in materia di responsabilità dell'ente, rispetto alla valutazione di idoneità del modello per la prevenzione dei reati di cui all'art. 25 *septies*, nelle ipotesi in cui questo si presenti carente, anche in modo grave, su uno dei contenuti obbligatori sanciti dall'art. 30, che non abbia avuto, tuttavia, alcuna incidenza né sulla dinamica dell'infortunio, né sulla violazione della regola cautelare da parte dell'autore individuale”

²⁴⁷.

²⁴⁶ Art. 30 T.U.: “1. Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi:

- a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;
- b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;
- c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;
- d) alle attività di sorveglianza sanitaria;
- e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori;
- f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;
- g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge;
- h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.

2. Il modello organizzativo e gestionale di cui al comma 1 deve prevedere idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività di cui al comma 1.

3. Il modello organizzativo deve in ogni caso prevedere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

4. Il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico.

5. In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all'articolo 6.

6. L'adozione del modello di organizzazione e di gestione di cui al presente articolo nelle imprese fino a 50 lavoratori rientra tra le attività finanziabili ai sensi dell'articolo 11”.

²⁴⁷ M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, ESI, Napoli, 2012, pag. 261

- *Le differenti tipologie di colpa organizzativa dell'ente*

Possiamo a questo punto affermare che esistono quattro tipologie di rimproveri che possono essere mossi all'ente che non si sia adeguatamente organizzato per la prevenzione del rischio reato: “1) se il modello non c'è; 2) se il modello c'è, ma non ha previsto quel rischio; 3) se il modello c'è, ha previsto quel rischio, ma la cautela è inosservata; 4) se il modello c'è, ha previsto quel rischio, la cautela è rispettata, ma il reato si è ugualmente verificata”²⁴⁸, arrivando tuttavia a conclusioni diverse in ordine alla colpevolezza o meno della *societas*, a seconda che si accolga l'impostazione “oggettivizzante” - che ritiene sufficiente l'omessa organizzazione dell'ente - ovvero quella “soggettivizzante” - la quale richiede un *quid pluris* di carattere soggettivo.

- La prima ipotesi è appunto quella in cui “il modello organizzativo non c'è”, fatto che di per sé solo, secondo qualche autore, determina la responsabilità della società per “colpevolezza di organizzazione”, mentre secondo un'altra lettura dottrinale, va combinato con un coefficiente soggettivo di rimproverabilità dell'ente, in termini di prevedibilità ed evitabilità dell'evento-reato, perché l'ente possa considerarsi colposamente responsabile.
- Lo stadio successivo è quello in cui l'ente abbia adottato il modello organizzativo ma, non avendo effettuato un'adeguata mappatura delle aree a rischio-reato, non abbia previsto lo specifico fattore di rischio poi concretizzatosi²⁴⁹. Questa è l'ipotesi della “colpa protocollare di tipo omissivo” da ricondurre nell'alveo della colpa generica, poiché la responsabilità dell'ente non deriva in questo caso dall'inosservanza di una specifica regola cautelare legislativamente prevista, ma piuttosto dal mancato esercizio del potere di “autonormazione” che sarebbe dovuto sfociare nella predisposizione di una “cautela autonormata”, fermo restando, anche in questo secondo caso - secondo la dottrina che rifiuta la teoria della “colpevolezza di organizzazione” - la necessità che l'ente potesse concretamente prevedere quello specifico rischio-reato²⁵⁰ ed

²⁴⁸ M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, ESI, Napoli, 2012, pag. 279

²⁴⁹ Questa è l'ipotesi che più si avvicina alla responsabilità del datore di lavoro (persona fisica) per omessa valutazione del rischio-reato

²⁵⁰ Sulla base delle sue conoscenze, della specifica attività svolta, della giurisprudenza in materia antinfortunistica

evitarlo tramite la predisposizione di un idoneo protocollo di gestione, dovendosi concludere per la sua non punibilità in caso di risposta negativa.

- Solamente con la terza tipologia di rimprovero sollevabile nei confronti dell'ente, poiché *“il modello c'è, ha previsto quel rischio, ma la cautela è inosservata”*, si rientrerà nell'alveo della colpa specifica, poiché esiste una determinata regola cautelare che non è stata osservata. Tuttavia, è ovvio che in questo caso, ragionando in termini astratti, se tra la cautela trasgredita e l'evento in concreto verificatosi vi è una specifica correlazione di rischio, la responsabilità colposa dell'ente dovrà essere esclusa, poiché l'evento di reato verificatosi sarebbe riconducibile non al difetto di organizzazione dello stesso, ma alla trasgressione della regola cautelare da parte dell'organo societario, non essendo imputabile all'ente un'agevolazione colposa del fatto di reato posto in essere dall'apicale o dal sottoposto. Solamente se si si sposta dal piano dell'idoneità astratta del modello organizzativo a quello della sua attuazione concreta si potrà concludere in ogni caso nel senso della responsabilità colposa dell'ente per non aver esercitato un'adeguata attività di vigilanza e controllo degli organi societari.

- L'ultima ipotesi, nella quale *“il modello c'è, ha previsto quel rischio, la cautela è rispettata, ma il reato si è ugualmente verificato”* si è posta, come correttamente osservato dalla dottrina *“in termini uguali e contrari a quella da ultimo considerata”*, poiché la circostanza che, nonostante l'adozione del modello, la previsione del rischio-reato e il rispetto della regola cautelare, l'evento di reato si sia comunque verificato, dimostra, al contrario dell'ipotesi precedente, che il *compliance program* predisposto dall'ente non era idoneo a prevenire i comportamenti colposi degli organi societari e ad impedire conseguentemente gli eventi di reato concretamente verificatisi.

- ***Considerazioni conclusive: l'ente “connivente”***

Riportando il discorso all'interno del nostro più specifico binario di analisi, e dando ormai per assodato che l'unico strumento che consente all'ente di andare esente da una responsabilità per colpa

organizzativa, quando un soggetto apicale o sottoposto abbia commesso uno dei reati-presupposto tassativamente indicati dal decreto 231, nel suo interesse o a suo vantaggio, sia l'adozione e l'efficace attuazione di un idoneo modello organizzativo, contenente i requisiti prescritti dagli art. 6 e 7 del decreto, si rinvergono, a parere di chi scrive, vari punti di contatto tra la posizione dell'ente omittente e quella della persona fisica che abbiamo definito "connivente".

Infatti, volendo estendere all'ente la stessa impostazione fatta propria nella presente trattazione in ordine alla "persona fisica connivente", intesa come soggetto dal quale l'ordinamento ritiene esigibile una condotta di resistenza di fronte alla commissione di un altrui reato, punendolo per il semplice fatto di aver trasgredito a tale obbligo (come nel caso dell'induzione indebita a dare o promettere utilità), sembra possibile, con lo stesso ragionamento, ricondurre l'ente che abbia omesso di organizzarsi alla categoria dei "conniventi", e osservare la conseguente scelta ordinamentale di punirlo per la sua inerzia : è la decisione di rimanere totalmente passivo, indifferente di fronte alla consapevolezza del rischio di commissione di reati, che sarebbero stati evitabili grazie all'assolvimento del dovere di organizzazione, che giustifica la sua responsabilità da reato.

Ciò che in definitiva viene richiesto all'ente, per andare esente da responsabilità è - esattamente come per la persona fisica - di "dissociarsi preventivamente dal reato", in questo caso commesso dai suoi organi. In mancanza, risponderà a titolo di "connivente, per aver violato la regola organizzativa generale che imponeva preventivamente di dover prendere le distanze dal fatto reato; una regola, così intesa, di natura progettuale e cautelativa, che manifesterebbe le sue potenzialità ben prima (e persino in assenza) di una specifica correlazione di rischio tra la regola trasgredita (il dovere di organizzarsi) e il tipo di evento occorso"²⁵¹.

E la tesi in questione, in effetti, oltre che essere stata avanzata a livello dottrinale, ha trovato accoglimento anche nella recente giurisprudenza di legittimità, nella quale si scorge una certa apertura all'incriminazione di comportamenti meramente passivi dell'ente, che invece generalmente, con riferimento alle persone fisiche, vengono qualificati dalla stessa in termini di "mera connivenza" in senso negativo, come argomento *a contrario* per escludere una responsabilità a titolo concorsuale.

Riguardo agli enti, invece, abbiamo già riscontrato come la giurisprudenza abbia in alcune pronunce ammesso che la mancata adozione dei modelli organizzativi, in presenza dei presupposti oggettivi o

²⁵¹ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, Padova, 2013, pag. 142

soggettivi richiesti dal decreto (reato commesso nell'interesse o vantaggio della società e posizione apicale dell'autore del reato), sia di per sé “sufficiente a costituire quella rimproverabilità di cui alla Relazione ministeriale al decreto legislativo e ad integrare la fattispecie sanzionatoria, costituita dall'omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose. In tale concetto di rimproverabilità è implicata una forma nuova, normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale”²⁵².

Ed in effetti, tale impostazione sembra essere stata confermata in tempi più recenti anche dalle Sezioni Unite, le quali hanno affermato, in una importante pronuncia del 2014, che “in tema di responsabilità da reato degli enti, la colpa di organizzazione, da intendersi in senso normativo, è fondata sul rimprovero derivante dall'inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo, dovendo tali accorgimenti essere consacrati in un documento che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli”. Sembra, anche in questo caso, che la *ratio* dell'incriminazione dell'ente inadempiente sia stata individuata dalle Sezioni Unite nella mera passività di quest'ultimo, nell'atteggiamento di inerzia da questo manifestato di fronte ad un rischio-reato che avrebbe invece dovuto indurlo ad adottare le necessarie cautele organizzative per scongiurare la sua realizzazione.

Ecco che, tanto con riferimento alle persone fisiche, quanto con riferimento agli enti, diventa sempre più concretamente percepibile ciò che si è solamente anticipato in sede introduttiva: l'idea che la categoria della “connivenza” – per come la si è intesa nella presente trattazione – abbia una portata molto più ampia, in termini di punibilità, rispetto a quella ad essa assegnata dalla giurisprudenza, quanto condotta penalmente insignificante, poiché consistente in un “contegno passivo limitato ad un'adesione psichica non trascendente il foro interiore”²⁵³.

Osservando più da vicino il fenomeno, per adesso ancora limitato al solo privato indotto e all'ente connivente, sembra che ciò che in definitiva viene richiesto, in queste fattispecie, dal nostro

²⁵² Cass. Pen., Sez. VI, n. 36083/2009

²⁵³ Cass. Pen., Sez. IV, n. 24615/2014, in *De Jure*; in senso conforme Cass. Pen., Sez. I, n. 35818/2015, in *Rivista231*: “La responsabilità dell'ente si fonda, dunque, su una colpa connotata in senso normativo in ragione dell'obbligo imposto a tali organismi di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale in base a un «modello» che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli. E la colpa dell'ente consiste nel non aver ottemperato a tale obbligo”

ordinamento giuridico è proprio di non essere conniventi, di non rimanere inerti di fronte alla commissione (nel caso del privato indotto) o al rischio di commissione (nel caso dell'ente) di un reato, e di prendere le distanze dallo stesso, opponendo un rifiuto alla richiesta illecita del Pubblico Ufficiale in un caso e organizzandosi adeguatamente e in via preventiva nell'altro.

CAPITOLO II

L'ESTORSIONE AMBIENTALE

- *Cenni introduttivi*

L'analisi svolta nel precedente capitolo mirava a inquadrare giuridicamente la posizione del privato nell'induzione indebita a dare o promettere utilità – oltre a quella dell'ente, a carico del quale è stato introdotto dal D.lgs. 231/2001 un obbligo/onere di adottare ed attuare un idoneo modello organizzativo ai fini della prevenzione del rischio-reato - classificandoli infine come “conniventi” quando non si siano dissociati preventivamente dal reato, rispettivamente tramite l'opposizione di un rifiuto al pagamento della tangente, e tramite l'adozione delle idonee cautele organizzative.

Focalizzando nuovamente la nostra attenzione sulle persone fisiche, è adesso opportuno estendere la trattazione ad alcuni settori contigui a quello della concussione e dell'induzione indebita, nei quali il comportamento tenuto da parte del soggetto passivo, e la conseguente presa di posizione legislativa nei suoi confronti, possono mostrare qualche aspetto di affinità con la posizione del privato indotto e concusso.

Uno dei settori maggiormente interessanti, sotto questo punto di vista, è senz'altro quello della estorsione, e in particolare della c.d. “estorsione ambientale”, in cui l'estorto, pur assumendo un ruolo determinante ai fini dell'integrazione del delitto di cui è vittima, si muove nell'ambito di un contesto di criminalità organizzata che, come vedremo, rende le modalità realizzative del delitto completamente atipiche rispetto a quelle richieste dalla norma incriminatrice.

Sarà utile, con riferimento a tale peculiare fattispecie, analizzare il modo in cui si son poste la dottrina e la giurisprudenza di merito e di legittimità di fronte ad una così peculiare realtà oggettiva, e le differenti posizioni legislative rispetto al privato che, anziché subire le pretese induttive o concussive, abbia subito quelle estorsive.

Va preliminarmente osservato che l'estorsione rappresenta un'attività tipicamente illecita ampiamente adoperata dai gruppi criminali mafiosi per incrementare il proprio potere nei contesti

territoriali in cui sono insediati, costringendo le vittime a sottostare alle proprie richieste con delle modalità spesso profondamente atipiche rispetto a quelle estorsive descritte dall'art 629 c.p.

Nonostante le varie proposte di modifica della disposizione, volte a garantire una maggiore considerazione del contesto ambientale di accadimento dei fatti, il testo della norma è sempre rimasto invariato nella descrizione delle condotte, richiedendo in modo imprescindibile il requisito della “violenza o della minaccia”²⁵⁴.

Ciò che però maggiormente interessa ai fini del presente lavoro - oltre alle peculiari modalità attuative dell'estorsione mafiosa – attiene alla posizione del soggetto estorto e, soprattutto, all'interrogativo se questo sia sempre da considerarsi alla stregua di una “vittima”, ovvero se, a determinate condizioni, possa formularsi un giudizio di rimproverabilità a suo carico, o possa addirittura sorgere una responsabilità penale a titolo di concorso esterno nel reato o favoreggiamento.

Infatti, come si analizzerà approfonditamente più avanti, l'estorsione è un “reato di relazione”, che presuppone la collaborazione del soggetto passivo perché possa portarsi a compimento: una volta ricevute le richieste estorsive, è la vittima ad assecondarle, ponendo in essere, dietro violenza o minaccia più o meno esplicite a seconda dei contesti ambientali di riferimento, quella condotta di pagamento del *pizzo*, che consente di ritenere il reato integrato.

Va infatti considerato - come giustamente sottolineato dalla dottrina - che la condotta estorsiva non raggiunge mai un'intensità tale da comprimere totalmente la capacità di autodeterminazione del destinatario, poiché “la condizione di costrizione derivante dalla violenza o minaccia, deve pur sempre lasciare un minimo di autonomia alla vittima nella realizzazione del proprio comportamento. In mancanza di un tale requisito, si rientrerebbe nel diverso reato di rapina, dove l'autore del reato può direttamente procurarsi il vantaggio indebito”²⁵⁵.

È quindi indubitabile che il delitto di estorsione, pur costituendo una fattispecie monosoggettiva e non a concorso necessario, necessiti della collaborazione del soggetto passivo perché possa consumarsi e non rimanere allo stadio del tentativo.

²⁵⁴ Sono stati col tempo modificati solamente il trattamento sanzionatorio - aumentando il minimo edittale da 3 a 5 anni, (da 4 a 6 anni in caso di aggravanti) e il massimo edittale da 15 a 20 anni - e le sanzioni pecuniarie sia per l'ipotesi base che per le fattispecie aggravate (la multa rispettivamente da euro mille a quattromila e da cinquemila a quindicimila).

²⁵⁵ LA SPINA-MILITELLO, *Un approccio interdisciplinare al fenomeno dell'estorsione*, in *Dinamiche dell'estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, LA SPINA-MILITELLO (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2016, pag. 3

- *Il “progetto Gloders”*

Nell’ambito dello studio del comportamento tenuto dalla vittima del delitto di estorsione ha avuto importanza fondamentale il *Progetto Gloders*²⁵⁶, un progetto di iniziativa europea condotto da un gruppo di ricerca dell’università di Palermo, volto a indagare sulle caratteristiche delle dinamiche estorsive tipicamente utilizzate dai principali gruppi mafiosi siciliani e calabresi, in quanto regioni in cui risulta diffuso in modo capillare il fenomeno estorsivo.

Tramite un’analisi approfondita degli atti processuali relativi alle estorsioni mafiose consumate e tentate in queste zone territoriali, i ricercatori hanno cercato di realizzare una ricostruzione del profilo psicologico e criminologico dei soggetti attivi coinvolti, di analizzare il comportamento delle vittime, le reazioni della società civile alla diffusione di una criminalità diffusa, giungendo infine a pubblicare, nel Novembre del 2015, un *data base* contenente la descrizione delle caratteristiche estorsive accertate in 538 casi verificatisi in Sicilia e 95 nella zona di Reggio Calabria tra il 1998 e il 2015²⁵⁷.

Uno dei principali obiettivi perseguiti dal *Progetto Gloders* era quello di riprodurre nel modo più fedele possibile alla realtà mafiosa le singole fasi in cui si esplica il processo estorsivo.

Già da tale analisi emerge immediatamente il principale tratto distintivo dell’estorsione mafiosa, rispetto all’estorsione comune, poi riconosciuto in modo pressoché unanime dalla giurisprudenza di merito e di legittimità: la particolare efficacia intimidatoria del contesto ambientale di riferimento.

L’*iter* estorsivo perpetrato dai gruppi criminali di stampo mafioso, “che dai primi segnali, passa spesso per un negoziato, precisa una richiesta e infine (...) ottiene la somma di denaro o comunque le condotte volute dal sodalizio criminale, a meno che la vittima non reagisca denunciando o comunque rifiutandosi di cedere”²⁵⁸, avviene la maggior parte delle volte senza alcun tipo di violenza o minaccia esplicita, ma tramite delle semplici allusioni dotate di per sé di un’enorme capacità intimidatoria e coattiva della psiche del soggetto passivo.

²⁵⁶ Acronimo di “*The Global Dynamics of Extortion Racket System*”

²⁵⁷ Risultati degli studi condotti nell’ambito del “Progetto Gloders”, tratti da LA SPINA-MILITELLO, *Un approccio interdisciplinare al fenomeno dell’estorsione*, in *Dinamiche dell’estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, LA SPINA-MILITELLO (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2016, pag. 5

²⁵⁸ LA SPINA-MILITELLO, *Un approccio interdisciplinare al fenomeno dell’estorsione*, in *Dinamiche dell’estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, LA SPINA-MILITELLO (a cura di), Giappichelli editore, Torino, 2016, pag. 6

In particolare, i risultati degli studi effettuati nell'ambito del *Progetto Gloders* su 154 casi più recenti hanno rivelato che:

- La stragrande maggioranza di imprenditori che subisce l'estorsione mafiosa è “acquiescente” (92 su 154 casi analizzati);
- Molti meno sono “conniventi” (41 su 154);
- La minor percentuale è quella che riguarda gli imprenditori “resistenti”, così definiti in quanto si oppongono alle pretese estorsive (9 su 154) ²⁵⁹.

È quindi preliminarmente fondamentale distinguere le differenti posizioni dell'imprenditore “acquiescente” e di quello “connivente”.

Le due figure imprenditoriali, a differenza del “resistente”, sono accomunate dalla manifestazione di una certa disponibilità a soggiacere alle richieste estorsive, con la differenza che i primi agiscono in tal senso solamente perché si arrendono di fronte ad un fenomeno che considerano inevitabile e incontrastabile, senza volere alcun tipo di controprestazione, mentre i conniventi sottostanno alle pretese mafiose in cambio di vantaggi illeciti.

In realtà, la distinzione tra imprenditore “acquiescente” e “connivente” non è così immediata come potrebbe apparire, ed è necessario procedere ad ulteriori diversificazioni.

- *L' imprenditore “acquiescente”*

Alla categoria degli imprenditori acquiescenti appartengono senza dubbio coloro che percepiscono il pagamento del *pizzo* come un “costo innaturale” ²⁶⁰, nel senso che subiscono l'estorsione mafiosa,

²⁵⁹ LICIA SIRACUSA, *L'imprenditore estorto “acquiescente”. Tra coazione morale e libertà del volere*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, pag. 1804 e ss.

²⁶⁰ La distinzione tra “costo naturale” e “innaturale”, “beneficio naturale” e “innaturale” è stata elaborata da LA SPINA, *Razionalità, agire sociale e logiche di risposta alla mafia*, in CENTORRINO-LA SPINA-SIGNORINO (a cura di), *Il nodo gordiano, Criminalità mafiosa e sviluppo nel mezzogiorno*, Laterza, Bari, 1999, pag. 197 e ss.

pagando quanto richiesto, in quanto vittime di una “coazione morale” determinata dall’utilizzo di violenza o minaccia nei loro confronti.

Non ci sono dubbi sul fatto che l’imprenditore in questione sia “persona offesa dal reato”, poiché le dinamiche della relazione intercorrente col gruppo mafioso coinvolto rientrano a pieno titolo nello schema tipico del rapporto tra soggetto attivo-passivo del reato.

La situazione non sembra alterarsi neppure nel caso in cui, percependo sempre l’assoggettamento alla sopraffazione mafiosa come un “costo innaturale”, l’imprenditore ottenga come controprestazione un “beneficio” anche questo “innaturale” - perché da lui non cercato e non voluto - soprattutto in termini di protezione da parte dell’organizzazione criminale. Il vantaggio in questione è concepito infatti come una mera conseguenza accessoria della acquiescenza dell’estorto, la quale non incide minimamente sulla sua condizione psicologica, che continuerà ad essere quella di “soggetto coartato”.

- *L’imprenditore “connivente”*

Differente è la posizione di chi, pur accettando, al pari degli “acquiescenti”, il dominio mafioso come “un sistema consolidato di controllo dell’economia”²⁶¹, agisca non perché vittima di una vera e propria coartazione, ma perché ritiene conveniente scambiare la propria accondiscendenza con un vantaggio illecito - in termini di protezione o di godimento di una migliore posizione sul mercato - o addirittura favorire l’organizzazione criminale.

La distinzione tra le due figure si consuma quindi sul piano delle “motivazioni” che stanno alla base dell’accettazione dell’estorsione mafiosa.

All’interno della categoria definita dei “conniventi”, se si considera che la scelta di soggiacere alle richieste mafiose è frutto di un “calcolo utilitaristico” che porta l’imprenditore a privilegiare, nel proprio *iter* decisionale, la prospettiva di un vantaggio futuro, evidentemente si rinvengono molti punti in comune col connivente dell’induzione indebita: in entrambi i casi si riscontra l’esistenza di

²⁶¹ LUCIA SIRACUSA, *L’imprenditore estorto “acquiescente”. Tra coazione morale e libertà del volere*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, pag. 1810

un soggetto il quale, pur operando su un piano di inferiorità rispetto alla controparte e subendo una pressione psicologica, agisce non perché vittima di una “coartazione morale” perpetrata con violenza o minaccia nei suoi confronti – come avviene rispettivamente nella estorsione *ex art. 629 c.p.* e nella concussione *ex art. 317 c.p.* - ma perché spera di ottenere, in cambio della disponibilità a corrispondere quanto richiesto, un proprio vantaggio indebito. Quindi l’aspetto soggettivo che accomuna le due tipologie di “conniventi” è il fine illecito della condotta.

È per tale ragione che, anche nella fattispecie dell’estorsione, è necessario analizzare quelle ipotesi in cui, basandosi sui motivi delle decisioni delle “presunte vittime” e sulle loro conseguenti azioni, l’estorto potrebbe cessare di essere vittima per diventare soggetto attivo del reato, a titolo di concorrente esterno in associazione mafiosa o responsabile di favoreggiamento all’organizzazione criminale.

- ***La zona grigia della “estorsione ambientale”***

In una posizione di confine, a cavallo tra le due ipotesi precedentemente analizzate, si colloca l’imprenditore che consideri il pagamento del *pizzo* come un “costo naturale”, nel senso che lo avverte come qualcosa di “ineluttabile, non tanto (o non soltanto) per timore di veder realizzate le minacce prospettate, o di patire reiterazioni di violenze già subite, ma soprattutto perché esso rappresenta un “costo naturale” nell’ambito di un sistema economico fortemente condizionato dalla presenza mafiosa”²⁶².

È esattamente in questo che consiste la “estorsione ambientale”²⁶³: nelle zone territoriali caratterizzate dal profondo radicamento e dalla sopraffazione della criminalità organizzata capita molto spesso - come sopra anticipato - che le dinamiche tipiche di realizzazione dell’estorsione - reato

²⁶² LICIA SIRACUSA, *L'imprenditore estorto “acquiescente”. Tra coazione morale e libertà del volere*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, cit. pag. 1814

²⁶³ Il termine è stato coniato dalla giurisprudenza: Cass. Pen., Sez. II, n. 53652/2014 “Per estorsione ambientale si intende quella particolare forma di estorsione, che viene perpetrata da soggetti notoriamente inseriti in pericolosi gruppi criminali che spadroneggiano in un determinato territorio e che è immediatamente percepita dagli abitanti di quella zona come concreta e di certa attuazione, stante la forza criminale dell’associazione di appartenenza del soggetto agente, quand’anche attuata con linguaggio e gesti criptici, a condizione che questi siano idonei ad incutere timore e a coartare la volontà della vittima”

Massime precedenti conformi: Cass. Pen., Sez. III, n. 20382/2001; Cass. Pen., Sez. II, n. 37526/2004.

che di per sé presuppone l'utilizzo di violenza o minaccia da parte del soggetto attivo - sfumano per lasciar spazio ad un *modus operandi* differente e semplificato, secondo il quale la pressione psicologica che porta la vittima a pagare il *pizzo* non è conseguenza della prospettazione esplicita di una ritorsione in caso di mancato ottemperamento, ma dell'adesione ad una prassi consolidata che rende l'atto di disposizione patrimoniale dell'estorto "assoluta normalità".

L'imprenditore che si trova ad operare in questo particolare contesto di criminalità diffusa sembra appartenere alla categoria degli "acquiescenti" e non dei "conniventi", poiché è evidente il differente stato psicologico in cui versa rispetto al connivente: l'azione non è dettata dalla ricerca di un fine illecito, ma da un motivo che è stato definito "culturale"²⁶⁴, perché legato indissolubilmente, come rivela la parola stessa, alla cultura mafiosa vigente nel luogo in cui si trova ad operare.

Il problema fondamentale che si è posto in tale scenario è stato in primo luogo quello di comprendere il significato esatto del termine "costrizione" tipica del reato estorsivo, senza prescindere dalle "valutazioni di carattere politico-criminale circa la necessità che lo Stato tuteli in ogni caso l'imprenditore acquiescente, anche laddove egli non venga *stricto sensu* costretto dalla minaccia o violenza, ma risulti vittima di un contesto ambientale di predominanza mafiosa, che è connotato tanto da condizioni diffuse di intimidazione e di sopraffazione, quanto da modelli di tipo collaborativo, interattivo e di scambio tra operatori economici e organizzazioni criminali (non ancora però rilevanti in termini di effettivo "concorso esterno" nell'associazione di stampo mafioso; o che, più in generale, non abbiano ancora assunto i contorni di autentiche forme di connivenza)"²⁶⁵.

- *Imprenditore "vittima" o "complice"?*

La prima questione che si deve affrontare è quindi se l'imprenditore operante in tali contesti ambientali di criminalità diffusa sia da qualificarsi alla stregua di "vittima" o "complice"; se "la

²⁶⁴ LUCIA SIRACUSA, *L'imprenditore estorto "acquiescente". Tra coazione morale e libertà del volere*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2016, cit. pag. 1814

²⁶⁵ MILITELLO, *Contrasto alle organizzazioni di tipo mafioso e sistema penale italiano*, in LA SPINA - MILITELLO (a cura di), *Dinamiche dell'estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, Giappichelli, Torino, 2016, cit. pag. 36

prevalenza di un motivo culturale possa affievolire o persino annullare quella condizione di coazione psichica del soggetto passivo, che è elemento tipico del reato di estorsione, privando così l'imprenditore delle tutele spettanti alle vittime”²⁶⁶.

Se si aderisce al filone di pensiero che ha attribuito importanza primaria ai motivi ispiratori della condotta (il perseguimento del vantaggio in un caso e il timore di un danno nell'altro), il risultato pratico che ne deriva è *in primis* una commistione tra il piano socio-culturale e quello giuridico-penale: in presenza di una condotta che dal punto di vista oggettivo presenta sempre gli stessi connotati - il pagamento del *pizzo* o la manifestazione di una disponibilità in tal senso, quando il fatto si arresti allo stadio del tentativo - l'unico *discrimen* tra le due categorie imprenditoriali si dovrebbe ricercare, seguendo tale impostazione, sul piano delle motivazioni “culturali ovvero illecite” che guidano le scelte degli stessi.

Per questo motivo, gran parte della dottrina non ha condiviso una simile impostazione, poiché il piano socio-culturale e quello giuridico-penale non devono mai essere confusi o sovrapposti l'uno con l'altro.

Tuttavia, anche mettendo da parte i motivi ispiratori della condotta, è impossibile non constatare che la posizione di un imprenditore che sceglie liberamente di non dissociarsi da una prassi vigente nel territorio è ben distinta, sotto il profilo intimidatorio, da quella di chi abbia subito una vera e propria violenza o minaccia estorsiva.

Pur concordando, come base del ragionamento, sulla non equiparabilità tra “imprenditori conniventi” e “imprenditori vittime”, la dottrina si è poi divisa in ordine alla individuazione del vero criterio di distinzione tra le varie categorie imprenditoriali.

²⁶⁶ LICIA SIRACUSA, *L'imprenditore estorto "acquiescente". Tra coazione morale e libertà del volere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, cit. pag. 1814

- *L'impostazione formalista*

Da un lato si è schierato chi ha ritenuto che l'elemento fondamentale per considerare integrata la estorsione sia proprio rappresentato dalla predominanza del timore di subire delle ritorsioni a seguito dell'utilizzo di violenza o minaccia ²⁶⁷, che del resto è una "impostazione formalista" coerente con la struttura dell'art. 629 c.p., il quale richiede il nesso di causalità tra la violenza o la minaccia e la costrizione psicologica del soggetto passivo ²⁶⁸.

Il fondamento di questa minoritaria posizione dottrinale è quindi che l'estorsione non possa mai prescindere dal requisito della concretezza, a meno che non si accetti di violare i principi garantistici che presiedono al diritto penale; ha infatti affermato uno dei massimi esponenti dell'impostazione "formalista" che "la presunta costrizione "ambientale" deve essere suffragata da un'effettiva condotta concreta poiché, in caso contrario, l'estorsione cd. "ambientale" si fonderebbe non già sulla condotta posta in essere dall'agente, ma su una mera presunzione, inammissibile in materia penale. Diversamente, questa figura sarebbe legata a dati afferenti esclusivamente al (possibile) modo di essere del soggetto attivo, ma, argomentando in tal senso, questa sarebbe assolutamente incompatibile con i principi che delineano un diritto penale del fatto, costituzionalmente orientato alla tutela di beni giuridici" ²⁶⁹.

Se l'arresa di fronte alle pretese mafiose non ha tratto origine dal timore giustificato da una condotta concretamente minacciosa, ma dall'adesione a "modelli di comportamento che si considerano normali", allora avremo un semplice "atto dispositivo frutto di una libera scelta" ²⁷⁰ e non una vera e propria coazione morale. E potranno essere indici sintomatici in tal senso alcuni comportamenti posti in essere dalla "presunta vittima", come il fatto che l'iniziativa di intrattenere rapporti con le associazioni criminali del territorio sia provenuta dall'estorto stesso e non dal gruppo mafioso, o che durante l'interrogatorio da parte delle forze di polizia o dell'autorità giudiziaria, una volta scoperto il fatto, anziché negare il suo coinvolgimento, o affermare di essere stato vittima di minaccia o violenza, l'imprenditore lo abbia invece ammesso e difeso, presentandolo come un compromesso normale e inevitabile per poter operare senza ritorsioni nel suo territorio.

²⁶⁷ In tal senso CREMONESI, *La prova dell'estorsione ambientale. Niente presunzioni, la violenza va accertata in concreto*, in *Dir. e Giust.*, 2003

²⁶⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, Zanichelli, 2012, pag. 159

²⁶⁹ PROSDOMICI, *Note sul delitto di estorsione*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2006, pag. 673 e ss.

²⁷⁰ LICIA SIRACUSA, *L'imprenditore estorto "acquiescente". Tra coazione morale e libertà del volere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pag. 1814, tratto da PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 46 e ss.

D'altronde, tale impostazione, per quanto innegabilmente rigida e formalista, è stata in alcune pronunce fatta propria anche dalla giurisprudenza, seppur nettamente minoritaria.

In particolare, estendendo la visuale rispetto alla sola estorsione mafiosa, nel caso riguardante un imprenditore che, sul punto di dichiarare fallimento, aveva corrisposto alle proprie dipendenti una somma di denaro inferiore rispetto a quella ad esse dovuta, minacciando altrimenti di licenziarle, e ricevendo inoltre delle quietanze sottoscritte dalle stesse, con l'indicazione di un importo maggiore rispetto a quello effettivamente corrisposto, mentre la Corte d'appello aveva qualificato la condotta incriminata come **estorsione**, poiché risultava dagli atti che, nonostante **la pacifica inesistenza di un'espressa minaccia**, "le dipendenti al momento dell'assunzione fossero d'accordo sul trattamento economico inferiore al minimo sindacale, ma non sulla sottoscrizione di quietanze maggiorate" e poiché era "evidente che le dipendenti si trovarono di fronte all'alternativa di firmare i prospetti paga, ovvero perdere il posto di lavoro"²⁷¹, la Cassazione, invece, è arrivata ad una soluzione esattamente opposta.

Infatti, i giudici di legittimità si sono limitati a rilevare che non era "stata formulata alcuna minaccia per ottenere la sottoscrizione delle quietanze e che il rischio di perdere il posto di lavoro era percepito dalle dipendenti come dato che le faceva accettare le condizioni economiche offerte e non come dato che le induceva alla sottoscrizione indebita delle quietanze, e questo rischio, a quanto si desume dalle testimonianze, veniva ricollegato alla situazione economica della società".

Perciò, in questo caso che possiamo considerare quasi isolato, nel momento in cui la Cassazione si è trovata di fronte alla necessità di qualificare giuridicamente un messaggio intimidatorio rivolto dal datore di lavoro alle proprie dipendenti – posto che "il provvedimento impugnato lasciava sottintendere che il personale era stato coartato a firmare i prospetti quietanzati per il timore di perdere il posto di lavoro"²⁷² – ha ritenuto di negargli rilevanza ai fini dell'integrazione del delitto di estorsione, nella particolare forma dell'estorsione ambientale (definita in tal modo in quanto la condotta del datore di lavoro, pur essendo apparentemente neutra, aveva in realtà coartato la volontà delle dipendenti, influenzando la loro successiva decisione)²⁷³.

²⁷¹ Cass. Pen., Sez. V, n. 20082/2003

²⁷² CREMONESI, *La prova dell'estorsione ambientale. Niente presunzioni, la violenza va accertata in concreto*, nota alla sentenza Cass. Pen., Sez. V, n.20082/2003, in *Dir. e Giust.*, 2003, fasc. 21, pag. 26

²⁷³ L'estorsione ambientale è stata per la prima volta riconosciuta come figura giuridicamente rilevante da Tribunale di Vercelli, 2 febbraio 1995, Cattaneo, in *Il Foro Italiano*, 1995 "Ai fini della configurabilità del delitto di estorsione, la prospettazione del male futuro è implicita nel tipo di rapporti esistenti tra un imprenditore alimentato da un partito con incarichi professionali grazie all'interessamento di un suo autorevole esponente e il partito medesimo; qui l'estorsione è collegata al contesto ambientale, culturale e politico in cui viene subdolamente operata"

Secondo la Corte, in tale peculiare pronuncia, il requisito dell'ambientalità era da considerarsi giuridicamente irrilevante, poiché “la condotta del datore di lavoro il quale pretenda dai lavoratori che questi sottoscrivano delle quietanze nelle quali è indicato quale importo della retribuzione mensile una somma superiore a quella effettivamente erogata, **non integra gli estremi del delitto di estorsione, a meno che non venga dimostrata concretamente la violenza o la minaccia nei confronti dei dipendenti stessi** (...). Il patto negoziale tra l'imprenditore ed i dipendenti era stato stipulato liberamente e la sottoscrizione delle quietanze era una conseguenza logica dell'accordo, affinché entrambi i contraenti potessero cooperare al risanamento economico della ditta”²⁷⁴.

Secondo tale orientamento dottrinario e giurisprudenziale, quindi, il delitto di estorsione non si può ritenere integrato in assenza di violenza o minaccia che si siano manifestate secondo i requisiti richiesti dall'art 629 c.p.: queste sono infatti elementi indispensabili della fattispecie criminosa in argomento, i quali devono perciò risultare in modo chiaro e concreto dalle modalità della condotta, e non essere desunte dal contesto ambientale di svolgimento dei fatti o dalla differente posizione sociale dei soggetti coinvolti.

- *La “minaccia indiretta”*

Di tutt'altra opinione gran parte della dottrina, ormai diventata maggioritaria, e suffragata, come vedremo, dalla giurisprudenza di legittimità quasi unanime.

Mettendo da parte il settore lavorativo e focalizzando nuovamente la nostra attenzione sui contesti ambientali a criminalità diffusa, tale dottrina²⁷⁵ ha sottolineato come la situazione oggettiva e concreta di violenza e minaccia ritenuta imprescindibile dai sostenitori della tesi “formalista”, potrebbe in effetti non essersi verificata per una “scelta strategica” da parte degli stessi “boss mafiosi” della zona, i quali, proprio perché consapevoli dei requisiti richiesti per l'integrazione dell'estorsione,

²⁷⁴ CREMONESI, *La prova dell'estorsione ambientale. Niente presunzioni, la violenza va accertata in concreto*, nota alla sentenza Cass. Pen., Sez. V, n. 20082/2003, in *Dir. e Giust.*, 2003, fasc. 21, pag. 26

²⁷⁵ LICIA SIRACUSA, *L'imprenditore estorto “acquiescente”. Tra coazione morale e libertà del volere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pag. 1818; BECCAREDDA BOY, *L'estorsione*, in MARINUCCI-DOLCINI, *Trattato di diritto penale*, VIII, Padova, 2010, p. 528; MECCA, *L'estorsione*, Padova, 2007

potrebbero aver deciso di non palesarsi e di lasciare che a produrre il medesimo risultato psicologico coercitivo sulla vittima fosse la consapevolezza del loro radicamento nel territorio, senza la necessità di utilizzare comportamenti violenti o minacciosi. Con la conseguenza che reputare l'imprenditore non vittima di estorsione, solo perché manca l'oggettività di un comportamento minaccioso, non è sembrata la soluzione più conforme a giustizia, se si considera che era sempre presente in quest'ultimo il timore di prendere le distanze da una realtà fortemente intimidatoria, di cui anche se non era stata propriamente vittima in prima persona, era stata comunque percepita come esistente da lui e dall'intera collettività; da qui il risultato inevitabile di uno "spontaneo" atteggiamento di sottomissione e omertà.

In questo senso la "minaccia", nella sua accezione tipica di prospettazione di un danno *contra ius* nei confronti di una persona determinata, nell'estorsione ambientale sfuma per assumere dei connotati non solo "indiretti", ma anche non univocamente e personalmente indirizzati ²⁷⁶, cosicché sembra potersi sostenere che, data l'assenza di tipicità del fatto *ex art. 629 c.p.*, sia allora anche possibile ammettere che le modalità di realizzazione dell'estorsione possano risultare differenti, in quanto meno esplicite rispetto all'estorsione classica.

Non è un caso che questo fenomeno sia stato denominato estorsione ambientale, poiché è proprio dal contesto ambientale di operatività dei protagonisti che trae origine.

Ma se questo è vero, se cioè non è necessaria una minaccia diretta per ritenere integrata l'estorsione, la posizione di quella parte della dottrina sopracitata che riteneva che l'assunzione dell'iniziativa da parte dell'estorto, o la mancata negazione dell'esistenza delle minacce subite in sede di interrogatorio fossero sintomatici della non esistenza dell'estorsione, va ridimensionata e calata nel contesto della estorsione ambientale, a patto, secondo alcuni autori, che ci sia stato in ogni caso un "*minimum* di esteriorizzazione della minaccia", altrimenti il reato non si potrebbe configurare, pena la violazione del principio di legalità ²⁷⁷.

²⁷⁶ GATTA, *La minaccia. contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Aracne, 2013 pag. 242 e ss.

²⁷⁷ GATTA, *La minaccia. contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Aracne, 2013 pag. 243 e ss.

- *La giurisprudenza di legittimità sulla “minaccia indiretta”*

Il dubbio sulla corretta impostazione di questo secondo orientamento è stato oramai totalmente fugato grazie all’orientamento pressoché unanime fatto proprio dalle varie Sezioni della Corte di Cassazione, le quali, *in primis* in materia di estorsione comune, sostengono da anni - salva qualche rara eccezione sopra riportata – l’idea della sostanziale irrilevanza e indifferenza della “forma o del modo della minaccia”, purché sia stata idonea a coartare in modo relativo la volontà del soggetto passivo.

Pioniere nel sostenere la tesi dell’ammissibilità della minaccia indiretta, tenendo in alta considerazione il contesto ambientale di riferimento, è stato il Tribunale di Vercelli nel 1995 ²⁷⁸.

In un caso riguardante “la semplice richiesta avente a oggetto l’erogazione di un contributo per la costruzione dell’erigenda sede locale del partito, formulata da un politico nei confronti di un imprenditore precedentemente agevolato nel conseguimento di incarichi professionali pubblici” ²⁷⁹, il Tribunale aveva ritenuto che tale richiesta integrasse gli estremi della minaccia *ex art. 629 c.p.*, in quanto “ai fini della configurabilità del delitto di estorsione, la prospettazione del male futuro è **implicita** nel tipo di rapporti esistenti tra un imprenditore alimentato da un partito con incarichi professionali (...) e il partito medesimo; qui **l’estorsione è collegata al contesto ambientale, culturale e politico in cui viene subdolamente operata**”.

Successivamente alla sentenza “pilota” emessa dal Tribunale di Vercelli, la giurisprudenza di legittimità ha iniziato ad accogliere favorevolmente questa nuova impostazione: nello stesso 1995, la Sezione I della Cassazione ha condannato l’imputato per estorsione, nonostante la minaccia non fosse stata palese ed esplicita, affermando che “la minaccia costitutiva del delitto di estorsione può essere anche indiretta o larvata, sempre che, in relazione alle condizioni ambientali, alla personalità sopraffattrice dell’agente, all’ingiustizia della pretesa, la parte offesa sia venuta a trovarsi nella condizione di subire la volontà del soggetto attivo per evitare, in caso di mancata adesione, il paventato verificarsi di un più grave pregiudizio” ²⁸⁰.

A partire da questa pronuncia giurisprudenziale risalente al 1995, la Cassazione, salvo rare eccezioni, ha sempre mantenuto la stessa posizione in ordine all’ammissibilità, ai fini della configurazione del delitto di estorsione, di una condotta anche solo implicitamente minacciosa, utilizzando, anche nelle

²⁷⁸ Trib. Vercelli, 2 febbraio 1995, in Foro It. 1995

²⁷⁹ Trib. Vercelli, 2 febbraio 1995, in Foro It. 1995

²⁸⁰ Cass. Pen., Sez. I, n. 4142/1995, in Cass. Pen., fasc. 2, 1996, pag. 498

sentenze più recenti, gli stessi parametri prospettati per la prima volta nel 1995, come dimostra una sentenza del 2014, nella quale la Corte, dopo aver ribadito l'irrelevanza della "forma o del modo della minaccia, purché comunque idonea, in relazione alle circostanze concrete, a incutere timore ed a coartare la volontà del soggetto passivo", ha confermato che le circostanze oggettive rispetto alle quali deve valutarsi "la connotazione di una condotta come minacciosa e la sua idoneità ad integrare l'elemento strutturale del delitto di estorsione" sono sempre "la personalità sopraffattrice dell'agente, le circostanze ambientali in cui lo stesso opera, l'ingiustizia della pretesa, le particolari condizioni soggettive della vittima, vista come persona di normale impressionabilità, a nulla rilevando che si verifichi una effettiva intimidazione del soggetto passivo"²⁸¹, confermando, nella specie, la condanna per estorsione a carico di un soggetto che aveva richiesto in modo implicitamente minaccioso il pagamento di somme di denaro non dovute, "con l'evocazione di ambienti e persone universalmente noti come indici di operatività di pericolosissimi clan camorristici"²⁸².

- *La giurisprudenza sulla "estorsione ambientale"*

Una volta analizzata la giurisprudenza di legittimità ormai solida da anni sull'ammissibilità della "minaccia indiretta" nell'estorsione comune, è opportuno soffermarsi sulle sentenze riguardanti specificatamente l'argomento oggetto della nostra attenzione: l'estorsione mafiosa.

È proprio in questo ambito, infatti, che l'estorsione ha acquisito dei connotati ancora meno espliciti e concreti di quanto già ammesso dalla giurisprudenza in materia di estorsione comune, poiché è "il

²⁸¹ Cass. Pen., Sez. V, n. 9848/2013

²⁸² Cass. Pen., Sez. V, n. 9848/2013

Massime conformi: Cass. Pen., Sez. II, n. 29646/2014 "La minaccia, oltre che essere esplicita, palese e determinata, può manifestarsi anche in forma indiretta, ovvero implicita ed indeterminata, purché sia idonea ad incutere timore ed a coartare la volontà del soggetto passivo, in relazione alle circostanze concrete, alla personalità dell'agente, alle condizioni soggettive della vittima ed alle condizioni ambientali in cui opera".

Cass. Pen., Sez. VI, n. 14510/2016 "Anche in assenza di minacce esplicite può ravvisarsi comunque il requisito della minaccia idonea a coartare la volontà del soggetto passivo da valutarsi ex ante, in ragione dell'apprezzamento delle modalità con cui la condotta è stata posta in essere, avendo riguardo alla personalità sopraffattrice del soggetto agente, alle circostanze ambientali, all'ingiustizia del profitto, alle particolari condizioni soggettive della vittima (fattispecie in cui l'idoneità della condotta era stata motivata in ragione della spendita da parte dell'agente del nome della famiglia mafiosa del luogo"

campo in cui, più di ogni altro, si verificano le ipotesi di condizionamento dell'ambiente sul *facere* del soggetto attivo e sul *patis* del soggetto passivo”²⁸³.

È stata la stessa giurisprudenza, infatti, a riconoscere che sia innegabile l'esistenza in Italia di zone, soprattutto meridionali, in cui il dominio dei gruppi mafiosi è talmente radicato e comunemente accettato dalla popolazione del luogo, che lo scambio tra il pagamento del *pizzo* e la protezione da parte del gruppo criminale non necessita di forme di esteriorizzazione della volontà particolarmente manifeste, in quanto è sufficiente la consapevolezza della prassi vigente nel territorio per suscitare il timore di ritorsioni in caso di mancato adeguamento alla stessa.

La peculiarità delle modalità di realizzazione dell'estorsione mafiosa in questi contesti ambientali è emersa chiaramente da due sentenze, una della giurisprudenza di merito e l'altra della Cassazione, molto distanti temporalmente l'una dall'altra, eppure pressoché identiche nei principi affermati.

La prima pronuncia è stata emessa nel 2002 dal tribunale di Palermo²⁸⁴ - città senz'altro invasa dalla criminalità organizzata, la quale domina sistematicamente il territorio - che costituisce il perfetto esempio di un contesto ambientale in cui assume rilevanza, ai fini della configurazione del delitto di estorsione, un linguaggio “spesso subdolo e sfuggente, solo velatamente minaccioso, bastando talvolta il ricorso a espressioni allusive o la menzione di soggetti particolarmente temuti, benché non conosciuti, per suscitare nel soggetto passivo quel *metus* che lo induce comunque a cedere”²⁸⁵.

In particolare, il caso riguardava l'accusa di estorsione aggravata formulata a carico dei fratelli Ferrante i quali, esercitando l'attività di guardiani come lavoratori dipendenti della famiglia mafiosa di San Lorenzo, riscuotevano e trattenevano per sé, col beneplacito della famiglia, il denaro consegnato dagli imprenditori a seguito dell'estorsione, costituendo quindi la c.d. *guardiania* una particolare modalità realizzativa del meccanismo estorsivo: “È noto, infatti, come a mezzo del c.d. “*servizio di guardiania*” l'associazione mafiosa impone e concretamente si assicura il controllo sul territorio e sull'imprenditore, comunque costretto all'assunzione quando non connivente”, senza la necessità che il guardiano fosse costantemente presente sul territorio o facesse ricorso all'utilizzo

²⁸³ DEROMA, *Il delitto di estorsione ambientale*, nota a sentenza Cass. Pen., Sez. II, n. 53652/2014, in *Cass. Pen.*, 2015, cit. pag. 2290

²⁸⁴ Trib. Palermo, 17 gennaio 2002, in *Il Foro Italiano*, Vol. 126, n. 2, 2003, pag. 99 e ss.

²⁸⁵ DEROMA, *Il delitto di estorsione ambientale*, nota a sentenza Cass. Pen., Sez. II, n. 53652/2014, in *Cass. Pen.*, 2015, cit. pag. 2290

delle armi, poiché era ampiamente sufficiente l'autorevolezza di cui godeva, in virtù della propria reputazione, per ottenere l'effetto intimidatorio voluto.

Seguendo l'*iter operativo* mafioso, infatti, il clan “vende il bene della protezione”, pretendendo in cambio il pagamento “di un prezzo - è sintomatico il fatto che la parola *guardania* in siciliano indichi anche il corrispettivo della protezione – ed impone tale servizio ad un'unica impresa o a una pluralità di imprese, poiché (...) la reputazione che crea l'effetto intimidatorio, conta assai più della presenza o della prestanza fisica. Quella creata dalla protezione è una sorta di vera e propria “*polizia privata*”, basata sull'ambiguità del rapporto che si viene a creare tra protetto e protettore. Il “consiglio” della famiglia mafiosa consiste nell'imporre, dietro corrispettivo di un prezzo, la propria protezione, creando quello che è stato definito il meccanismo della “*estorsione controllata*””.

La naturale conseguenza di questo peculiare *modus operandi* mafioso era, già allora, che la violenza o la minaccia, nelle loro connotazioni tipiche, costituissero una mera eventualità, poiché lo stato di dipendenza psicologica procurato all'imprenditore estorto sorgerà come automatica conseguenza della semplice forza intimidatrice dell'associazione criminale.

I giudici, infatti, hanno osservato come nonostante il rapporto tra protetto e protettore potesse assumere una “parvenza di corrispettività” - il bene protezione veniva infatti venduto dalla famiglia criminale in cambio del pagamento del pizzo, e non è escluso che da ciò l'imprenditore estorto potesse anche conseguire un vantaggio diventando connivente – in realtà era fuori da ogni dubbio che il rapporto che si instaurava non potesse essere considerato espressione dell'autonomia negoziale delle parti coinvolte, poiché il libero scambio tra i due beni costituiva una mera “copertura”.

Se osservato attentamente il fenomeno risultava infatti in modo evidente che se da un lato l'imprenditore “sceglieva di acquistare” il bene protezione, poiché questo “evocava l'idea di un rifugio, di un riparo sicuro, o meglio di una sorta di polizza assicurativa contro le più svariate insidie”, allo stesso tempo il pericolo che l'estorto voleva a tutti i costi evitare, tramite l'acquisto di tale bene, era in effetti creato proprio dal gruppo criminale offerente la protezione, “un pericolo che da soli non si riesce a fronteggiare e che si risolve in un fenomeno di vera e propria dipendenza, da qualcosa o da qualcuno”.

Per queste ragioni, secondo i giudici, si può affermare con certezza che il rapporto che si veniva a instaurare tra estorsore e estorto non avesse niente a che fare con la libertà negoziale del diritto privato, poiché, al contrario di esso, traeva inevitabile origine da un meccanismo coattivo: la protezione del guardiano, se formalmente veniva venduta dalla famiglia mafiosa, era in realtà implicitamente imposta all'imprenditore.

Da qui la nascita dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale “non è necessaria una modalità estrinsecativa della condotta particolarmente violenta o anche solo minacciosa per integrare il delitto in questione, in quanto la forza intimidatrice del vincolo associativo mafioso rappresenta un pesante fattore di imposizione, determinante per l'instaurazione e la permanenza del “rapporto di protezione” intercorrente con l'impresa”²⁸⁶.

La scelta dei giudici palermitani, in questa come in altre sentenze antecedenti dagli stessi richiamate²⁸⁷, è stata quindi quella di privilegiare un approccio ermeneutico che assicurasse la massima considerazione possibile del contesto ambientale di svolgimento dei fatti, in grado di per se stesso di attribuire rilevanza penale a condotte, quali l'offerta del servizio di *guardania* in cambio del pagamento del *pizzo* che, data la pacifica assenza di forme minacciose o violente, non avrebbero altrimenti potuto integrare il delitto di estorsione.

Ed in effetti, se ci si interroga su quale sia stata, in passato, la fonte dello strapotere mafioso, è innegabile che fosse proprio la prospettiva della “protezione privata” offerta per mezzo della risalente figura del guardiano - grazie alla autorevolezza e alla reputazione di cui questo godeva nel contesto territoriale di riferimento - a costituire il principale mezzo di assoggettamento psicologico dell'imprenditore estorto, di acquisizione di “nuovi clienti” e di controllo del territorio, soprattutto se si considera che, col passare del tempo, questa ha iniziato a trasformarsi da protezione offerta per un singolo affare concluso con la mafia, a un “contratto di protezione perpetuo”, che faceva sì che l'imprenditore acquiescente divenisse “amico” della famiglia mafiosa, e a lungo termine iniziasse ad acquisire anche i connotati del connivente, quando avesse agito non solo per scongiurare il pericolo

²⁸⁶ Trib. Palermo, 17 gennaio 2002, in *Il Foro Italiano*, Vol. 126, n. 2, 2003, pag. 99 e ss.

²⁸⁷ Cass. Pen., 13 maggio 1971, Ambrogio; Cass. Pen., 17 aprile 1986, Neri; Cass. Pen., 10 Aprile 2001, Massaro: “La minaccia costitutiva del delitto di estorsione, oltre che essere palese, esplicita e determinata, può esser manifestata in modi e forme differenti, ovvero in maniera implicita, larvata, indiretta ed indeterminata, essendo solo necessario che sia idonea ad incutere timore ed a coartare la volontà del soggetto passivo, in relazione alle circostanze concrete, alla personalità dell' agente, alle condizioni soggettive della vittima ed alle condizioni ambientali in cui questa opera”.

di ritorsioni derivanti dalla sua disobbedienza, ma nella prospettiva di ottenere un qualche un vantaggio in cambio della sua fedeltà.

Si trattava, quindi, in fin dei conti, di un “contratto di protezione dissimulato”, poiché quello che costituiva apparentemente un contratto di lavoro subordinato stipulato tra l’imprenditore e il guardiano, il quale svolgeva un mestiere di facciata alle dipendenze del primo (autista, custode, contadino ecc.), rappresentava in realtà “una comoda copertura” di un rapporto totalmente illecito che seguiva le regole dettate dal sodalizio criminale. “E la natura criminale degli interessi realmente sottesi al suddetto rapporto (così da formarne la “causa concreta”, al di là della parvenza legale di un comune rapporto di lavoro dipendente) comporta l’illiceità del profitto conseguito attraverso la percezione delle somme corrisposte dall’azienda”²⁸⁸.

La seconda sentenza oggetto della nostra analisi - che mostra forse in modo ancora più chiaro i peculiari connotati dell’estorsione ambientale e la conseguente posizione giurisprudenziale, ormai granitica sul tema - è stata pronunciata dodici anni dopo dalla II Sezione della Cassazione, in occasione dei vari episodi di estorsione realizzati da uno dei più noti e temuti clan della ‘ndrangheta calabrese: i *Piromalli*²⁸⁹.

In particolare, il fatto traeva origine dalla “velata – ma chiara e univoca - minaccia”²⁹⁰ rivolta all’imprenditore persona offesa durante i primi incontri con l’imputato (L.R.S.), il quale, dopo avergli fatto intendere di essere a conoscenza dell’acquisto da parte sua e del fratello (fratelli V.) di alcuni terreni, “chiedeva a V.S. chi fossero i suoi “amici”, quindi, dopo aver precisato che “le regole sono cambiate”, lo invitava a “cercare gli amici” ai quali rivolgersi e contestualmente, con un cenno della testa, gli indicava il distributore *Agip* (...) notoriamente riconducibile alla cosca *Piromalli*”²⁹¹.

La Corte ha correttamente osservato che l’esponente di quella “illustre famiglia di chiara e indiscussa fama mafiosa” non avesse alcun bisogno “di usare violenza o ricorrere a minacce esplicite per intimorire l’imprenditore e costringerlo a pagare pegno per la considerevole transazione commerciale che in quel territorio aveva posto in essere senza il beneplacito di chi “comanda”: bastava presentarsi con il suo cognome per ottenere l’effetto voluto. E basti a tal riguardo por mente alle parole

²⁸⁸ Trib. Palermo, 17 gennaio 2002, in *Il Foro Italiano*, Vol. 126, n. 2, 2003, pag. 99 e ss.

²⁸⁹ Cass. Pen., Sez. II, n. 53652/2014, in *Cass. Pen.* 06/2015

²⁹⁰ DEROMA, *Il delitto di estorsione ambientale*, nota a sentenza Cass. Pen., Sez. II, n. 53652/2014, in *Cass. Pen.*, 2015, pag. 2290

²⁹¹ Cass. Pen., Sez. II, n. 53652/2014

pronunciate in dibattimento da V.F. *senior*, il quale aveva confessato di essersi sentito mancare nel momento in cui aveva appreso che quel giovane (il B.) che egli riteneva di buona famiglia era imparentato, nientemeno, con *Piromalli*.”²⁹².

I ricorrenti, d’altro canto, ovviamente hanno contestato la configurabilità a loro carico del delitto di estorsione.

Il ricorrente L.R., in particolare, contestava di essere stato ritenuto responsabile della c.d. “estorsione ambientale”, in quanto “ipotesi di reato legata a momenti presuntivi e ad atti afferenti al modo di essere del possibile soggetto attivo, e cioè a categorie e schemi mentali propri del diritto di prevenzione del tutto privo di conformità ai dati costituzionali. Di conseguenza, poiché nel suo comportamento non era ravvisabile alcuna minaccia esplicita e la stessa Corte non aveva neppure motivato sulla base di quali elementi il comportamento di esso ricorrente fosse idoneo a coartare la volontà delle vittime, non essendo stato evidenziato alcun collegamento con la criminalità organizzata, il suddetto comportamento avrebbe dovuto essere ritenuto inidoneo”.

Anche il ricorrente P.V., come L.R., lamentava il fatto che la Corte avesse condotto “l’esegesi delle risultanze probatorie acquisite con una chiave di lettura incentrata sul soggetto (P.I.GI., ritenuto l’artefice del piano criminoso) anziché sul fatto (estorsione V.). Invero, il P.I. è un giovane immune da gravi precedenti penali o di polizia e la richiesta estorsiva non era stata formulata con violenza rozza ed esplicita, bensì mediante una pressione costante e diluita nel tempo, minacce che, quindi, non erano idonee a coartare la libertà di autodeterminazione della parte offesa che, infatti, si rifiutò di pagare e ciononostante non subì alcun danno”.

Secondo i ricorrenti, quindi, la figura della estorsione ambientale non poteva costituire una fattispecie giuridica conforme ai principi costituzionali della tipicità del reato e della personalità della responsabilità, e per questo chiedevano l’annullamento della sentenza di condanna dei giudici di merito.

Tuttavia, le suddette censure sono state ritenute infondate dalla Corte di legittimità.

²⁹² Cass. Pen., Sez. II, n. 53652/2014

Quest'ultima, infatti, prendendo una chiara posizione in senso favorevole all'esistenza della figura dell'estorsione ambientale, ha ricordato che “per estorsione ambientale s'intende quella particolare forma di estorsione che viene perpetrata da soggetti notoriamente inseriti in pericolosi gruppi criminali che spadroneggiano in un determinato ambiente (...), e che è immediatamente percepita dagli abitanti di quel determinato territorio, quand'anche attuata con linguaggio e gesti criptici, come concreta e di certa attuazione, stante la forza criminale dell'associazione a cui l'agente appartiene.

In altre parole, il sintagma estorsione ambientale è utilizzato, in modo ellittico, per intendere una richiesta minatoria effettuata, con le modalità di cui si è detto, in determinati territori: ciò, però, non significa che la richiesta non debba avere le caratteristiche proprie del reato di estorsione. Ed è proprio in tale prospettiva che, infatti, questa Corte di legittimità ha sempre ritenuto che “la minaccia costitutiva del delitto di estorsione oltre che essere palese, esplicita e determinata, può esser manifestata in modi e forme differenti, ovvero in maniera implicita, larvata, indiretta ed indeterminata, essendo solo necessario che sia idonea ad incutere timore ed a coartare la volontà del soggetto passivo, in relazione alle circostanze concrete, alla personalità dell'agente, alle condizioni soggettive della vittima, ed alle condizioni ambientali in cui questa opera”²⁹³.

Sulla base di tali considerazioni, è scorretto sostenere che la condanna dei ricorrenti fosse riconducibile a “un'ipotesi di reato legata a elementi presuntivi e ad atti afferenti al modo di essere del possibile soggetto attivo e cioè a categorie e schemi mentali propri del diritto di prevenzione del tutto privo di conformità ai dati costituzionali”. Il delitto di tentata estorsione sussisteva, poiché i ricorrenti avevano commesso esattamente i fatti descritti dal Pubblico Ministero nel capo d'imputazione.

Si è ribadito, infatti, che data l'appartenenza dell'estorsore ad una “famiglia di altissimo lignaggio mafioso”, quest'ultimo non aveva certo bisogno di ricorrere “a violenze o minacce truculente” per intimorire l'imprenditore, essendo più che sufficiente una semplice “richiesta del tutto immotivata e senza alcuna ragione” di pagare la somma di 30.000 euro, perché la condotta contestata potesse considerarsi perfettamente rientrante nella “minaccia larvata o implicita, percepita come tale dall'imprenditore estorto, al punto che questo, una volta scoperta la provenienza della richiesta dalla famiglia *Piromalli*, “quasi quasi sviene”.

²⁹³ Cass. Pen., Sez. II, n. 53652/2014

“Di conseguenza, l’estorsione ambientale implica, pur sempre, una richiesta minatoria che, anche se effettuata attraverso minacce implicite, larvate, indirette o simboliche, sia idonea ad incutere timore e coartare la volontà della vittima”²⁹⁴.

Le due sentenze appena analizzate, pronunciate a distanza di dodici anni l’una dell’altra, sono la chiara dimostrazione della circostanza che oramai la giurisprudenza di merito e di legittimità pressoché unanimi, concordano nell’attribuire al contesto ambientale di predominanza mafiosa un’importanza determinante ai fini della valutazione dell’integrazione del reato di estorsione.

Il principio pacificamente condiviso dai giudici italiani che si sono pronunciati sul tema è che l’elemento fondamentale su cui fanno affidamento i gruppi criminali sia proprio il sentimento diffuso di intimidazione che viene suscitato nella generalità dei consociati; motivo per cui, in tema di associazioni a stampo mafioso, pur in mancanza di elementi relativi al compimento di atti diretti ad intimidire, ciò che conta è l’esistenza di “un clima di diffusa intimidazione derivante dalla consolidata consuetudine di violenza dell’associazione stessa, clima percepito all’esterno e del quale si avvantaggino gli associati per perseguire i loro fini”²⁹⁵.

In definitiva, quindi, la giurisprudenza non ha fatto altro che estendere le conclusioni che già aveva raggiunto in tema di estorsione comune – riguardo alla configurazione della minaccia in termini indifferentemente “espliciti ovvero indiretti” - alla materia dell’estorsione ambientale, dove la condotta solo velatamente minacciosa trova terreno ancora più fertile di realizzazione.

A fronte di tale realtà innegabile, l’orientamento dottrinale e giurisprudenziale che, prescindendo dai particolari connotati che può acquisire il fenomeno estorsivo posto in essere nelle zone dominate dalla mafia, riteneva a priori assolutamente irrinunciabile l’esteriorizzazione della condotta in termini violenti o perlomeno minacciosi, non poteva che rimanere isolato.

²⁹⁴ Cass. Pen., Sez. II, n. 53652/2014

²⁹⁵ Cass. Pen., Sez. I, n. 34974/2007. Massime precedenti conformi: Cass. Pen., 30 gennaio 1985; Cass. Pen., 31 gennaio 1996

Oppure, ai fini della sussistenza dell’aggravante del metodo mafioso, si pronuncia nel senso che basta l’esistenza di un messaggio intimidatorio anche “silente” Cass. Pen., Sez. V, n. 21562/2015 “Nel reato di estorsione, integra la circostanza aggravante dell’uso del metodo mafioso l’utilizzo di un messaggio intimidatorio anche “silente”, cioè privo di richiesta, qualora l’associazione abbia raggiunto una forza intimidatrice tale da rendere superfluo l’avvertimento mafioso, sia pure implicito, ovvero il ricorso a specifici comportamenti di violenza e minaccia”

E questo non solo perché la giurisprudenza quasi unanime, ormai da diversi anni, si è assestata sulla convinzione che l'estorsione ambientale debba rientrare a livello ermeneutico nell'ambito applicativo dell'art 629 c.p. "nonostante l'assenza di una tangibile azione di coartazione proveniente dal soggetto agente"²⁹⁶, ma anche perché, volendo estendere il discorso ad altri delitti oltre a quello di estorsione - comune o mafiosa che sia - non sembra conforme a giustizia ragionare in termini puramente astratti, ignorando le circostanze ambientali in cui una determinata condotta viene posta in essere: è infatti indubitabile che necessitando l'estorsione, come altri reati, della collaborazione del soggetto passivo per essere integrato, non si possa prescindere dalla percezione che proprio il soggetto passivo abbia avuto della condotta del soggetto agente.

A tal proposito, si riporta una pronuncia della Cassazione che dimostra che anche nell'ipotesi di un reato diverso dall'estorsione, la Corte di legittimità ha comunque manifestato la stessa apertura nei confronti del contesto territoriale di riferimento.

In particolare, in un caso che riguardava la ricerca di appoggio presso le principali cosche mafiose attive nel territorio nelle successive elezioni politiche e amministrative, da parte del sindaco di Cassano allo Ionio, dopo che i giudici d'appello di Catanzaro avevano rilevato come C., uno dei *boss* coinvolti, rivestisse "una posizione di dominanza rispetto agli altri capi 'ndrangheta", e che quindi "il suo appoggio avrebbe condizionato il comportamento degli altri, evitando al F. (il sindaco imputato) l'onere di doverli contattare uno ad uno per ottenerne appoggio elettorale"²⁹⁷, avevano constatato che dagli atti risultava che "nello svolgimento dell'attività di propaganda elettorale non furono usate (...) modalità minacciose od intimidatorie", bastando un semplice "messaggio in codice"²⁹⁸ da parte del *boss*, per ottenere l'effetto di intimidazione e sottomissione necessario per indirizzare i voti verso il candidato prescelto.

Sulla base di ciò, si è affermato, è da considerarsi "errato il rilievo (contenuto nella impugnata sentenza) con il quale si osserva che non è stata fornita la prova che, nello svolgimento della campagna elettorale a favore del F., i vari clan abbiano usato modalità minacciose o fatto ricorso a comportamenti violenti. In realtà, a parte il fatto che, in sentenza, è ricordato almeno un (grave) episodio di intimidazione "a fini elettorali" (sequestro F.), è da rilevare che violenza e minaccia non

²⁹⁶ DEROMA, *Il delitto di estorsione ambientale*, nota a sentenza Cass. Pen., Sez. II, n. 53652/2014, in *Cass. Pen.*, 2015 pag. 2290 e ss.

²⁹⁷ Cass. Pen., Sez. V, n. 4893/2000

²⁹⁸ DEROMA, *Il delitto di estorsione ambientale*, nota a sentenza Cass. Pen., Sez. II, n. 53652/2014, in *Cass. Pen.*, 2015 pag. 2290 e ss.

costituiscono modalità con le quali deve puntualmente manifestarsi all'esterno la condotta degli agenti, quasi che, tutte le volte in cui gli stessi in tal modo non operassero, non sarebbero, per assurdo, riconoscibili come appartenenti ad una associazione avente le caratteristiche *ex art 416 bis c.p.*"²⁹⁹.

“Rivestendo mera natura strumentale nei confronti della forza di intimidazione, violenza e minaccia costituiscono un accessorio eventuale, o meglio, latente, della stessa. Esse ben possono derivare (anzi, il più delle volte, così accade) dalla semplice esistenza e notorietà del vincolo associativo. La condizione di assoggettamento e gli atteggiamenti omertosi indotti nella popolazione non costituiscono l'effetto, per così dire, meccanico e causale, di singoli, individuabili, atti di sopraffazione o di minaccia, ma sono la conseguenza del prestigio criminale della associazione, che, per il solo fatto di esistere, di operare e di aver operato, per la sua fama negativa, per la capacità di lanciare avvertimenti, anche simbolici ed indiretti, si accredita come un effettivo, temibile ed “autorevole” centro di potere”³⁰⁰.

Quindi, anche in una fattispecie diversa da quella estorsiva - come nel caso giurisprudenziale appena riportato riguardante uno scambio elettorale politico-mafioso *ex art. 416 ter c.p.* - i giudici hanno rilevato come un semplice messaggio, che in qualsiasi contesto sarebbe giudicato innocuo e quindi privo di rilevanza penale, se posto in essere da un esponente mafioso di tale calibro, è per ciò solo idoneo a coartare la volontà dei destinatari. Da qui la naturale conseguenza che è in ogni caso necessario, per attribuire la corretta valenza giuridico-penale ad un comportamento che di per sé sembra privo di qualsiasi tipo di rilevanza o effetto intimidatorio, tenere in massima considerazione il contesto di appartenenza dei soggetti coinvolti.

- ***La proposta di un intervento riformatore: l'art. 629 bis c.p.***

C'è stato infine un ultimo filone dottrinale che si è distaccato nettamente dai precedenti, in quanto, non accontentandosi dell'interpretazione estensiva accolta dalla giurisprudenza sul requisito della

²⁹⁹ La Corte ha richiamato a tal proposito altre famose sentenze della Corte di legittimità che già in precedenza avevano affermato lo stesso principio: Cass. Pen., Sez. I, n. 6203/1991 e Cass. Pen., Sez. II, n. 5386/1994

³⁰⁰ Cass. Pen., Sez. V, n. 4893/2000

“minaccia”, si è spinto fino al punto di promuovere una modifica dell’art. 629 c.p., al fine di adeguare la norma ai particolari connotati che può acquisire l’estorsione quando posta in essere da parte di associazioni criminali a stampo mafioso³⁰¹, così da evitare che i vuoti legislativi presenti nel nostro ordinamento possano agevolare inammissibili arbitri giurisdizionali nella fase motivazionale delle sentenze, nonché comportare una violazione del principio di legalità.

Sulla linea tracciata da questa minoritaria corrente dottrinale, il D.L. n. 419/1991 ha introdotto nel nuovo art. 629 *bis* la figura delle “Altre attività estorsive” con la seguente previsione: «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, la pena prevista dall’art. 629, comma 1, si applica nei confronti di chiunque realizzi profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416 *bis*. La pena è aumentata se i fatti sono commessi da persona che fa parte dell’associazione di cui all’art. 416 *bis*».

L’obiettivo del governo era chiaramente quello di creare una norma *ad hoc* per reprimere il delitto di estorsione posto in essere da parte delle associazioni criminali a stampo mafioso di cui all’art. 416 *bis*, che facesse espresso riferimento alle peculiari forme realizzative del delitto tipicamente utilizzate dalle cosche mafiose.

Eppure, questa nuova disposizione non è mai entrata in vigore, poiché le Camere Parlamentari hanno deciso di eliminarla dal testo di legge in sede di conversione del decreto, e di optare piuttosto, con l’art. 7, primo comma, D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni in L. 12 luglio 1991, n. 203 in tema di lotta alla criminalità organizzata, per un’aggravante a effetto speciale, la quale prevede che «Per i delitti punibili con la pena diversa dall’ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416 *bis* del codice penale, ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà».

³⁰¹ In tal senso MANES, *Delitti contro il patrimonio mediante violenza sulle cose o alle persone*, in CANESTRARI-GAMBERINI-INSOLERA-MAZZACUVA-STORTONI-SGUBBI-TAGLIARINI, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 4^a ediz., Bologna, Monduzzi, 2006, pag. 635 e ss.

- *La teoria della “vittimo-dogmatica”*

Una volta delineate le caratteristiche oramai “tipiche nella loro atipicità” assunte dalla “condotta estorsiva ambientale” possiamo soffermarci su ciò che maggiormente preme ai fini del presente lavoro: l’ambivalente ruolo che può assumere la “vittima estorta”, in quanto soggetto debole del rapporto, una volta entrata in contatto con i suoi aggressori.

La disamina giurisprudenziale sopra effettuata ha rivelato come la giurisprudenza e la dottrina pressoché unanimi – salvo sporadiche eccezioni – tendano a negare rilevanza giuridico-penale ai “motivi culturali” che stanno alla base delle scelte imprenditoriali, ritenendo irrilevante ai fini della responsabilità del reo e della qualificazione come vittima dell’estorto, che quest’ultimo abbia agito perché propriamente intimorito dalla violenza o minaccia utilizzate nei suoi confronti, o perché l’abbia ritenuto semplicemente più conveniente per sé, eventualmente anche senza aver subito una minaccia espressa.

Eppure, abbiamo precedentemente rilevato come ci sia stata parte della dottrina, per quanto minoritaria, che ha invece ritenuto errato il fatto di ignorare i “motivi culturali” che hanno determinato o per lo meno influenzato la scelta dell’imprenditore di sottostare alle richieste estorsive.

È necessario comprendere, però, se la rivalutazione di tali motivi comporti delle conseguenze sul piano giuridico penale, nel senso di riconoscere un differente ruolo a quello che legislativamente viene qualificato come il soggetto passivo del reato, avvicinandoci così alla teoria del reato elaborata dalla dottrina della “vittimo-dogmatica”, oppure se tali motivi abbiano un rilievo non trascendente la sfera interna del soggetto, non potendosi esplicitare nel senso di comportare una diversificazione del trattamento penale dell’imprenditore estorto, mantenendo quest’ultimo il diritto alla protezione dello Stato, “nonostante la varietà di condizioni e qualità personali”³⁰².

Questa peculiare impostazione dottrinale è stata prospettata intorno agli anni ’80 da alcuni autori tedeschi³⁰³, i quali hanno elaborato una teoria che, basandosi sui principi di “sussidiarietà” e di

³⁰² MILITELLO, *Contrasto alle organizzazioni di tipo mafioso e sistema penale italiano*, in LA SPINA-MILITELLO (a cura di), *Dinamiche dell’estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, Giappichelli editore, Torino, 2016, pag. 37

³⁰³ Sono esponenti di questa teoria: SHUNEMANN, *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, in *NStZ*, 1986, pag. 439 e ss.; HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1981

“*extrema ratio*” dell’intervento penale dello Stato, mirava ad una responsabilizzazione della vittima del reato in ordine alla protezione del bene giuridico lesa, sulla base del presupposto secondo il quale “chi si difende realizzerebbe se stesso in quanto uomo”³⁰⁴.

L’idea di fondo della teoria della “vittimo-dogmatica” era che quando il soggetto passivo del reato, in particolare nei c.d. “reati di relazione”, pur avendo la possibilità di opporsi all’ingiustizia subita, non avesse agito in tal senso, il reato non si potesse considerare integrato³⁰⁵, riconoscendo in questo modo un “ruolo attivo” e non meramente passivo alla vittima “nell’eziologia del reato, inteso come interrelazione tra due o più soggetti, l’autore e l’offeso”³⁰⁶, con il risultato finale di mandare esente da sanzione penale il soggetto agente quando, sulla base della condotta tenuta dalla parte offesa, non potesse considerarsi “meritevole” della sanzione stessa.

La grande differenza tra la teoria in argomento e i vari istituti ordinamentali che in qualche modo hanno valorizzato il comportamento della vittima nell’ambito della teoria generale del reato – ad esempio, nell’ordinamento italiano, le attenuanti comuni della provocazione³⁰⁷ e del concorso del fatto doloso della vittima³⁰⁸, o l’ipotesi ancora più rilevante del consenso dell’avente diritto, che esclude la punibilità del reo³⁰⁹ – consiste nel fatto che tale valorizzazione non incida solamente sull’inflizione di una pena maggiore o minore al soggetto agente, ma piuttosto operi in una prospettiva di decriminalizzazione di determinate condotte dell’autore del reato, e quindi di esclusione della sua responsabilità penale, in seguito alla commissione di un fatto di cui, a causa del comportamento della vittima, si è negata la tipicità.

Questo meccanismo troverebbe terreno più fertile di sviluppo nell’ambito dei “reati di relazione” (*Beziehungsverbrechen*), in quanto reati che richiedono la collaborazione del soggetto passivo per la loro integrazione (come l’estorsione, la concussione ecc.), al contrario dei “delitti di aggressione unilaterale”, la cui realizzazione dipende esclusivamente dalla condotta del soggetto agente³¹⁰.

³⁰⁴ PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, pag. 41 e ss.

³⁰⁵ Fermo restando che la mancata integrazione dell’estorsione non esclude né una responsabilità dell’estorsore a titolo di compartecipe dell’associazione a delinquere di stampo mafioso ex art. 416 *bis*, né una responsabilità dell’estorto che agisca con finalità illecite, a titolo di concorrente esterno in associazione mafiosa o di favoreggiamento

³⁰⁶ SILVIA CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1167

³⁰⁷ Art. 62 n. 2 c.p. “L’aver reagito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui”

In questo senso MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1992, pag. 247, il quale ha affermato che la provocazione della vittima ha “rilevanza attenuante della responsabilità del reo”

³⁰⁸ Art. 62 n. 5 c.p. “L’essere concorso a determinare l’evento, insieme con l’azione o l’omissione del colpevole, il fatto doloso della persona offesa”

³⁰⁹ Art. 50 c.p. “Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne”

³¹⁰ CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1168

Possiamo a questo punto analizzare i principi ispiratori della dottrina della vittimo-dogmatica.

Il primo è stato senza dubbio, come anticipato, il “principio di sussidiarietà” dell’intervento penale dello Stato: il presupposto da cui è partita tale dottrina è che l’obiettivo dell’ordinamento sia quello di garantire lo sviluppo “dell’individualità sociale” del singolo, in quanto soggetto che è in grado di “autogestirsi”, ma che allo stesso tempo ha bisogno, per realizzarsi, di instaurare dei rapporti con i propri simili, e di vivere quindi all’interno di una “collettività”.

Da questo assunto fondamentale deriverebbero due corollari: “l’autoresponsabilizzazione” del singolo e la conseguente limitazione dell’intervento penale dello Stato a tutela del soggetto debole del rapporto, visto come *extrema ratio* rispetto all’autodifesa dell’individuo ³¹¹.

Cominciando con quest’ultimo assunto, la teoria in analisi è partita dal considerare che tra i vari mezzi di tutela predisposti dall’ordinamento per la protezione dei beni giuridici, al fine di calibrare l’opportunità o meno del proprio intervento punitivo, vanno inclusi anche “i mezzi di difesa a disposizione del privato” ³¹². Quest’ultimo, infatti, non è automaticamente meritevole della tutela statale, solamente perché soggetto debole del rapporto e vittima del reato, ma piuttosto, in quanto titolare del bene giuridico leso dalla condotta delittuosa, è responsabile lui *in primis* della tutela del proprio interesse, attraverso i vari mezzi che l’ordinamento mette a sua disposizione, primi fra tutti la denuncia ³¹³ e la composizione privata del conflitto tra autore e vittima, attraverso la quale viene meno “la minaccia per il senso di sicurezza” e quindi la necessità dell’intervento in senso repressivo dello Stato ³¹⁴.

In tale prospettiva, se la vittima del reato, pur avendone i mezzi, non si adopera per la sua autotutela non è meritevole di tutela penale.

Alla natura di *extrema ratio* dell’intervento penale si collega indissolubilmente il “principio di autoresponsabilità” dell’individuo, come secondo corollario dell’idea di sussidiarietà dello Stato.

³¹¹ DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dogmatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990

³¹² CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1170

³¹³ In questo senso, SHUNEMANN, *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, in *NStZ*, 1986, pag. 193, il quale ha considerato la denuncia come strumento di selezione delle condotte penalmente rilevanti

³¹⁴ SHUNEMANN, *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, in *NStZ*, 1986, pag. 193

Secondo i vittimo-dogmatici, infatti, non è corretto riferire tale principio al solo soggetto attivo del reato, ma esso deve riguardare tanto i soggetti attivi, quanto i soggetti passivi dello stesso, poiché se ogni consociato è in grado di “autogestirsi e autorealizzarsi”, e per questo può “disporre dei propri beni in modo assoluto”, l’altra faccia della medaglia è inevitabilmente quella dell’autoresponsabilità dello stesso in ordine alla protezione dei beni giuridici di cui è titolare e dei quali ha pieno diritto di disposizione ³¹⁵, messi in pericolo o lesi dalla condotta delittuosa.

Ovviamente, il principio di autoresponsabilità non va inteso come un principio meramente astratto, ma va correlato con una serie di fattori concreti, al fine di valutare se la vittima abbia o meno un’effettiva capacità di autotutela (*Selbstschutzmöglichkeit*).

In particolare, il più importante fattore individuato dai vittimo-dogmatici - oltre all’ambiente sociale di appartenenza della persona offesa, che può indubbiamente influire sulla sua “evoluzione sociale” - consiste nell’intensità della minaccia o della violenza subita, rispetto alla quale la capacità di autotutela del soggetto è direttamente proporzionale: quanto più la condotta del soggetto attivo sarà intensa, tanto meno l’ordinamento potrà esigere una resistenza alla stessa da parte del soggetto passivo, con conseguente autotutela del proprio interesse, e viceversa.

In secondo luogo, vanno considerati anche gli elementi attinenti alla personalità della “vittima”: è infatti indubitabile che quanto più il soggetto passivo sia debole perché ad esempio giuridicamente dichiarato incapace, o particolarmente fragile caratterialmente, tanto meno avrà *chances* di resistenza.

Tutti i fattori appena esaminati vanno poi combinati con un ultimo elemento: il “pericolo generale”, espressione con la quale si intende la probabilità che un determinato bene giuridico venga aggredito da una condotta delittuosa ³¹⁶; probabilità che non può essere calcolata *una tantum*, ma che muta a seconda delle epoche storiche e dei contesti sociali di riferimento, e che per questo va “riconsiderata e rideterminata ogni volta” ³¹⁷.

³¹⁵ CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1170

³¹⁶ In questo senso, HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1981, pag. 26 e ss.

³¹⁷ CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1171

Basti pensare al settore della circolazione stradale: un secolo fa la diffusione dei mezzi di circolazione di massa ha determinato un aumento esponenziale del pericolo per la sicurezza della persona, con conseguente limitazione della sua capacità di autotutela, HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1981, pag. 26 e ss.

È attraverso la combinazione di tutti questi elementi che si giunge al risultato di comprendere se la vittima sia o meno bisognosa e meritevole di tutela (*Schutzbedürftigkeit*), in quanto, se nonostante la scarsa intensità del pericolo e dell'aggressione subita, unita alla sua elevata capacità di autotutela, la persona offesa non si sia adoperata con ogni mezzo per contrastare la condotta criminosa, la sua meritevolezza di tutela potrebbe affievolirsi o addirittura essere del tutto esclusa, con conseguente decriminalizzazione della condotta dell'autore del reato ³¹⁸. Anche se, per arrivare ad escludere totalmente la meritevolezza di tutela della vittima, è necessario, secondo i vittimo-dogmatici, un *quid pluris*: prima di tutto che quest'ultima abbia aumentato il pericolo di aggressione del bene giuridico di cui è titolare, tramite una condotta che sia stata espressione di una sua "decisione autonoma e responsabile" ³¹⁹, nel senso che deve essersi rappresentata le conseguenze dannose derivanti dalla sua decisione (per questo è sempre radicalmente esclusa la configurazione del reato se la "vittima" ha agito dolosamente, come l'imprenditore estorto che abbia scelto di soddisfare le richieste estorsive per conseguire dei propri indebiti vantaggi), e inoltre, che fosse per la stessa concretamente possibile mantenere un contegno alternativo (*Zumutbar*) rispetto a quello realizzato, il quale, se tempestivamente posto in essere, avrebbe certamente ridotto l'intensità del pericolo di aggressione del bene.

Una volta valutata l'eventuale meritevolezza o bisogno di tutela della vittima (*Schutzbedürftigkeit*), si può stabilire se l'autore del reato sia o meno meritevole della sanzione penale (*Strafwürdigkeit*). La seconda meritevolezza è infatti imprescindibile dalla prima: solo se la vittima non è meritevole di tutela, l'agente è meritevole di pena, e viceversa ³²⁰. In tale prospettiva, l'ordinamento ha voluto prevedere una "presunzione di meritevolezza di tutela" a favore delle vittime, che sia però solamente "relativa", in quanto superabile quando le circostanze del caso concreto rivelino che la condotta di

³¹⁸ Il bisogno di tutela viene ad esempio escluso quando l'elevato pericolo di aggressione del bene è la conseguenza di un comportamento non socialmente adeguato del suo stesso titolare, poiché in questo caso basterebbe cominciare a tenere una condotta socialmente appropriata per ridurre o addirittura eliminare il pericolo di aggressione, CAGLI *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1170

³¹⁹ CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1170

³²⁰ ROMANO si è pronunciato sul concetto di meritevolezza, ritenendo che la "meritevolezza di pena e di tutela", imprescindibili l'una dall'altra, non possano essere considerate come una quarta categoria nell'ambito della struttura del reato, oltre alla tipicità, l'antigiuridicità e la colpevolezza, ma che addirittura incarnino la "connotazione autentica dell'illecito penale", in quanto diretti corollari del principio di sussidiarietà e di *extrema ratio* dell'intervento penale dello Stato, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, 2^a edizione, Milano, 1995, pag. 803 e ss.

Contro questa ricostruzione delle due categorie di "meritevolezza" si è schierata DEL TUFO, la quale ritiene che la valutazione della meritevolezza della pena o della tutela spetti esclusivamente al legislatore, che è l'unico legittimato a stabilire quando l'autore di un reato sia meritevole della sanzione penale per il fatto da egli commesso, DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dogmatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990, pag. 237 e ss.

queste ultime non si sia ispirata al principio di autotutela e non sia quindi meritevole dell'intervento statale.

Si tratta perciò di un accertamento che dev'essere effettuato dal giudice caso per caso, poiché non si può arrivare ad una soluzione in un senso o nell'altro sulla base di un ragionamento puramente astrattistico e apriorista, svincolato dal fatto oggetto di giudizio ³²¹.

- ***Le critiche alla teoria della “vittimo-dogmatica”***

La teoria della vittima-dogmatica - che indubbiamente comporta una forte responsabilizzazione della persona offesa e un restringimento dell'ambito applicativo delle norme incriminatrici, poiché pone a carico della vittima l'onere di adoperarsi con ogni mezzo per contrapporsi al soggetto agente, fino a negare l'integrazione del reato quando il soggetto passivo abbia consapevolmente deciso di rinunciare a resistere per convenienza o per beneficiare di una controprestazione - non ha però avuto particolare successo nella dottrina italiana.

Sul piano generale, il principio maggiormente criticato è stato senz'altro quello della sussidiarietà dell'intervento penale dello Stato: secondo i critici della teoria sopraesposta, infatti, tale principio è stato radicalmente frainteso dai vittimo-dogmatici, poiché la natura di *extrema ratio* dell'intervento penale va intesa nel senso che questo “deve essere evitato, se è possibile sostituirlo con un altro intervento pubblico meno invasivo. Non (...) che l'intervento pubblico sia sussidiario all'autodifesa privata” ³²². Quest'ultima non può e non deve essere ammessa, sia perché innesca delle “reazioni a catena” che portano coloro che non sono in grado di difendersi da sé, a ricercare la protezione delle associazioni criminali rispettate e temute nel territorio, sia perché svuota di significato l'istituto della legittima difesa, che autorizza il singolo a ricorrere all'autotutela solo ed esclusivamente quando egli vi sia stato “costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta” ³²³, senza poter invocare l'intervento statale.

³²¹ In questo senso ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986, pag. 242

³²² PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, cit. pag. 43

³²³ Art. 52 c.p.

Se poi riferita all'estorsione, e in particolar modo all'estorsione ambientale - considerando il modo sempre più implicito in cui questa viene realizzata, dato che "l'intimidazione di stampo mafioso talora si mostra tanto più penetrante, quanto meno evidenti ne siano le forme esteriori di concretizzazione"³²⁴ - la teoria della vittimo-dogmatica suscita parecchie perplessità.

Dando oramai per assodato che il carattere "velato" della condotta, scevra da una violenza o minaccia esplicita, rappresenti la modalità tipica di realizzazione della estorsione mafiosa, non ci si può basare sulla mera acquiescenza del soggetto passivo per ritenere che il fatto di cui all'art. 629 c.p. non sia stato integrato, perché altrimenti si otterrebbe l'effetto esattamente opposto rispetto all'obiettivo perseguito: assicurare una facile impunità agli estorsori mafiosi. Se infatti il presupposto della teoria della vittimo-dogmatica è quello di collegare l'integrazione o meno del reato alle maggiori o minori *chances* di difesa della vittima, non sarà la semplice assenza di forme palesi di intimidazione un indicatore sufficiente dell'esistenza di tali *chances*.

Al contrario, proprio nell'estorsione ambientale, il livello di assoggettamento psicologico è estremamente elevato, proprio in virtù della consapevolezza da parte dell'estorto di essere sotto il giogo assoluto dei clan mafiosi.

Secondo i critici, quindi, il problema fondamentale di questa teoria è la confusione tra il concetto di "autoresponsabilità" e quello di "autodeterminazione", in quanto la circostanza che la volontà e la capacità di autodeterminazione non siano state soppresse in modo assoluto (coartazione assoluta), non significa che si possa pretendere da parte della vittima, la cui volontà è comunque fortemente coartata (coartazione relativa), una resistenza la cui mancanza giustifichi addirittura la non integrazione del reato.

Viene infatti ribadito che all'interno del diritto penale, nelle dinamiche del rapporto tra soggetto attivo e passivo del reato, ciò che conta è esclusivamente la condotta del soggetto agente (quindi in questo caso la violenza o la minaccia, diretta o indiretta che sia), mentre sono assolutamente irrilevanti le motivazioni interne alla coscienza della vittima, che l'hanno portata ad assumere una determinata decisione. La correttezza o meno di quest'ultima si potrà e dovrà giudicare solo ed esclusivamente sul piano della rimproverabilità etico-morale, mai su quello giuridico penale; e questo a maggior ragione nell'estorsione mafiosa, in cui il rapporto tra i due protagonisti, così come nella concussione,

³²⁴ SIRACUSA, *L'imprenditore estorto "acquiescente". Tra coazione morale e libertà del volere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, cit. pag. 1827

è caratterizzato *ab origine* da un forte sbilanciamento a favore della parte attiva, la quale si trova in una posizione di netta superiorità.

Secondo gran parte della dottrina ³²⁵, in conclusione, la teoria della vittimo-dogmatica tradisce la finalità essenziale del diritto penale e del diritto in generale, ossia quella di apprestare una tutela di carattere pubblicistico nei confronti della parte debole del rapporto, laddove quest'ultima non sia in grado di difendere da sé i propri interessi, fino ad ammettere una sorta di “criminalizzazione” della stessa vittima: una volta accertato che questa aveva i mezzi necessari per difendersi e che non si sia adoperata in tal senso, cadrebbe ogni responsabilità del soggetto agente e il “vero imputato del processo” diventerebbe la persona offesa, “con conseguente ulteriore vittimizzazione della persona”
³²⁶.

Solo pochi autori italiani hanno - se non proprio condiviso i risultati ai quali conduce la teoria della vittimo-dogmatica - apprezzato per lo meno i principi ispiratori della stessa, in una prospettiva di alleggerimento della responsabilità penale dell'autore del reato, sulla base del comportamento del soggetto passivo.

Facendo leva in particolare sul principio di “necessaria offensività dell'illecito penale”, alcuni autori hanno ritenuto condivisibile la conclusione dei vittimo-dogmatici, sulla base della circostanza che “qualora una condotta non presenti di per sé un grado di pericolosità sufficiente nei confronti del bene giuridico tutelato, ma l'acquisti solo in presenza ed a causa del comportamento del titolare dello stesso bene, il fatto può essere considerato come non meritevole di pena e, quindi, l'intervento penale non necessario” ³²⁷.

In tale ipotesi, quindi, il fatto concretamente posto in essere dal soggetto attivo non può ritenersi conforme alla fattispecie astrattamente configurata dal legislatore, posto che, senza il contributo della vittima, l'evento lesivo non si sarebbe verificato. Il soggetto agente dovrà perciò essere assolto, poiché il fatto non sussiste per mancanza di tipicità.

³²⁵ CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pag. 1763 e ss.; CORNACCHIA-SPENA, *Sovranità e carattere pubblico del diritto penale discusso durante il workshop: La crisi dei concetti politici nello specchio del diritto penale*, Agrigento, 2-4 aprile 2014

³²⁶ DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dogmatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990, pag. 270

³²⁷ CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1188

Inoltre, c'è stato un altro passaggio logico della teoria della vittimo-dogmatica condiviso da alcuni autori.

Per garantire il pieno rispetto del principio della “personalità della responsabilità penale”, infatti, è necessario imputare al soggetto agente solo quei fatti rispetto ai quali egli sia “soggettivamente rimproverabile”.

Dovendosi escludere che il soggetto agente possa andare esente da responsabilità in quanto abbia fatto “affidamento sull'autotutela della vittima”³²⁸ del reato, poiché il “principio di affidamento” può trovare legittima applicazione solamente laddove esista una precisa suddivisione dei compiti tra coloro che svolgono una determinata attività³²⁹, al di fuori di tali ipotesi, l'unica soluzione praticabile sembra essere quella di “responsabilizzare” il più possibile il soggetto passivo del reato, attenuando o escludendo la responsabilità del soggetto agente, quando la vittima abbia consapevolmente esposto a pericolo il bene di cui è titolare³³⁰.

Da qui la configurazione, da parte dei sostenitori di questa posizione “intermedia”, di due “ipotesi limite” nelle quali, data l'intrinseca pericolosità della condotta volontariamente tenuta da parte della vittima, questo si ripercuota inevitabilmente sul piano della responsabilità dell'autore del reato.

- ***“Il consenso al pericolo altrui” e “l'autoesposizione volontaria al pericolo”***

Le due “ipotesi limite” elaborate sempre nel diritto tedesco, ma condivise da alcuni autori italiani, sono quelle della “autoesposizione volontaria al pericolo da parte della vittima” (*Eigenverantwortliche Selbstgefährdung*) e del “consenso al pericolo altrui” (*Einverständliche Fremdgefährdung*).

³²⁸ Opinione espressa dai vittimo-dogmatici che esigono una condotta di resistenza e autodifesa da parte della vittima

³²⁹ L'esempio tipico è quello del lavoro in equipe medica, in cui è stata posta la questione dell'imputazione dell'evento dannoso a tutti i partecipanti o solo a coloro che hanno tenuto un comportamento colposo. In questo caso si applica senz'altro il principio della divisione dei compiti e del legittimo affidamento.

³³⁰ In questo senso CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1188; DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, pag. 383

Si tratta di fattispecie tendenzialmente verificatesi e risolte dalla giurisprudenza in ordinamenti diversi da quello italiano – che è molto più garantista nei confronti della vittima del reato³³¹ – nelle quali, ponendosi sulla stessa strada tracciata dai vittimo-dogmatici, vari autori tedeschi hanno fatto degli ulteriori passi in avanti sul piano della responsabilizzazione della vittima del reato.

In via preliminare, va evidenziato che il criterio distintivo tra le due ipotesi che analizzeremo attiene al diverso “soggetto che ha il dominio degli eventi: la vittima stessa, nel primo caso; l’agente, nel secondo”³³².

Per quanto riguarda il “consenso della vittima ad una condotta pericolosa altrui”, al di là della tesi “radicale”, che è arrivata ad affermare che la presenza di una tale autorizzazione escluderebbe la tipicità del fatto, nel senso che il fatto concretamente posto in essere non corrisponderebbe alla fattispecie astrattamente descritta nella norma incriminatrice³³³, la tesi “intermedia”, condivisa dalla maggior parte della dottrina che si è occupata del tema, si è invece orientata nel senso che l’esistenza del consenso da parte del titolare del bene escluda l’antigiuridicità, e non la tipicità del fatto³³⁴, in quanto “il bene esposto all’attività pericolosa risulterà tendenzialmente meno meritevole di protezione e, dunque, sarà lecito esporlo a rischi tendenzialmente più elevati e/o meno controllabili di quelli che, in assenza del consenso del titolare, sarebbero risultati compatibili con una condotta diligente”³³⁵.

L’idea di fondo di tale posizione che abbiamo definito “intermedia” è quindi che, se il soggetto passivo ha in un certo senso autorizzato l’esposizione a pericolo del bene di cui è titolare, sia per

³³¹ Anche se va rilevato che anche il nostro ordinamento prevede alcune ipotesi in cui si ha un’attenuazione della sanzione comminata all’autore del reato, come nel caso dell’omicidio del consenziente (la pena è della reclusione da sei mesi a quindici anni) e l’istigazione al suicidio (pena della reclusione tra cinque e dodici anni).

³³² La paternità della distinzione tra “*Eigenveranywortliche Selbstgefahrdung*” e “*Einverständliche Fremdgefahrdung*” appartiene a ROXIN e oggi è generalmente condivisa da tutti gli autori che si occupano della materia: ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Leinen, 2006, pag. 335; HERAUSGEGEBEN, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, in *Festschrift für Gallas, zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1973, pag. 243.

Tra gli autori italiani: CASTALDO, *L’imputazione oggettiva nel delitto colposo d’evento*, Napoli, 1989, pag. 210 e ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pag. 607, 608 in nota

³³³ In quanto il vero obiettivo del diritto penale non è quello di tutelare i beni giuridici in sé e per sé, ma piuttosto quello di garantire che la sfera di dominio del singolo su un determinato bene si possa sviluppare liberamente, secondo un approccio evidentemente individualista, che arriva ad affermare che il fatto è privo di tipicità quando sussista il consenso della vittima all’aggressione del bene giuridico rientrante nel suo dominio. In questo senso, in Germania, ARTZ, *Willensmangel bei der Einwilligung*, Frankfurt, 1970, pag. 10 e ss.; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Leinen, 2006*, pag. 462; in Spagna, BUSTOS RAMIREZ, *Manual de derecho penal espanol – Parte general*, Barcelona, 1985, pag. 223; DE LA GANDARA VALLEIO, *Consentimiento, bien jjuridico e imputación*, Madrid, 1995, pag. 247 e ss.

³³⁴ In questo senso CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1178

³³⁵ FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pag. 608, 609 in nota

questo legittimo alleggerire la posizione del soggetto agente o addirittura, a seconda delle circostanze, assolverlo dall'imputazione formulata a suo carico.

I casi giurisprudenziali classici risolti dai giudici tedeschi e riportati dalla dottrina a sostegno di tale impostazione riguardano il primo la morte di un uomo a seguito dell'attraversamento del fiume *Memel* (c.d. *Memel-Fall*) su un traghetto, viaggio che, nonostante le pessime condizioni metereologiche suggerissero di non intraprendere, il traghettatore non si era rifiutato di fare a seguito dell'insistenza manifestata dalla stessa vittima.

In questo caso, il *Reichsgericht* aveva deciso di assolvere il traghettatore dall'imputazione di omicidio colposo - pur negando l'efficacia scriminante del consenso della vittima poiché ad essere leso era un bene indisponibile - in quanto la vittima era perfettamente consapevole dei pericoli connessi a quel viaggio (e aveva anche insistito affinché il viaggio si facesse), e perché l'attività dell'imputato era stata svolta nel rispetto dei limiti del rischio consentito e delle norme cautelari prescritte per lo svolgimento di quella peculiare attività, in mancanza del consenso della persona offesa ³³⁶.

Il secondo esempio, altrettanto significativo, che è stato però risolto dai giudici tedeschi in modo esattamente opposto rispetto al primo, riguardava l'imputazione per omicidio colposo a carico del pilota di una motocicletta che aveva causato la morte del passeggero, il quale era salito a bordo nonostante la consapevolezza che il primo fosse sprovvisto della patente di guida (*Motorrad-Fall*). Questo caso si è però concluso con la condanna del pilota, poiché quest'ultimo, non essendo in possesso della patente di guida, non aveva rispettato le norme cautelari poste per la situazione di "normalità", consistente nell'assenza del consenso dell'avente diritto ³³⁷, mantenendo ferma la propria posizione in ordine alla negazione della efficacia scriminante del consenso, quando ad essere in gioco sia il bene della vita o un altro bene indisponibile (ad es. integrità fisica).

³³⁶ In senso critico rispetto all'assoluzione del traghettatore CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1180; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, 2^a edizione, Milano, 1995, pag. 634, art. 62, i quali hanno preso le distanze da tale assoluzione, in quanto non si può ritenere che il traghettatore avesse agito in una zona di rischio consentito, poiché "in quelle condizioni poteva e doveva rifiutarsi di aderire alla richiesta"

³³⁷ Alle stesse conclusioni è arrivato il *Reichsgericht* nel caso "*Schlagerei-Fall*", in cui a seguito di un combattimento sportivo iniziato per volontà della vittima, quest'ultima era morta a causa dei traumi riportati. Anche in questo caso, i giudici hanno condannato l'imputato per le stesse motivazioni: il mancato rispetto delle norme cautelari imposte in materia di competizioni sportive.

Il presupposto per l'assoluzione dell'imputato, secondo la posizione intermedia, è quindi che quest'ultimo abbia agito all'interno della zona di rischio consentito e nel rispetto delle norme cautelari poste dall'ordinamento per l'attività da egli svolta, con la conseguenza che, in presenza di tale fondamentale requisito, i giudici potranno arrivare all'assoluzione anche in presenza di condotte lesive di un bene indisponibile.

In ciò consiste la differenza principale con la posizione che abbiamo precedentemente definito "radicale", la quale, svuotando di significato le norme cautelari, faceva dipendere dalla sola autorizzazione al pericolo prestata dal soggetto passivo, la responsabilità penale dell'imputato, anche quando quest'ultimo avesse travalicato i limiti del rischio consentito, ponendo così in essere una condotta già di per sé illecita (come nell'ipotesi sopra esaminata *Motorrad-Fall*, data la mancanza della patente di guida)³³⁸.

La posizione intermedia, invece, è senza dubbio molto più garantista nei confronti della vittima, poiché ha escluso che si possa assegnare qualsiasi tipo di efficacia scriminante della condotta delittuosa al consenso prestato dalla vittima, quando ad essere leso sia stato un bene indisponibile.

Infatti, se il legislatore ha scelto di sottrarre alla libera disponibilità delle parti determinati beni giuridici, è perché ha ritenuto che questi abbiano un valore troppo elevato perché possa essere affidato ai relativi titolari il loro dominio. Partendo da tale assunto, attribuire in tali ipotesi rilevanza penale al consenso prestato alla condotta incriminata, vorrebbe dire trasgredire le norme penali e costituzionali poste a tutela di tali beni, oltre a vanificare la distinzione legislativa tra beni disponibili e indisponibili e la legittimità dell'intervento statale in tutti i casi in cui la vittima del reato si sia mostrata sostanzialmente disinteressata alla lesione dell'interesse di cui è titolare³³⁹.

La seconda ipotesi da analizzare riguarda "l'autoesposizione volontaria a pericolo da parte della vittima del reato" (*Eigenverantwortliche Selbstgefährdung*), in cui la condotta del soggetto passivo è

³³⁸ In questo senso HIRSCH, *Soziale Adaquanz und Unrechtslehre*, in *ZStrW*, 1962, pag. 68 e ss., sulla base del presupposto che esistano delle attività pericolose che però non violano alcun tipo di norma cautelare, anche se contrarie al concetto di adeguatezza sociale: basti pensare al rischio che comporta per la salute della donna l'interruzione volontaria della gravidanza da parte della paziente. In questo, come in altri casi, il fatto non si può considerare tipico, poiché basta il consenso della vittima a scriminare la condotta del soggetto agente (*erhohten Risiko*).

Sempre in tale direzione WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Freiburg, 1991, pag. 9 e ss., che ritiene che il criterio guida in tali ipotesi di illeciti colposi sia "l'assunzione del rischio" (*Gefahrübernahme*).

³³⁹ Aderente a questa teoria CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1179

connotata da una particolare rilevanza in termini di contributo al verificarsi dell'evento lesivo, poiché la vittima non si limita ad autorizzare la condotta pericolosa del soggetto agente, ma è lei stessa ad autoesporre a pericolo il proprio bene.

In tale peculiare fattispecie, per evitare di scriminare sempre e comunque il fatto del soggetto agente, la dottrina ha fatto leva sulla eventuale posizione di garanzia gravante sullo stesso. È chiaro, infatti, che se l'autore del reato è garante della sicurezza della vittima, graverà su di esso l'obbligo di evitare gli eventi dannosi che potrebbero verificarsi, anche se derivanti dalla volontaria autoesposizione a pericolo da parte della stessa vittima ³⁴⁰.

Allo stesso tempo, è altrettanto palese che il garante non potrà essere chiamato a rispondere a titolo di responsabilità omissiva dell'evento lesivo, se quest'ultimo non fosse dallo stesso conosciuto o prevedibile, poiché dipeso dalle decisioni interne alla sfera psichica del soggetto passivo, a meno che non si voglia violare il divieto di responsabilità per fatto altrui.

Secondo tale corrente di pensiero, in particolare, si possono verificare tre diverse ipotesi:

- se il soggetto agente ha rispettato le norme cautelari imposte per l'attività da egli svolta non potrà essere chiamato a rispondere dell'evento lesivo verificatosi a seguito di una condotta pericolosa tenuta dalla stessa vittima di cui non era a conoscenza ³⁴¹;
- se invece il soggetto agente ha trasgredito i limiti della zona di rischio consentito, ma non era a conoscenza della condotta pericolosa tenuta dalla vittima ³⁴², si configurerà in automatico una responsabilità a titolo colposo per la violazione delle regole di diligenza, e sarà necessario accertare, nel caso concreto, se l'evento lesivo sia riconducibile alla mancata diligenza del soggetto agente, alla condotta pericolosa della vittima, o a entrambi;
- l'ultima ipotesi è quella in cui il soggetto agente fosse a conoscenza della pericolosità della condotta della vittima: in questo caso, senza dubbio, lo *standard* di diligenza esigibile dal garante sarà esteso rispetto alle ipotesi precedenti, poiché graverà su di lui l'onere di adottare

³⁴⁰ DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, pag. 388 e ss.

³⁴¹ L'esempio tipico è quello in cui il conducente del veicolo guida a velocità regolare, ma la vittima ha la cintura di sicurezza slacciata, senza che il conducente ne sia a conoscenza

³⁴² Il conducente supera i limiti di velocità e la vittima ha la cintura di sicurezza slacciata, senza che il conducente ne sia a conoscenza

tutte le cautele necessarie per impedire il verificarsi di eventi lesivi, che derivino da comportamenti propri o altrui ³⁴³.

Ma non finisce qui. In quest'ultima ipotesi, infatti, per valutare la responsabilità del soggetto agente, sarà necessario verificare se il fatto colposo da egli realizzato abbia "aumentato il rischio di verificazione della condotta della vittima" ³⁴⁴, o se le condotte dell'agente e della vittima siano legate in modo puramente casuale ai fini della verificazione dell'evento lesivo, il quale sia alla fine riconducibile solo al fatto della vittima: nel primo caso, l'agente avrà senz'altro diritto ad una riduzione della pena, mentre nel secondo sarà da escludersi la configurazione di una responsabilità penale a suo carico.

Evidentemente, l'obiettivo perseguito tramite la prospettazione di queste "ipotesi limite" è sempre stato il medesimo: responsabilizzare il più possibile la vittima del reato, escludendo l'eventualità che il soggetto attivo possa rispondere del fatto quando l'evento dannoso sia riconducibile alla sua condotta colposa in modo puramente occasionale, e sia da ricercare nel solo contegno intrinsecamente pericoloso della vittima la causa dell'aumento del rischio in ordine alla verificazione dell'evento.

Anche relativamente a questa seconda fattispecie possono essere riportati alcuni casi giurisprudenziali particolarmente significativi:

Il più noto verificatosi in Italia è stato senz'altro il caso "Moschella" deciso dalla Corte d'Assise di Catania, nel quale un tifoso di una squadra di calcio, avendo incontrato all'interno del treno, di ritorno dalla partita, dei ragazzi tifosi della squadra opposta, ed essendo stato aggredito verbalmente e fisicamente da parte di questi, si era buttato giù dal finestrino del treno trovando la morte.

Gli aggressori erano stati condannati dalla Corte d'Assise per omicidio preterintenzionale, in quanto "seguendo i criteri tradizionali in base ai quali si ritiene possibile l'imputazione oggettiva nell'omicidio preterintenzionale, non sembra dubbio che sussista la responsabilità degli imputati, dovendosi intendere la decisione del Moschella (...) assolutamente coerente con l'insostenibilità della situazione" e quindi "non ingiustificata e abnorme, ma come l'unica possibile in quel frangente"³⁴⁵.

³⁴³ Se il conducente sa che il passeggero non ha la cintura allacciata, deve rifiutarsi di partire.

³⁴⁴ CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1184

³⁴⁵ Corte d'Assise, Catania, 3 agosto 1994

Come correttamente rilevato dalla dottrina, nella soluzione di questo caso i giudici catanesi si sono ispirati alla decisione di una fattispecie analoga verificatasi in Inghilterra.

Si trattava del noto caso “Roberts”, in cui una ragazza, dopo aver accettato un passaggio in auto da parte di un uomo, per sfuggire alle esplicite *avances* sessuali di questo, aveva aperto la portiera e si era buttata sulla strada dalla macchina in corsa, riportando gravi ferite. I giudici inglesi avevano condannato l'imputato per “aggressione con conseguenti lesioni corporali”³⁴⁶.

In questi due analoghi casi giurisprudenziali, il percorso argomentativo seguito dai giudici per giungere alla sentenza di condanna si è allineato con quanto sostenuto dalla dottrina in materia di “autoesposizione volontaria al pericolo della vittima”. Il percorso logico-argomentativo si è infatti suddiviso in due fasi: la verifica *in primis* della conoscenza e della prevedibilità della condotta della vittima da parte del soggetto agente, e in secondo luogo dell'imputazione dell'evento morte/lesioni personali all'uno, all'altro soggetto o a entrambi.

Sulla base di questo percorso logico, si è ritenuto, può giungersi alla condanna dell'imputato solo nella misura in cui quest'ultimo avesse la possibilità di prevedere, e quindi impedire, la condotta pericolosa della vittima che ha determinato l'evento dannoso³⁴⁷.

- *L'illecito di omessa denuncia di estorsione*

Al di là della condivisione o meno della teoria della vittima-dogmatica, non si può negare che il fatto di ritenere l'imprenditore estorto sempre e comunque la vittima del reato, potrebbe sollevare - ed ha in effetti sollevato - problematiche analoghe a quelle che le convenzioni internazionali avevano lamentato a proposito della concussione, e che erano poi sfociate nell'introduzione dell'induzione indebita a dare o promettere utilità, di cui all'art. 319 *quater* c.p.

³⁴⁶ FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1999, pag. 607-608 in nota

³⁴⁷ Ritenendo presente tale requisito, nel caso Moschella la corte d'Assise di Catania ha ritenuto responsabili i tifosi per il loro “atteggiamento psicologico che, come avviene di norma in tutti gli episodi di c.d. violenza urbana, rasenta il dolo, per l'accettazione del rischio dell'evento maggiormente lesivo, rischio perfettamente conosciuto dal gruppo perché costituisce la finalità estrema della condotta”, Corte d'Assise, Catania, 3 agosto 1994

Il rischio, secondo la dottrina, era quello di trasformare l'art. 629 c.p. in una mera via di fuga dalla responsabilità per favoreggiamento o concorso esterno in associazione mafiosa dell'imprenditore che avesse aderito alle richieste estorsive senza poi denunciare il delitto, non perché fortemente coartato nella sua volontà a causa della minaccia o violenza subita, ma perché lo avesse semplicemente ritenuto conveniente per i propri affari.

Basti considerare, a tal riguardo, che gli studi condotti nell'ambito del "Progetto Gloders", che avevano rivelato la percentuale di imprenditori conniventi, acquiescenti e resistenti su 154 casi analizzati, avevano anche dimostrato che il numero delle denunce effettuate non corrispondeva al numero totale dei casi di estorsione analizzati: pochissime denunce da parte degli acquiescenti, il 50% dai resistenti, e nullo dai conniventi.

Sulla base di tali dati allarmanti, la giurisprudenza e qualche anno dopo il legislatore si sono adoperati per contrastare questa sconcertante realtà.

Significativamente esplicativa sulla questione una sentenza della Cassazione sulla vicenda di un imprenditore il quale, nell'attivarsi per l'acquisizione dell'appalto di un'opera pubblica di rilevantissimo valore, aveva contemporaneamente instaurato rapporti col ceto politico-amministrativo e con organizzazioni camorristiche, rispettivamente per assicurarsi l'aggiudicazione del contratto e per rimuovere preventivamente gli ostacoli di carattere estorsivo all'esecuzione dei lavori, accollandosi in quest'ultimo caso un programmato costo concordato sulla base di una sorta di "accordo di non conflittualità" e di "patto di protezione"³⁴⁸.

Dopo la presa di posizione del Procuratore Generale ricorrente, il quale aveva criticato il concetto di "contiguità soggiacente" utilizzato dal tribunale per escludere la configurabilità degli estremi del delitto associativo, osservando al contrario che all'imprenditore "non poteva attribuirsi la posizione di vittima delle pretese estorsive del clan dei casalesi, avendo egli liberamente accettato le metodiche dell'organizzazione criminale, concludendo con questa patti stabili e duraturi che hanno fruttato vantaggi patrimoniali per vari miliardi ad entrambe le parti contraenti", anche i giudici di legittimità, hanno preso le distanze dalla motivazione della sentenza d'appello, censurando "per vizio di motivazione il provvedimento del giudice di merito, che aveva ritenuto fatto notorio la circostanza

³⁴⁸ Cass. Pen., Sez. I, n. 84/1999

che in certe zone dell'Italia meridionale gli imprenditori, per poter operare, siano costretti a venire a patti con la criminalità organizzata, soggiacendo a richieste di tipo estorsivo”.

Infatti, secondo la Corte, tale impostazione astrattista andava assolutamente rifiutata, perché se è vero che per comprendere adeguatamente il fenomeno mafioso non si può prescindere dai risultati delle “indagini di ordine socio-criminale” che rivelino che il sostanziale dominio della vita economica e produttiva di un dato territorio è nelle mani dei clan mafiosi, è anche vero che queste indagini non possono considerarsi “dati certi e inderogabili, di per sé soli idonei a fornire gravi indizi di colpevolezza ai sensi dell’art 273 c.p.p.”³⁴⁹, non potendosi il giudice esimere dal “dovere di ricerca delle prove indispensabili per l’accertamento della fattispecie concreta formante oggetto della singola vicenda processuale che egli è chiamato a definire”.

Costituirebbe “una inaccettabile astrazione generalizzante” utilizzare come parametro della decisione la massima secondo cui “nelle zone dell’Italia meridionale dominate da organizzazioni di stampo mafioso, gli imprenditori sono costretti a venire a patti con i gruppi criminali, trovandosi nella ineluttabile necessità di accettare richieste di tipo estorsivo”, senza nessun ulteriore accertamento del loro profilo soggettivo e del caso concreto, che potrebbero invece rivelare l’esistenza di un “accordo di non conflittualità” o di un “patto di protezione”, in nome di una pacifica convivenza.

Se si prescinde dall’analizzare approfonditamente il fatto concretamente posto in essere, calato nel contesto ambientale di riferimento, si cade “in una indiscriminata giustificazione della illegalità diffusa e nella configurazione di una causa di non punibilità, non prevista dall’ordinamento, costituita dalla “non esigibilità” delle condotte conformi alle prescrizioni della legge”.

Questo però non può essere permesso.

Perciò, secondo la Corte, l’imprenditore che per l’aggiudicazione dell’appalto avesse tenuto la condotta sopra descritta, stipulando degli accordi con le organizzazioni criminali della zona, “può considerarsi vittima dell’estorsione mafiosa, soltanto nel caso in cui si dimostri nei suoi riguardi una condizione di ineluttabile coartazione; diversamente, la condotta sarà riconducibile all’art. 416 *bis* c.p., nella forma della partecipazione o, piuttosto, del concorso esterno, a seconda della posizione assunta dall’imprenditore rispetto all’associazione stessa”³⁵⁰.

³⁴⁹ La Corte di Cassazione aveva già sancito in precedenza tale principio in Cass. Pen., Sez. VI, 16 dicembre 1985, Spatola; Cass. Pen., Sez. I, 29 maggio 1989, Ollio

³⁵⁰ Cass. Pen., Sez. I, n. 84/1999

Alla stessa *ratio* ispiratrice di questa sentenza del 1999 sembra essersi conformata una presa di posizione legislativa chiaramente orientata in senso responsabilizzante dell'imprenditore estorto, quale emerge da una disposizione del c.d. "pacchetto sicurezza" introdotto con la legge 15 Luglio 2009 n. 94, contenente una serie di norme penali, civili e amministrative di contrasto alla criminalità organizzata.

In particolare, per quanto di interesse in questa sede, ha rivestito importanza fondamentale l'art. 2 comma 19 di tale legge, che, modificando l'art. 38 del codice dei contratti pubblici, ha introdotto una sanzione per l'imprenditore vittima di estorsione o concussione mafiosa, consistente nell'esclusione dalle gare di pubblici appalti ³⁵¹, quando egli non abbia denunciato il reato commesso a suo danno, dimostrando anche in questo caso - come già visto in precedenza con riferimento ad altre figure di reato, e in particolare all'induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.) - la volontà ordinamentale di non giustificare sempre e comunque le vittime di quei reati che per loro natura non annullano la capacità di autodeterminazione dei soggetti passivi, ma lasciano loro un margine di decisione, che li dovrebbe portare a scegliere di non essere conniventi e di denunciare il fenomeno.

Allo stesso tempo, va evidenziato che la penalizzazione dell'imprenditore non denunciante non significa assimilarlo al soggetto attivo del reato, o negargli la qualifica di vittima dello stesso, trasformandolo automaticamente in colluso o in qualche modo affiliato all'organizzazione criminale, tramite un vincolo fiduciario o di solidarietà, ma è semplicemente finalizzata a dare un chiaro segnale della volontà legislativa di non giustificare la prassi di sottomettersi in automatico alle pretese estorsive mafiose, e di spingere con vigore gli imprenditori ad opporsi alle stesse, anche a costo di limitare fortemente la loro libertà di iniziativa economica nei casi in cui non si comportino come prescritto.

³⁵¹ Art. 2 comma 19 L. 94/2009: "All'articolo 38 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, dopo la lettera m-bis) è aggiunta la seguente: "m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha ommesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio"

E non è un caso che il legislatore abbia scelto di colpire proprio il settore degli appalti pubblici: questo, infatti, come osservato dalla dottrina, è in assoluto quello da cui le organizzazioni criminali traggono maggiori vantaggi, sia in termini puramente economici, sia nel senso dell'accrescimento dei propri poteri e del rafforzamento dell'associazione.

Sembra, inoltre, che questa esigenza punitiva sia stata avvertita dalla società civile prima ancora che dagli organi legislativi: l'iniziativa di sanzionare gli imprenditori estorti "conniventi" è stata infatti assunta *in primis* proprio da associazioni private operanti in regioni caratterizzate dal predominio di gruppi mafiosi, in modo da "espellere dall'organismo di categoria quegli associati non disposti a collaborare con gli organi statuali, in casi analoghi a quelli descritti dalla nuova previsione sanzionatoria"³⁵².

A tal fine, oltre alla sanzione prevista dalle disposizioni in materia di pubblica sicurezza, le stesse associazioni *antiracket*, in collaborazione con gli enti locali interessati, hanno previsto la decadenza contrattuale degli imprenditori conniventi dai bandi d'appalto di enti locali già aggiudicatisi in precedenza.

- ***Un illecito penale o amministrativo?***

In realtà, tornando alla legge 94/2009, l'introduzione di una misura punitiva di tale portata per gli imprenditori non denunciati non è andata esente da critiche e ha sollevato parecchie questioni interpretative, alcune delle quali tuttora irrisolte.

A tal proposito, è in corso ancora oggi un vivace dibattito dottrinale in merito alla natura penale o *extra* penale dell'illecito di omessa denuncia a carico degli imprenditori estorti o concussi non denunciati. Se, infatti, la legge del 2009 lo ha qualificato come illecito amministrativo, gran parte della dottrina, sostenendo invece la tesi della natura penale della responsabilità dell'imprenditore, si è invece orientata nel senso che la sua qualificazione come illecito amministrativo costituisca una

³⁵² MILITELLO-SIRACUSA, *L'obbligo di denuncia a carico dell'imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 332.

Da sottolineare, in particolare, l'iniziativa in tal senso di Confindustria Siciliana, a partire dal 2007 col presidente Ivan Lo Bello

“truffa di etichette”³⁵³, facendo a tal fine un paragone col Decreto Legislativo 231/2001 che, a detta di vari autori – come riscontrato nel precedente capitolo – avrebbe mascherato con l’espressione formale “responsabilità amministrativa dell’ente”, quella che, a livello sostanziale, è a tutti gli effetti una responsabilità penale³⁵⁴.

Invero, solo un’inammissibile impostazione di carattere strettamente formalista potrebbe portare a considerare *extra* penale la sanzione in questione, basandosi sulla sola circostanza che non è stata introdotta una vera e propria pena. Senonché, basta ragionare in un’ottica sostanzialistica per accorgersi che “sono senza dubbio molteplici gli indizi che inducono a sospettare della mascherata dimensione penale dell’illecito di omessa denuncia a carico dell’imprenditore estorto, tipizzato invece come illecito amministrativo dal legislatore del 2009”³⁵⁵.

- Uno dei primi indizi è stato senz’altro individuato nell’interesse protetto dalla norma, consistendo il quale nel corretto funzionamento della giustizia, coincide con l’interesse leso dai delitti di omessa denuncia dei reati di cui all’art. 361 e ss. del codice penale. L’*iter* argomentativo che porta a punire il non denunciante è sostanzialmente lo stesso: “la repressione di chi si distacca da un ideale modello collaborativo tra privati cittadini (in tal caso, imprenditori) ed organi inquirenti nell’attività di acquisizione delle notizie di reati di stampo mafioso e di ricerca delle prove”³⁵⁶.

- Il secondo indizio è costituito dalla “natura afflittiva della sanzione”³⁵⁷, posto che, esattamente al pari di altre sanzioni indubbiamente di carattere penale - come le pene accessorie di carattere interdittivo - anche questa incide in senso restrittivo o limitativo di un bene tutelato a livello

³⁵³ MILITELLO-SIRACUSA, *L’obbligo di denuncia a carico dell’imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 333

³⁵⁴ MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231 del 2001: una «una truffa delle etichette» davvero innocua?* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002, pag. 879 e ss.

³⁵⁵ MILITELLO-SIRACUSA, *L’obbligo di denuncia a carico dell’imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2010, cit. pag. 334

³⁵⁶ MILITELLO-SIRACUSA, *L’obbligo di denuncia a carico dell’imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 335

³⁵⁷ MILITELLO-SIRACUSA, *L’obbligo di denuncia a carico dell’imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 338

costituzionale, quale la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione, poiché, come suddetto, esclude l'imprenditore dalle successive gare di appalti pubblici.

Ed in effetti, tale assimilazione tra la sanzione introdotta a carico dell'imprenditore non denunciante e le pene accessorie non deve sorprendere, poiché già da tempo la dottrina concorda sulla "sostanziale omogeneità" tra la sanzione penale e quella amministrativa.

Infatti, solo nella risalente letteratura precedente all'entrata in vigore della legge 689/81 voci estremamente autorevoli difendevano l'esistenza "di una profonda eterogeneità tra la sanzione giurisdizionale e la sanzione amministrativa, dovendosi concepire la prima come dichiarazione o accertamento di ciò che è giuridico nel caso concreto, e la seconda come "mezzo per il raggiungimento dell'attuazione pratica dei precetti amministrativi: alla funzione predicativa propria della sanzione penale, si contrapponeva la funzione riparatoria e satisfattiva caratteristica della sanzione amministrativa"³⁵⁸.

Ponendosi quindi sul solco della tradizione già tracciata da Santi Romano e Zanobini, questa risalente dottrina concepiva l'illecito penale e quello amministrativo come totalmente infungibili dal punto di vista qualitativo, poiché la sanzione amministrativa costituiva espressione solo ed esclusivamente della potestà amministrativa.

Nonostante già prima della legge 689/81 alcuni autori avessero iniziato a ravvisare per la prima volta un qualche profilo di coincidenza tra la sanzione amministrativa e quella penale, individuando la presenza di sottogruppi nella macro categoria delle sanzioni amministrative, in particolare quello delle "misure amministrative sanzionatorie" conseguenti alla commissione di un illecito³⁵⁹, o delle "sanzioni punitive con una funzione preventiva, al pari delle sanzioni criminali, di interessi di carattere generale"³⁶⁰, è stato in realtà dopo l'entrata in vigore della Legge 689/81 che la dottrina quasi unanime si è assestata nel senso della sostanziale omogeneità delle due tipologie di sanzioni.

La sezione I del capo I della legge ha infatti chiaramente optato per l'estensione del "modello penale" all'illecito amministrativo - come dimostrano l'art. 1 che sancisce il principio di legalità e riserva di

³⁵⁸ DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pag. 591, tratto da BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in AA. VV., *Le sanzioni amministrative*, pag. 40

³⁵⁹ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, 1970, Giuffrè, 1988, pag. 1307 e ss.

³⁶⁰ SINISCALCO, *Dalla depenalizzazione di illeciti penali alla formazione di un sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pag. 12; NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, pag. 60 e ss.

legge assoluta, sulla falsa riga dell'art. 25 comma 2 Cost.; l'art. 3, che estende al settore amministrativo il principio di colpevolezza, al pari dell'art 27 Cost., e ancora la disciplina delle contravvenzioni (42 c.p.), dell'errore (47 c.p.), del concorso di persone nell'illecito amministrativo - consentendo di concludere sostanzialmente nel senso della "adesione del legislatore del 1981 alla visione della sanzione amministrativa come strumento di tutela preventiva di beni giuridici"³⁶¹ di natura essenzialmente afflittiva, al pari della sanzione penale, e uniformandosi all'orientamento già fatto proprio dalla CEDU, che sosteneva che la natura amministrativa o penale della sanzione inflitta dovesse essere correlata esclusivamente alla gravità della sanzione e alla sua capacità afflittiva, e non alla sua qualificazione legislativa come penale o amministrativa, in quanto elemento puramente formale privo di rilevanza effettiva³⁶².

Secondo i sostenitori della visione "sostanzialistica", quindi, l'impostazione chiaramente risultante dalla legge, combinata con le indicazioni della CEDU, consente senza dubbio di classificare la sanzione per l'omessa denuncia dell'imprenditore estorto o concusso, come penale o "parapenale"³⁶³, indipendentemente dalla sua appartenenza formale alle sanzioni amministrative, proprio perché fortemente afflittiva e limitativa della libertà di iniziativa economica del destinatario escluso dagli appalti.

Chi ha invece negato l'assimilazione dell'illecito di omessa denuncia ai delitti ugualmente denominati di cui al codice penale ha messo in evidenza come, mentre in questi ultimi la responsabilità penale omissiva sorge a carico di chi riveste una posizione di garanzia nei confronti dello Stato, nel suo

³⁶¹ DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 1984, cit. pag. 598

³⁶² CEDU, 18640/10. La Corte, infatti, nella sentenza citata, relativa a un caso di manipolazione del mercato "constata innanzitutto che le manipolazioni del mercato ascritte ai ricorrenti non costituiscono un reato di natura penale nel diritto italiano. Questi comportamenti sono in effetti puniti con una sanzione qualificata come «amministrativa» dall'articolo 187 ter punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998. Ciò non è tuttavia decisivo ai fini dell'applicabilità del profilo penale dell'articolo 6 della Convenzione, in quanto le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore relativo (...) L'inflizione delle sanzioni amministrative pecuniarie sopra menzionate comporta per i rappresentanti delle società coinvolte la perdita temporanea della loro onorabilità, e se queste ultime sono quotate in borsa, ai loro rappresentanti si applica l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito delle società quotate per una durata variabile da due mesi a tre anni. La CONSOB può anche vietare alle società quotate, alle società di gestione e alle società di revisione di avvalersi della collaborazione dell'autore dell'illecito, per una durata massima di tre anni, e chiedere agli ordini professionali la sospensione temporanea dell'interessato dall'esercizio della sua attività professionali. Infine, l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie importa la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo. È vero che nel caso di specie le sanzioni non sono state applicate nel loro ammontare massimo, in quanto la corte d'appello di Torino ha ridotto alcune ammende inflitte dalla CONSOB, e non è stata disposta alcuna confisca. Tuttavia, il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata (Engel e altri), e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta" CEDU, 18640/10, in www.canestrinilex.com

³⁶³ MILITELLO-SIRACUSA, *L'obbligo di denuncia a carico dell'imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 339

interesse alla corretta amministrazione della giustizia - il pubblico ufficiale (361 c.p.), l'incaricato di pubblico servizio (362 c.p.), l'esercente una professione sanitaria (365 c.p.), il perito, l'interprete o il custode di cose sottoposte a sequestro (366 c.p.) ecc. - e l'unica ipotesi di responsabilità del comune cittadino ricorre quando questo abbia avuto notizia di un delitto contro la personalità dello Stato punito con la pena dell'ergastolo, ed egli abbia ommesso di comunicarlo immediatamente all'Autorità, la responsabilità di cui all'art 2 comma 19 della legge 94/2009, invece, sorge non dall'omessa denuncia del reato in sé, ma proprio dal fatto di non aver denunciato di aver subito il delitto, e quindi da "una situazione di fatto che rende operativo il dovere di attivarsi", come se fosse un "reato proprio a struttura inversa"³⁶⁴.

I formalisti, infine, a dimostrazione della impossibilità di assimilare le due figure, hanno fatto presente che in tutti i delitti contro l'amministrazione della giustizia il soggetto non denunciante, proprio perché titolare del ruolo di garante rispetto ai reati che dovrebbe denunciare, non può essere contemporaneamente la persona offesa di tali reati; situazione esattamente opposta a quella dell'imprenditore non denunciante, che al contrario è lo stesso soggetto passivo dell'estorsione o della concussione.

L'operazione ermeneutica che secondo i formalisti non può essere per nessun motivo permessa e che parte della dottrina ha tentato di realizzare è quella di confondere la posizione della vittima nella teoria generale del reato. Quest'ultima è "la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti od omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro"³⁶⁵. "Nei termini tecnico-giuridici del diritto penale sostanziale, la vittima si presenta come il *titolare dell'interesse protetto dalla norma penale*". È il "*soggetto passivo, oppure l'offeso o la persona offesa dal reato*"³⁶⁶.

Da non sottovalutare, inoltre, che gli interessi giuridici vengono protetti dalle norme in modo impersonale: non è importante che il titolare del bene protetto sia l'una o l'altra persona; la vittima del reato viene tutelata correlativamente all'interesse di cui è portatrice, per garantire il rispetto del principio di uguaglianza di tutti i cittadini.

³⁶⁴ MILITELLO-SIRACUSA, *L'obbligo di denuncia a carico dell'imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 341

³⁶⁵ UE, Decisione quadro 15/03/2001 sulla Posizione della Vittima nel Procedimento Penale, in *GUCE* 22/3/2001, L82/1

³⁶⁶ PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pag. 44

Se esistono delle deroghe a tale principio generale della eguaglianza di tutela dei soggetti passivi, queste possono riguardare solo ed esclusivamente ipotesi nelle quali il soggetto passivo del reato sia considerato più debole di una generica vittima, e sia quindi meritevole di ricevere una tutela rafforzata, come il minore, l'incapace, colui che abbia una grave situazione economico-finanziaria ecc., poiché “la necessità di tutelare meglio la persona più debole (...) è un'esigenza etica profondamente radicata nella coscienza dei cittadini. Il diritto è etica formalizzata. Non può non tenere conto di questa sua natura”³⁶⁷.

Ciò che è legittimo, quindi, è solo la previsione di una tutela rafforzata nei confronti di soggetti particolarmente deboli, non una minore tutela a seconda delle qualità del soggetto passivo o del comportamento tenuto al momento della commissione del reato: la vittima di un reato continua ad essere tale, anche se ha in qualche modo agevolato la realizzazione dello stesso, “per esempio inducendo il reo alla commissione del fatto (provocazione), o rendendone più agevole il conseguimento del fine illecito (ad esempio casi di truffa a danno di vittime che per le particolari condizioni sociali, personali e culturali, si prestano a cadere più facilmente nella rete dell'inganno del truffatore)”³⁶⁸.

Diversamente ragionando, si cadrebbe nella indissolubile contraddizione per cui l'ordinamento dapprima predisporrebbe una tutela nei confronti del “soggetto debole” del rapporto, perseguendo penalmente colui che ha realizzato il fatto previsto dalla norma, e poi incriminerebbe, per l'omessa denuncia del delitto subito, lo stesso soggetto che l'ordinamento voleva proteggere, proprio in ragione della sua debolezza.

- *L'efficacia deterrente della sanzione per omessa denuncia di estorsione*

Al di là del dibattito sulla qualificazione dell'illecito di omessa denuncia come penale o *extra* penale, che per quanto dibattuta, rimane una questione puramente formale, la più rilevante problematica che si è posta a proposito dell'art. 2 comma 19 della legge 94/2009 si è posta sul piano della reale efficacia deterrente e preventiva di tale sanzione, in quanto di fatto applicabile ai soli imprenditori che

³⁶⁷ PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, cit. pag. 48

³⁶⁸ MILITELLO-SIRACUSA, *L'obbligo di denuncia a carico dell'imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 342

partecipino alle gare d'appalto, escludendoli dalle stesse, senza considerare tutte le altre categorie imprenditoriali le quali, svolgendo differenti attività e non partecipando a tali gare, non sono minimamente influenzate nel loro processo decisionale dal timore di essere esclusi dal mercato della concorrenza.

È infatti indubitabile che solo gli imprenditori interessati ad aggiudicarsi gli appalti pubblici, consapevoli delle conseguenze derivanti dalla mancata denuncia della condotta estorsiva o concussiva subita, saranno interessati ad effettuare una comparazione tra i costi e i vantaggi derivanti dalla loro omertà o dalla collaborazione con la giustizia. Nei loro confronti, quindi, l'esclusione dalle gare d'appalto ha un'enorme efficacia deterrente, intesa come "prevenzione generale negativa"³⁶⁹ in quanto dissuade il destinatario della norma dal tenere (o in questo caso omettere) la condotta sanzionata.

Allo stesso tempo, la disposizione aspira ad esercitare una funzione "general-preventiva di carattere positivo", poiché il suo più alto obiettivo non è quello di indurre la vittima, tramite la prospettazione di un male, alla denuncia di un reato già commesso, anche grazie alla sua collaborazione, ma piuttosto quello di creare nella generalità dei consociati una nuova coscienza morale, ispirata ad una condivisione dei valori tutelati dall'ordinamento con le sue norme incriminatrici, ad una collaborazione spontanea con l'autorità giudiziaria e a una "contropinta etica"³⁷⁰ al fenomeno mafioso. In definitiva, mira ad una "interiorizzazione"³⁷¹ profonda da parte dei cittadini dell'importanza sociale, prima ancora che giuridica, di una condotta solidale alle regole di giustizia civile, poiché solo la sedimentazione diffusa di tale sentimento culturale nella generalità dei consociati, che si traduca naturalmente in una preventiva e spontanea dissociazione dal reato di cui si è vittima, può contrastare con forza lo strapotere delle associazioni criminali a stampo mafioso.

Contro tale impostazione, al di là delle posizioni estremiste di chi ha qualificato l'illecito di omessa denuncia come un mero "escamotage per trasformare l'imprenditore in poliziotto"³⁷², non si può prescindere dalle osservazioni di chi, pur riconoscendo l'importanza di una sensibilizzazione

³⁶⁹ Le espressioni "prevenzione generale negativa e positiva" in relazione alla funzione della sanzione di cui all'art. 2 comma 19, L. 94/2009 sono utilizzate da MILITELLO-SIRACUSA, *L'obbligo di denuncia a carico dell'imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 343

³⁷⁰ MILITELLO-SIRACUSA, *L'obbligo di denuncia a carico dell'imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 344

³⁷¹ MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Giuffrè, 1982, pag. 83

³⁷² BISORI-PROFITI, *Contrasto alla criminalità organizzata e nuova disciplina delle misure di prevenzione*, in GIUNTA-MARZADURI (a cura di), *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, Milano, 2010, cit. pag. 273

culturale dei soggetti che subiscono i delitti suddetti, allo stesso tempo ha ritenuto che sia pura illusione affidare il contrasto della criminalità organizzata al solo “coraggio” dei consociati, come se non avesse un’efficacia determinante ai fini della decisione degli stessi, la piena consapevolezza della loro sostanziale inferiorità in termini di mezzi e poteri, rispetto ai gruppi criminali mafiosi, e il conseguente timore di subire ritorsioni in caso di ribellione ³⁷³.

La stessa cronaca è particolarmente eloquente al riguardo: basti pensare agli sporadici casi di imprenditori calabresi o siciliani denunciati, privati per questo motivo della loro azienda e ridotti in povertà dal clan mafioso che li aveva precedentemente sottomessi ³⁷⁴. Sperare di indebolire i clan mafiosi affidandosi solamente alla denuncia o addirittura alla dissociazione dal reato dei privati estorti o concussi, è per questo pura utopia.

E, del resto, questo sembra essere stato lo stesso pensiero del legislatore, nel momento in cui, pur volendo in qualche modo responsabilizzare i consociati e non giustificare la loro sottomissione, sanzionandoli quando abbiano omesso di denunciare il reato, non è arrivato fino al punto di configurare il reato di estorsione come una fattispecie a concorso necessario e a perseguire penalmente il soggetto passivo, a differenza dell’opzione in materia di induzione indebita. Evidentemente, in questo caso, il legislatore ha ritenuto inesigibile - data l’intensità dello stato di coazione psicologica in cui la vittima versa, e il timore fondato di gravi ritorsioni - la stessa condotta di resistenza e ribellione che pretende dal privato indotto.

Si ribadisce, tuttavia, che quanto appena detto può valere solamente per gli imprenditori che partecipino alle gare di appalti pubblici. Come sopra anticipato, infatti, è indubbio che la prospettiva dell’esclusione da tali gare potrà avere un’efficacia deterrente esclusivamente nei confronti di quegli imprenditori che possano concretamente essere danneggiati da tale penalità; non così per tutte le altre categorie imprenditoriali che, pur essendo vessate dall’estorsione mafiosa, non esercitino attività per il cui svolgimento è richiesto l’ottenimento di un appalto, e che evidentemente non saranno minimamente incoraggiate alla denuncia del fenomeno per via di tale sanzione.

³⁷³ SIRACUSA, *Diritto penale ed infiltrazioni mafiose nell’economia: tra certezze e ambiguità*, in LA SPINA (a cura di), *I costi dell’illegalità. Mafia ed estorsioni in Sicilia*, Bologna, Il Mulino, 2008, pag. 281,282

³⁷⁴ Emblematico al riguardo il caso dell’imprenditore calabrese Salvatore Barbagallo, che dopo essere stato vessato per otto anni dal clan dei Mancuso, ha denunciato dieci esponenti della cosca mafiosa, per poi essere privato dell’azienda, dell’attività, costretto a lavorare come badante e a vivere grazie all’aiuto della Caritas. L’imprenditore è tuttora in attesa del processo, e non ha ancora ottenuto l’indennizzo spettante agli imprenditori che denunciano il racket, *Corriere della sera*, 24/06/2015

Per queste ragioni, secondo gran parte della dottrina, sarebbe stata molto più appropriata ed efficace, a fini general-preventivi, la previsione di un obbligo di denuncia generalizzato dell'estorsione mafiosa a carico di tutti gli imprenditori, con conseguente diversificazione delle sanzioni comminate in caso di omissione, a seconda del settore merceologico di operatività della singola azienda o operatore economico ³⁷⁵, in modo tale che l'imprenditore fosse effettivamente distolto, grazie all'attinenza del male prospettato alla specifica attività da egli svolta, dall'aver un atteggiamento di accondiscendenza di fronte alle pressioni estorsive.

L'ultimo problema che si è posto rispetto all'introduzione di tale sanzione estremamente selettiva attiene al fatto che il testo della disposizione non sembra fare alcun tipo di distinzione tra l'imprenditore autentica vittima o acquiescente e l'imprenditore connivente o colluso.

Come analizzato nei precedenti paragrafi, infatti, mentre l'acquiescenza è caratterizzata dal fatto di aderire alle richieste estorsive esclusivamente per il timore di subire ritorsioni in caso di ribellione - pur essendo gli imprenditori ben consapevoli del carattere "innaturale" del costo subito - senza ricercare né ottenere in cambio alcun vantaggio, oppure ottenendo un beneficio altrettanto "innaturale" perché non voluto, in termini di protezione da parte dell'organizzazione criminale, l'imprenditore "connivente", al contrario, si sottomette al clan mafioso per un fine ben chiaro, quello di ottenere un vantaggio illecito come controprestazione: decide di instaurare un rapporto di collaborazione e pacifica convivenza con gli estorsori, grazie a un patto di scambio tra le tangenti estorsive da lui corrisposte e i vantaggi illeciti in cambio conseguiti.

Ciò che ha osservato parte della dottrina a questo proposito è che l'inammissibile risultato che si ottiene con l'introduzione di una tale misura punitiva, in definitiva, è quello di sanzionare l'unica categoria imprenditoriale comprendente quegli operatori economici i quali, in quanto autentiche vittime del rapporto, motivate all'azione collaborativa con gli estorsori solo ed esclusivamente dal timore delle ritorsioni mafiose, dovrebbero invece essere tutelate dall'ordinamento nei loro interessi in modo rafforzato, poiché non in grado di contrastare con le proprie forze l'agire mafioso.

³⁷⁵ Questo il pensiero di MILITELLO-SIRACUSA, *L'obbligo di denuncia a carico dell'imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 346

Avendo infatti l'imprenditore vittima già subito "il costo innaturale dell'estorsione, avrebbe tutto l'interesse ad evitare ulteriori costi, compresa l'incapacitazione della propria libertà di iniziativa economica, cagionata dalla misura punitiva"³⁷⁶.

E questa sarà l'unica valutazione che egli effettuerà al momento della scelta se denunciare o meno, poiché, a differenza del connivente, non è mosso da alcun calcolo utilitaristico.

Esattamente il discorso opposto vale per l'imprenditore connivente: nel momento in cui la sua leva motivazionale è quella di ottenere un arricchimento personale, una prosperazione della sua attività o la benevolenza e la protezione del clan mafioso, non ci sono dubbi che, per quanto consapevole della sanzione amministrativa conseguente alla omessa denuncia, effettuerà un calcolo di convenienza per verificare se sia per lui più vantaggiosa quest'ultima rispetto ai benefici potenzialmente conseguibili grazie ad una condotta omertosa, e mai o molto raramente riterrà per sé più vantaggiosa la denuncia, come dimostra la percentuale nulla di "conniventi" denunciati rivelata dal progetto *Gloders*.

Eppure, questa basilare differenza non è minimamente prospettata dalla norma, la quale commina la medesima sanzione per tutti gli imprenditori non denunciati che partecipano alle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, a prescindere dal livello di coazione morale in cui versa il singolo e della natura opportunistica o timorosa della sua scelta omertosa.

L'unica limitazione dell'ambito applicativo della disposizione riguarda l'ipotesi in cui ricorrano le "cause di esclusione della responsabilità" di cui all'art. 4 comma 1 della legge 689/1981, fatte salve dalla norma dei contratti pubblici: "Non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, ovvero in stato di necessità o di legittima difesa", anche se gli studiosi della materia hanno concordato sul fatto che l'unica causa di giustificazione che possa essere invocata dall'imprenditore nella fattispecie oggetto di analisi sia lo stato di necessità come descritto dall'art. 54 c.p., derivante da una condotta fortemente minacciosa o violenta da parte dell'estorsore, che abbia posto l'imprenditore in una grave condizione di coazione psicologica e gli abbia fatto fondatamente temere di essere esposto ad "un pericolo attuale di un danno grave alla persona" per sé o per altri.

³⁷⁶ MILITELLO-SIRACUSA, *L'obbligo di denuncia a carico dell'imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 346

Grazie a tale deroga, la sanzione di cui all'art 2 comma 19 potrà applicarsi solo a quelle ipotesi che non rientrino nello stretto ambito applicativo dello stato di necessità, quindi sicuramente non alle ipotesi di estorsione ambientale, che prescinde - come ormai sappiamo - da una condotta minacciosa o tanto meno violenta di tipo esplicito, ma è connotata dall'esistenza di un clima di intimidazione diffuso in virtù del quale la generalità dei consociati si mostra accondiscendente per prassi.

Per tutte queste ragioni, gran parte della dottrina non si è mai schierata a favore dell'introduzione di questa peculiare sanzione, poiché in definitiva "prigioniera di un paradosso: efficace ma ingiusta, ove riferita agli imprenditori onesti vittime dei comportamenti criminali; giusta, ma di dubbia efficacia, nei confronti degli imprenditori collusi, o degli imprenditori che, pur non avendo assunto una piena posizione di contiguità con l'associazione criminale, tuttavia abbiano accettato di instaurare con essa un patto implicito di convenienza reciproca"³⁷⁷, ribadendo per questo la necessità di introdurre delle sanzioni differenziate e calibrate sia sullo specifico profilo soggettivo che sulla tipologia di attività svolta dall'imprenditore coinvolto.

Qualche autore, infine, per evitare che la scelta di responsabilizzare l'imprenditore estorto conducesse a risultati eccessivi ed ingiusti, ha preferito agire sul piano ermeneutico, proponendo una diversa interpretazione delle disposizioni che configurano una responsabilità a carico degli imprenditori che si rifiutano di collaborare con la giustizia e che preferiscono piuttosto "convivere pacificamente e in silenzio" con i gruppi mafiosi dominanti nel territorio.

In particolare, si è affermato, se la responsabilità penale prevista dal reato di favoreggiamento di cui all'art 378 c.p. sembra adeguata nei confronti degli imprenditori "collusi", i quali abbiano assunto comportamenti attivi per favorire il sodalizio criminale o eludere le indagini investigative, e al limite nei confronti degli imprenditori "conniventi", che abbiano taciuto per inseguire un proprio illecito vantaggio, la sanzione amministrativa sembra invece appropriata per quegli imprenditori che abbiano sì taciuto, ma solo in quanto autentiche vittime del reato che non abbiano avuto il coraggio di denunciare, senza altre finalità o atti di agevolazione all'associazione mafiosa³⁷⁸ (acquiescenti).

³⁷⁷ MILITELLO-SIRACUSA, *L'obbligo di denuncia a carico dell'imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010, cit. pag. 348

³⁷⁸ CORVI, *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, in MAZZA-VIGANO' (a cura di), *Il «pacchetto sicurezza»*, Torino, 2009, pag. 350 e ss.

In realtà, però, la maggior parte della dottrina ha preferito restare fedele alla lettera della norma, motivo per cui, una volta rilevato che l'art. 2 comma 19 non fa alcun tipo di distinzione, ai fini della sua applicazione, tra imprenditori collusi o conniventi, e quelli meramente acquiescenti e quindi autentiche vittime del reato, ha optato per l'impossibilità di limitare in tal senso l'ambito applicativo della disposizione ³⁷⁹.

- ***La proposta di introduzione del reato di “omessa denuncia di richiesta diretta all'estorsione”***

Al di là delle sporadiche posizioni contrarie alla responsabilizzazione degli imprenditori estorti, l'esigenza di mandare alla popolazione messaggi chiari e vigorosi finalizzati al contrasto del fenomeno estorsivo mafioso, ha portato a dei progetti di riforma tutt'altro che marginali. A tal proposito, infatti, si è andati molto oltre la proposta di introdurre un obbligo di denuncia dell'estorsione mafiosa per la generalità degli imprenditori o di sanzioni differenziate, ma pur sempre “amministrative”, a carico degli stessi.

³⁷⁹ È interessante, a titolo esemplificativo, riportare il contenuto di una comunicazione di omessa denuncia di attività estorsiva della Procura di Reggio Calabria, la quale, dopo aver rilevato che “ogni attività economica veniva capillarmente “monitorata” dalla cosca operante nella zona e tale monitoraggio conduceva inevitabilmente a ingenti e sistematiche erogazioni di danaro, sotto forma di corresponsioni mensili di tangenti vere e proprie, che vedevano, secondo lo schema normativo dell'art. 629 c.p., protagonista e soggetto attivo la cosca tout court - e, quindi (...) i suoi vertici e le sue strutture operative - e soggetto passivo la Soc. Coop. - e, quindi, i suoi quadri Dirigenti (...), i quali nulla hanno denunciato o comunicato a questo Ufficio prima dell'esecuzione del provvedimento più volte richiamato”, ravvisava “il ricorrere dell'ipotesi disciplinata dalla lettera m-ter) dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, come novellato dall' art. 2, comma 19, della legge 15 luglio 2009, n. 94 recante “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”, che prevede “l'esclusione dalle procedure di aggiudicazione di appalti per coloro che, vittime del reato di concussione ovvero di estorsione, aggravati dalla finalità di favorire associazioni criminali e di stampo mafioso, non risultino aver denunciato i fatti all'Autorità Giudiziaria; e che, nel caso di specie, non appare ipotizzabile la sussistenza della clausola di salvaguardia contenuta nella stessa lettera m-ter), risultando accertato che la scelta non collaborativa dell'imprenditore estorto non è riconducibile allo stato di necessità nel quale questi si trovava, ovvero che in capo allo stesso vi fosse la necessità di salvare se o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona (...) comunica che sussistono i presupposti per giungere alla esclusione dei predetti dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, dal novero dei soggetti a cui possono essere affidati subappalti e da quelli abilitati a stipulare i relativi contratti”, in *www.dir.pen.cont.it*.

È stato infatti presentato al Senato un emendamento al disegno di legge n. 2494 in materia di sicurezza pubblica, finalizzato all'introduzione nel nostro codice penale del reato di "omessa denuncia di richiesta diretta all'estorsione" a carico di tutti gli operatori economici ³⁸⁰.

Il Senato, a commissioni riunite, ha prima di tutto analizzato le finalità sottese all'introduzione di tale illecito penale: "Occorre chiedersi se l'obiettivo della sanzione penale è quello di ottenere la crescita delle denunce di tale specifico reato, ovvero fare anche leva su tale strumento per contrastare l'ingresso della criminalità organizzata nell'economia. In quest'ultimo caso, un profilo di attenzione è evitare una sorta di "delega" al privato cittadino di compiti di controllo del territorio e d'indagine, che sono propri delle istituzioni".

Le commissioni Affari costituzionali e Giustizia hanno infatti rilevato come l'estorsione mafiosa costituisca un fenomeno molto più ampio e generalizzato rispetto alla mera richiesta tradizionale del *pizzo*, poiché "condiziona il libero dispiegarsi delle attività imprenditoriali con tecniche estorsive oramai variegata e non necessariamente violente. D'altronde, il generale monopolio della violenza esercitata dall'organizzazione criminale nel territorio, dà garanzie di credibilità a forme anche indirette, più pervasive e subdole di estorsione".

Le commissioni riunite del Senato hanno inquadrato l'estorsione mafiosa come una particolare ipotesi di corruzione, poiché oramai "la criminalità ha sostituito le tradizionali minacce a forme di "corruzione" in senso lato, talora anche attraverso l'offerta e la fornitura di beni e di servizi a condizioni più vantaggiose (rese possibili dalle ingenti disponibilità di denaro che consentono di praticare prezzi fuori mercato), che danno opportunità di espansione dell'attività imprenditoriale non altrimenti perseguibili (...). Da questa prospettiva, il fenomeno dell'estorsione può essere letto come acquisto "obbligato" di un servizio (*pizzo* concordato) imposto dall'estorsore alla vittima - a differenza di quanto avviene per il reato di corruzione nell'ambito del quale il corruttore "acquista" volontariamente, per l'interesse proprio o dell'impresa per cui lavora, una facilitazione dall'amministratore o dal dipendente pubblico corrotto. In sintesi, la richiesta ai fini di estorsione tende a diventare per l'imprenditore un ordinario fattore esogeno di costo".

Il rischio, quindi, è che "il mascheramento delle richieste estorsive" generi delle "situazioni di contiguità, di collusione e di condizionamento, rispetto alle quali la proposta di introduzione a carico delle "vittime" di una sanzione penale per mancata denuncia non appare idonea ad arginare il

³⁸⁰ Commissioni riunite 1a (Affari Costituzionali) e 2a (Giustizia) del Senato della Repubblica, Disposizioni per la prevenzione e repressione dell'estorsione Disegno di legge n. 2494 in materia di sicurezza pubblica e disegni di legge collegati, Audizione Senato della Repubblica, Roma 25 maggio 2011

fenomeno, sia tenuto conto della commistione di interessi, sia per la difficoltà di individuare il se e il quando maturi concretamente tale obbligo”.

Infatti, se l'introduzione di questa nuova fattispecie non desterebbe alcun tipo di problema per gli imprenditori collusi, oramai inseriti a pieno titolo nel sistema mafioso, al quale apportano il proprio contributo in cambio di vantaggi in termini di protezione e arricchimento - con la conseguenza che risponderanno di associazione mafiosa, a titolo di compartecipi o concorrenti esterni, a seconda dell'entità del contributo apportato e della posizione ricoperta all'interno dell'associazione mafiosa - rispetto alle autentiche vittime del reato, invece, la configurazione di un reato per omessa denuncia richiede valutazioni molto più complesse.

Per queste ultime, infatti, è prima di tutto necessario analizzare le motivazioni sottostanti alla mancata denuncia, perché è inevitabile che queste, una volta subite le richieste estorsive, effettuino un *trade off* tra i costi e i benefici derivanti dalla denuncia, per valutare se i vantaggi riconducibili alla ribellione alle pressioni estorsive, siano superiori ai costi che dovranno sopportare in termini di rischi di ritorsioni personali, perdita dell'attività e dell'azienda o isolamento della stessa.

A tal proposito, ha correttamente osservato il Senato, che: “ a) le potenziali vittime si troverebbero a dover scegliere tra il denunciare e soccombere al rischio di ritorsioni o non denunciare e trovarsi a commettere un illecito penale, strettamente connesso al reato del quale essi stessi sono vittime; b) la persona offesa si troverebbe a subire due pressioni, da una parte quella criminale e dall'altra quella derivante dalla sanzione penale connessa all'omessa denuncia; c) si richiederebbe alla vittima il dovere di assumere un comportamento attivo nella lotta alla criminalità, ma occorre domandarsi se questo dovere non debba più propriamente far capo alle istituzioni; d) l'utilizzo del cittadino-vittima per contrastare il fenomeno criminale, si rileva per completezza, rischierebbe di compromettere uno dei principi fondamentali dell'ordinamento, vale a dire la tutela della persona offesa dal reato”.

Sulla base di tutti gli elementi sopra analizzati, le commissioni riunite del Senato non hanno approvato l'emendamento loro presentato di introduzione di un reato per omessa denuncia a carico della generalità degli imprenditori estorti ³⁸¹, preferendo schierarsi dalla parte di quella corrente dottrinale che ritiene inappropriato combattere la criminalità organizzata tramite la predisposizione di misure punitive a carico delle tradizionali vittime della stessa, poiché il timore delle ritorsioni mafiose sarà -

³⁸¹ Come ricordato da CORVI, *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, in MAZZA-VIGANO' (a cura di), *Il «pacchetto sicurezza»*, Torino, 2009, pag. 352 e ss.

come dimostra la scarsissima percentuale di imprenditori denunciati - nettamente superiore rispetto al timore della misura punitiva ordinamentale.

Se l'obiettivo è quello di aumentare il numero delle denunce di estorsioni, in un tale clima di intimidazione diffusa, sembra molto più utile e appropriato prospettare alle persone offese dal reato la maggiore convenienza, rispetto all'omertà, della collaborazione con la giustizia, piuttosto che delle ripercussioni negative in caso di omissione. Solo se si predispongono "interventi volti a dare più sicurezza e vantaggi a chi si ribella al *pizzo*", si riuscirà ad "accrescere la percezione nelle vittime di un sistema istituzionale in grado di tutelare adeguatamente chi denuncia e di punire l'autore del fatto delittuoso"³⁸².

L'obiettivo è quindi quello di rendere la vittima consapevole dell'esistenza di un'alternativa al gioco criminale, della possibilità di ottenere protezione, in caso di denuncia del fenomeno, da parte dello Stato. Solo un tale meccanismo potrebbe generare un circolo virtuoso dal quale la denuncia scaturirebbe quale comportamento naturale, volontario e non imposto dal timore di incorrere in una sanzione penale.

A tal fine, secondo il Senato e parte della dottrina, la soluzione migliore è quella di elaborare un "modello di intervento integrato" che operi sia sul piano della prevenzione generale, sia su quello della repressione, e che si avvalga non solo del diritto penale, ma utilizzi anche strumenti di carattere civilistico, amministrativo, nonché quelli messi direttamente a disposizione dalla società civile³⁸³.

"Occorrerebbe soprattutto utilizzare la leva degli incentivi/premi a favore delle vittime che denunciano"³⁸⁴, in modo da "contrapporre al "costo innaturale" che hanno subito per effetto delle estorsioni, un corrispondente vantaggio, per il caso che trovino il coraggio di denunciare i parassiti che li taglieggiano. Il diritto cioè dovrebbe operare secondo una logica uguale e contraria a quella che sta a fondamento dell'illecito: al fatto disapprovato, si risponde con una punizione; al fatto moralmente e socialmente approvato, fa seguito un premio. E, poiché la denuncia nei casi di

³⁸² Commissioni riunite 1a (Affari Costituzionali) e 2a (Giustizia) del Senato della Repubblica, Disposizioni per la prevenzione e repressione dell'estorsione Disegno di legge n. 2494 in materia di sicurezza pubblica e disegni di legge collegati, Audizione Senato della Repubblica, Roma 25 maggio 2011

³⁸³ In questo senso SIRACUSA, *L'imprenditore estorto "acquiescente". Tra coazione morale e libertà del volere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pag. 1832 e MILITELLO-SIRACUSA, *L'obbligo di denuncia a carico dell'imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010

³⁸⁴ Commissioni riunite 1a (Affari Costituzionali) e 2a (Giustizia) del Senato della Repubblica, Disposizioni per la prevenzione e repressione dell'estorsione Disegno di legge n. 2494 in materia di sicurezza pubblica e disegni di legge collegati, Audizione Senato della Repubblica, Roma 25 maggio 2011

estorsione mafiosa o di concussione costituisce un fatto non solo approvato ma anche desiderato, essa andrebbe adeguatamente ricompensata”³⁸⁵.

In tale prospettiva, bisogna operare sia sul fronte pubblico che su quello privato.

Per il primo è fondamentale valorizzare i fondi di solidarietà a favore delle vittime dei reati di usura, estorsione e criminalità organizzata di stampo mafioso, “che danno una garanzia fondamentale a chi decide di opporsi al *racket*: la sicurezza economica. Come noto, l’ottica è quella di risarcire - attraverso la concessione di un’elargizione che consenta di riprendere l’attività economica - tutti coloro che abbiano subito danni a causa di attività estorsive, spesso legate a fatti di usura, per aver deciso di collaborare con le istituzioni o di smettere di pagare il *pizzo*. Ma l’utilizzo dei mutui di solidarietà non è sempre agevole: un primo intervento potrebbe essere quello di assicurare tempi rapidi nell’erogazione dei contributi; è necessario ridurre le lentezze che caratterizzano l’attuale *iter* di concessione dell’elargizione, oggi troppo strettamente legato ai tempi della giustizia e della burocrazia”³⁸⁶.

Oltre a ciò, esistono varie tipologie di premi che possono essere riconosciuti agli imprenditori per la finalità suddetta: la dottrina ha messo infatti in evidenza, oltre ai sussidi economici, “agevolazioni fiscali, incentivazioni pubbliche nel ricorso al mercato dei capitali, corsie preferenziali nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, riduzione dei tempi della burocrazia, inclusione in elenchi di imprenditori preferiti dai consumatori critici, curati da apposite associazioni impegnate sul fronte dell’*antiracket*”³⁸⁷.

Tuttavia, non sembra che dei sussidi riconosciuti *ex post* a titolo di risarcimento del danno, quando ormai il reato si è già consumato, possano essere sufficienti.

Per il Senato, infatti, sarebbe più opportuno “anticipare la soglia di intervento, al fine di evitare che alla stessa ricorrano soggetti ormai “decotti” che vedono nella denuncia e nel successivo accesso al fondo l’unica soluzione perseguibile, piuttosto che la fattiva possibilità di proseguire la propria attività economica. In tal senso, occorrerebbe separare l’ipotesi del soggetto che merita l’elargizione

³⁸⁵ MILITELLO-SIRACUSA, *L’obbligo di denuncia a carico dell’imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 356

³⁸⁶ Commissioni riunite 1a (Affari Costituzionali) e 2a (Giustizia) del Senato della Repubblica, *Disposizioni per la prevenzione e repressione dell’estorsione Disegno di legge n. 2494 in materia di sicurezza pubblica e disegni di legge collegati*, Audizione Senato della Repubblica, Roma 25 maggio 2011

³⁸⁷ MILITELLO-SIRACUSA, *L’obbligo di denuncia a carico dell’imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 356

quale “mero ristoro” al danno subito, rispetto a quella in cui sia concretamente possibile favorire la ripresa dell’attività economica. In quest’ultima ipotesi, potrebbe essere utilizzata la struttura tecnica della garanzia da prestare sulle linee di credito già esistenti, che consente di contrarre i tempi tecnici necessari per l’elargizione dei fondi a valere sul Fondo di solidarietà”³⁸⁸.

Per il settore privato, invece, posto che il rischio è quello dell’isolamento sociale e finanziario dell’imprenditore estorto, poiché gli istituti di credito potrebbero decidere di non riconoscere finanziamenti a dei “soggetti a rischio”, non tanto sul piano della meritevolezza del credito, ma piuttosto su quello della probabilità di ritorsioni mafiose, causando così la crisi dell’impresa estorta - nonostante non siano stati registrati da parte della Banca d’Italia episodi tanto frequenti da diventare sintomatici di un *modus operandi* diffuso - è allora necessaria, in via preventiva, un’attività di sensibilizzazione del sistema bancario per scongiurare l’eventualità di scelte basate su tali elementi e, in via repressiva, chiedere chiarimenti in tal senso alle banche che abbiano negato finanziamenti ad operatori economici considerati a rischio, come già ha fatto la Banca d’Italia per alcuni casi segnalati dal Commissionario Antiracket e Antiusura, così da diffondere il messaggio “che la circostanza che il richiedente abbia subito atti estorsivi o di usura, ferma restando la necessità di preservare criteri di sana e prudente gestione nell’erogazione dei prestiti, non può costituire un elemento ostativo alla concessione del finanziamento”.

In conclusione, il Senato, dopo aver ricordato che esistono già nel nostro ordinamento una serie di sanzioni comminate nei confronti dell’estorto non denunciante - a partite dall’art. 38 comma 1 lettera *m ter* del codice dei contratti pubblici che prevede l’esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti, oltre a una serie di misure sanzionatorie di carattere regionale³⁸⁹ e gli

³⁸⁸ Dello stesso parere SIRACUSA: “Probabilmente, esiti migliori si potrebbero conseguire sul versante dell’innescio e del rafforzamento di una tendenza ad invertire la rotta nelle relazioni estorto-estorsore, se si agisse direttamente, oltre che sul terreno della riparazione ex post dei danni subiti, anche sul nucleo dei motivi che in genere condizionano le scelte degli imprenditori; per esempio offrendo loro, in aggiunta al ristoro patrimoniale *post delictum*, anche misure di sostegno finanziario ex ante da attivare nei casi di denuncia della tentata estorsione subita e altre tipologie di incentivi in grado di rendere a monte meno conveniente la soluzione di assecondare le richieste estorsive”, SIRACUSA, *L’imprenditore estorto “acquiescente”. Tra coazione morale e libertà del volere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, cit. pag. 1832 e 1833.

³⁸⁹ Il Senato ricorda infatti gli interventi per la ricostruzione post-terremoto in Abruzzo: “Le linee guida fornite dal Comitato di Coordinamento per l’Alta Sorveglianza delle Grandi opere del Ministero dell’Interno hanno, infatti, individuato alcuni strumenti al fine di porre in essere avanzati presidi di prevenzione del rischio di infiltrazione mafiosa. In tale contesto è previsto che i tentativi di estorsione, posti in essere con qualsivoglia forma e modalità, debbano essere immediatamente denunciati. In caso di mancata osservanza dell’obbligo di denuncia, tale comportamento omissivo, in

interventi della Banca d'Italia³⁹⁰ - anche se nessuno di tali meccanismi punitivi opera a livello penale, li ha ritenuti in ogni caso indubbiamente idonei a responsabilizzare i consociati contro la criminalità organizzata, nonché a ridurre “in maniera significativa i rischi di condizionamento e di inquinamento nelle scelte pubbliche”, senza che sia necessario né opportuno introdurre un'ulteriore responsabilità, di natura penale, a carico delle vittime del giogo mafioso.

Per tali motivazioni, la proposta di introduzione del reato di “omessa denuncia di richiesta diretta all'estorsione” non è stata approvata dal Senato della Repubblica.

- ***La linea di confine tra “imprenditore vittima” e “imprenditore colluso”***

L'ultimo aspetto fondamentale che si deve affrontare all'interno del presente capitolo, per inquadrare correttamente la posizione dell'imprenditore che sia entrato in contatto con un'associazione mafiosa, attiene alla distinzione tra la posizione della “vittima” e quella del “colluso”.

Secondo una definizione fornita dai nostri giudici di legittimità “è colluso l'imprenditore in rapporto sinallagmatico con la cosca, con vantaggi per entrambi i contraenti, mentre è vittima l'imprenditore che non viene a patti e intimidito cede all'imposizione, subendo il danno ingiusto”³⁹¹. Per la categoria dei “collusi”, quindi, “il legame con il sistema mafioso è frutto di un calcolo razionale e dell'assunzione di un comportamento volontario, al fine di beneficiare del “servizio di protezione”

analogia con quanto previsto nel citato codice dei contratti pubblici, potrà essere valutato dal soggetto aggiudicatore ai fini dell'irrogazione della sanzione consistente nella perdita del contratto”, Commissioni riunite 1a (Affari Costituzionali) e 2a (Giustizia) del Senato della Repubblica, *Disposizioni per la prevenzione e repressione dell'estorsione Disegno di legge n. 2494 in materia di sicurezza pubblica e disegni di legge collegati*, Audizione Senato della Repubblica, Roma 25 maggio 2011

³⁹⁰ “Per i profili di competenza, la Banca d'Italia ha invitato gli intermediari a porre la massima attenzione alle forme di criminalità che avrebbero potuto essere attratte dal flusso di denaro pubblico destinato alla ricostruzione delle aree colpite dal sisma; in tal senso l'Unità di Informazione Finanziaria ha diramato uno schema operativo volto ad agevolare, ai fini della segnalazione di operazioni sospette, l'individuazione di possibili anomalie sotto il profilo soggettivo e oggettivo”, Commissioni riunite 1a (Affari Costituzionali) e 2a (Giustizia) del Senato della Repubblica, *Disposizioni per la prevenzione e repressione dell'estorsione Disegno di legge n. 2494 in materia di sicurezza pubblica e disegni di legge collegati*, Audizione Senato della Repubblica, Roma 25 maggio 2011

³⁹¹ Cass. Pen., Sez. II, n. 24771/2015

offerto dalla criminalità in cambio di prestazioni di varia natura; in tale contesto, si evidenzia un rapporto di reciprocità nella relazione estorsiva”³⁹².

Eppure, nonostante tale differenza tra le due categorie imprenditoriali sia astrattamente evidente, i giudici si sono molto spesso trovati in seria difficoltà nel momento in cui hanno dovuto decidere in ordine alla assoluzione o alla condanna dell'imprenditore per la sua “contiguità compiacente” all'associazione mafiosa ai sensi dell'art. 416 *bis*.

Come emergerà dalla sentenza che di seguito verrà analizzata, infatti, la collusione non implica automaticamente l'assenza di coartazione morale, ma al contrario l'aspetto dell'assoggettamento al giogo mafioso permane, a livelli variabili, a seconda dello stato psicologico in cui versa l'imprenditore, anche nel colluso, rendendo perciò estremamente difficoltosa, sul piano pratico, la distinzione tra l'autentica vittima e il complice.

L'individuazione della linea di confine tra imprenditore colluso e quello estorto è infatti tuttora oggetto di un acceso dibattito e di importanti “analisi socio-criminologiche e storico-politiche”, che vengono spesso tenute in considerazione dai giudici ai fini della decisione del caso concreto.

In particolare, è stato all'interno della sentenza *Cabib*³⁹³ che i giudici di legittimità, considerando che la prassi giudiziaria è estremamente incerta sulla linea di confine tra vittima e complice, hanno cercato di tracciare un più chiaro criterio di distinzione tra le due figure, cominciando con l'analizzare i risultati degli studi socio-criminologici sugli “innumerevoli modi in cui il rapporto mafia-impresa si aggroviglia in un nodo stretto e insidioso” che spesso porta a scoprire che “oltre il velo di apparente legalità” delle condotte degli imprenditori estorti, si cela in realtà una rete di collaborazione consolidata e permanente con l'associazione criminale.

La Corte ha individuato in primo luogo, sulla base degli studi socio-criminologici sopracitati, tre diversi punti di vista dai quali può essere osservato il rapporto mafia-impresa: quello dell'impresa, quello della merce o prodotto venduto e infine quello dell'imprenditore.

- 1) Il primo è il punto di vista dell'impresa: in questo caso, il rapporto si snoda sulla base di una prospettiva che possiamo definire “oggettiva”: “l'attenzione viene concentrata sull'attività

³⁹² Commissioni riunite 1a (Affari Costituzionali) e 2a (Giustizia) del Senato della Repubblica, *Disposizioni per la prevenzione e repressione dell'estorsione Disegno di legge n. 2494 in materia di sicurezza pubblica e disegni di legge collegati*, Audizione Senato della Repubblica, Roma 25 maggio 2011

³⁹³ Cass. Pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, *Cabib*, in *Il Foro Italiano*, 1999

d'impresa e sul modo in cui questa si struttura e ristrutturata di volta in volta, venendo in contatto in vario modo con l'organizzazione mafiosa”.

Il percorso evolutivo dell'impresa, secondo i giudici, si snoda lungo tre fasi: si muove dalla “impresa mafiosa (caratterizzata dalla mafiosità del suo titolare formale, dei metodi utilizzati e della formazione del capitale); la seconda tipologia è quella “di proprietà del mafioso”, in cui il titolare è un semplice prestanome (mentre il capitale è sempre di origine mafiosa e anche l'imprenditore effettivo è un mafioso), e infine “l'impresa a partecipazione mafiosa”, la più complessa e diffusa, che anche se nata come impresa legittima, inizia col tempo a istituire rapporti di reciproca collaborazione con le organizzazioni criminali.

L'impresa mafiosa è quindi contraddistinta da due elementi fondamentali, i quali possono coesistere oppure essere presenti alternativamente: l'origine criminale-mafiosa del capitale e/o la peculiare capacità competitiva dell'impresa sul mercato, conseguenza della forza intimidatrice derivante dall'appartenenza del proprietario effettivo ad un'associazione mafiosa, che gli consente di imporre regole di comportamento a tutti gli altri operatori economici ed eliminare la concorrenza sul mercato.

Questa figura d'impresa, nata essenzialmente nel settore della proprietà fondiaria col fine di sostituire il vecchio proprietario terriero con l'esponente dell'associazione criminale, a partire dagli anni '60 si è diffusa capillarmente nel settore dell'edilizia e dei lavori pubblici, pur mantenendo sempre la caratteristica della titolarità formale dell'impresa in capo all'esponente mafioso, con conseguente spendita del nome dello stesso.

È stato tra la fine degli anni '70 e gli inizi degli anni '80, che si è iniziata ad affermare la tendenza dei mafiosi a diversificare i propri investimenti, utilizzando i profitti derivanti dalle varie aziende originarie, non tanto per rafforzare e incrementare la produttività di tali aziende, ma piuttosto per costituire nuove imprese operanti nello stesso o in altri settori produttivi.

È stato in tale differente contesto che si è sviluppata la nuova figura dell'“impresa di proprietà del mafioso”, in cui la titolarità formale spetta all'imprenditore, ma in realtà l'attività è indirettamente e segretamente gestita dal clan, senza che questo sia costretto a palesarsi tramite la spendita del proprio nome, come invece accadeva in passato.

È infatti preferibile utilizzare come prestanome un imprenditore la cui appartenenza a Cosa Nostra sia ovviamente sconosciuta alle forze dell'ordine, e che possieda precisi requisiti professionali, poiché “questi soggetti non si limitano a svolgere un'azione di copertura formale delle proprietà e

dell'impresa del mafioso, ma vengono incaricati della gestione dell'impresa e dispongono di poteri relativamente autonomi nell'ambito dei compiti loro assegnati”.

Il controllo da parte dei mafiosi, quindi, “comincia dalla terra, si sposta sui mulini, e poi diviene controllo dell'impresa”.

- 2) Per quanto riguarda il secondo punto di vista, quello della “merce o del prodotto venduto”, i giudici si sono rifatti in una certa misura all'opinione già espressa qualche anno prima dal tribunale di Palermo ³⁹⁴ in ordine alla natura ambivalente del bene “protezione privata” offerto in cambio della collaborazione all'imprenditore colluso, mettendo in evidenza la sua natura al contempo “rassicurante e minacciosa”: la prima “evoca l'immagine di un riparo sicuro offerto da un amico potente; la seconda evoca l'imposizione di un tributo, un prezzo per la tranquillità, imposto per evitare un più grave danno”, richiamando di seguito la figura del “guardiano” o “campiere”, la cui reputazione basta ad assicurare l'effetto intimidatorio desiderato.

Quella creata dalla protezione è una vera e propria “polizia privata”, basata sull'ambiguità del rapporto che si instaura tra protetto e protettore, che crea il sistema della c.d. “estorsione controllata”. È tramite la vendita del bene protezione, che la mafia trova i suoi clienti nei vari settori di attività produttiva. “Vi è una profonda ambiguità tra estorsione e protezione: il pagamento iniziale di una somma di danaro, che nell'immediato consente il superamento dell'inimicizia dei malfattori, può progressivamente trasformarsi in un vero e proprio rapporto di reciproco e vantaggioso scambio”.

- 3) L'ultimo punto di vista adottato è stato quello dell'imprenditore”, che possiamo definire “soggettivo”, in quanto con esso si è osservato il fenomeno della contiguità mafiosa dal punto di vista degli operatori economici operanti in zone ad alta densità mafiosa, partendo dal presupposto che questi siano in un certo modo costretti a fare i conti con la loro presenza sul territorio, e studiando il modo in cui questi si comportano nel momento in cui entrano in contatto con l'associazione criminale. Sotto tal profilo, i giudici hanno ritenuto che non sia corretto inquadrare il rapporto mafia-imprenditore come un rapporto a senso unico, ma piuttosto come “un'interazione che si sviluppa in un quadro di vincoli e di opportunità, in cui

³⁹⁴ Cass. Pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib, in *Il Foro Italiano*, 1999

c'è spazio per le valutazioni e le preferenze degli imprenditori, così come per il calcolo dei costi e dei benefici connessi al tipo di relazione da attivare”.

In particolare, secondo la Cassazione, non bisogna sottovalutare il fatto che sia proprio la condotta tenuta dagli imprenditori a influenzare notevolmente quelle che saranno le dinamiche del rapporto instaurato con Cosa Nostra, poiché se anche la mafia invita gli operatori ad essere “cooperativi” nei suoi confronti, poi non c'è dubbio che il conseguente rapporto di collaborazione avrà maggiore o minore intensità a seconda della disponibilità alla collaborazione dell'imprenditore: “non bisogna dimenticare che per alcuni operatori economici la mafia rappresenta un vincolo, per altri un'opportunità”.

In tale prospettiva, si può distinguere l'imprenditore vittima da quello colluso, poiché mentre al primo è imposta una “**protezione passiva**”, in quanto è costretto ad un rapporto non interattivo basato sulla coercizione e l'intimidazione, motivo per il quale spesso tali imprenditori evitano di estendere la propria attività produttiva, “autoeliminandosi” dal mercato, proprio perché percepiscono la presenza mafiosa come un pericolo per i propri affari, i collusi, al contrario, stringono con la mafia un rapporto di “**protezione attiva**” di tipo “interattivo”, fondato, oltre che sulla coercizione, anche su un patto di fedeltà, così che la relazione possa diventare reciprocamente vantaggiosa.

Tuttavia, anche nella categoria degli imprenditori collusi, bisogna fare delle sotto distinzioni, poiché il livello di coercizione e il conseguente potere contrattuale degli stessi, può essere nelle varie ipotesi molto variabile.

In particolare, la Cassazione ha distinto le due figure dell’“**imprenditore strumentale**” e dell’“**imprenditore cliente**”.

- Il primo è considerato un imprenditore forte che è in grado di far valere la propria volontà nel rapporto con l'associazione criminale, perché consapevole della sua capacità finanziaria (generalmente si tratta di imprenditori a capo di imprese di vaste dimensioni, che operano nel settore degli appalti pubblici, e hanno quindi un maggiore potere contrattuale nei confronti del clan mafioso).

Questi imprenditori stipulano con la mafia un “compromesso di carattere condizionale e contingente”, che non ha una valenza perpetua, ma dev'essere rinegoziato in occasione di ogni nuovo affare, e la

presenza della mafia è percepita come una sorta di costo aggiuntivo, che si “tenta di far ricadere sull’ente appaltante”.

I mafiosi, dal canto loro, hanno interesse a collaborare con quegli operatori economici che risultano maggiormente ben disposti ad un rapporto di reciproca utilità, tramite lo scambio tra la protezione offerta dal clan e la partecipazione, generalmente a titolo di subappaltanti, nell’appalto vinto dall’imprenditore.

- La seconda variante della collusione è quella dell’“imprenditore cliente”. In questo caso non si ravvisa l’esistenza di un mero rapporto collaborativo occasionale, ma una totale compenetrazione della mafia nell’attività lavorativa dell’imprenditore, col quale si stabilisce “un’interazione diadica asimmetrica” fortemente personalizzata.

L’imprenditore, infatti, non si limita a fare delle “concessioni” alla mafia in cambio di proprie utilità, ma è fortemente sottoposto alla coercizione mafiosa, fino al punto di svolgere nei confronti della stessa una vasta gamma di prestazioni, che vanno dalla trasmissione di informazioni confidenziali, alla facilitazione dell’accesso a determinati contesti politici o finanziari, fino alla costituzione di vere e proprie società.

Allo stesso tempo, nonostante il forte assoggettamento e la limitazione della libertà d’azione del “cliente”, quest’ultimo non può considerarsi una vittima, poiché accetta di buon grado tale assoggettamento in cambio di una protezione e di un suo arricchimento economico o “ascesa sociale”.

Una volta osservato il fenomeno della contiguità mafiosa da tutti gli angoli visuali possibili, è necessario, per delineare un chiaro criterio distintivo tra la vittima e il complice dell’associazione mafiosa, considerare le circostanze del caso concreto ed evitare delle astratte generalizzazioni.

Sulla base delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità nella sentenza *Cabib*, infatti, possiamo affermare che “nella valutazione dei rapporti tra mafie e imprenditori, l’indagine del giudice non può fondarsi su aprioristici e astratti stereotipi socio-criminali, la cui applicazione come massime d’esperienza conduce a generalizzate criminalizzazioni, o viceversa, al riconoscimento di vaste aree di impunità, entrambe altrettanto ingiustificate perché svincolate da un effettivo e serio vaglio delle variabili e contingenti peculiarità della singola fattispecie; piuttosto, il giudice, al fine di individuare la linea di confine tra lecito e illecito, può tener conto, con la dovuta cautela, anche dei risultati di

indagini storico-sociologiche, come utili strumenti di interpretazione dei risultati probatori, dopo averne vagliato, caso per caso, l'effettiva idoneità ad essere assunti ad attendibili massime di esperienza e, principalmente, dopo aver ricostruito sulla base dei mezzi di prova a sua disposizione, gli specifici e concreti fatti che formano l'oggetto del processo”³⁹⁵.

In particolare, la Cassazione in tale pronuncia, ha criticato il criterio della “contiguità soggiacente” utilizzato dai giudici di merito e definito “ambiguo”, per il pericolo di una “indiscriminata giustificazione della illegalità diffusa”, e ha individuato nella “condizione di ineluttabile coartazione” il criterio idoneo a distinguere le ipotesi in cui “l'imprenditore è complice delle organizzazioni criminali, da quelle nelle quali egli è la vittima, soggetto passivo delle attività delinquenti”³⁹⁶, anche se ha allo stesso tempo ammesso il limite di tale affermazione, posto che gli stessi studi socio criminologici sopra riportati dimostrano che in realtà l'aspetto intimidatorio e coercitivo derivante dal vincolo associativo mafioso permangono, in misura variabile, anche nell'imprenditore colluso.

Per questi motivi, l'unica soluzione, secondo la Corte, rimane quella di valutare la condotta dell'imprenditore nel caso concreto sottoposto all'attenzione dei giudici, che nello svolgimento della loro attività, entrano in contatto con le associazioni criminali, rilevando che dalle varie esperienze giurisprudenziali, la realtà che emerge è piuttosto “inquietante”, ovvero che il rapporto che si stringe è, anche se in modo variegato, spesso volto ad un reciproco vantaggio: “l'esperienza processuale dimostra che, in molti casi, proprio nelle pieghe di quelli che potrebbero sembrare comportamenti neutri, o magari semplicemente equivoci, si annidano gli aspetti di un'insidiosa, quanto certa, illiceità penale”.

Sembra quindi che debba essere proprio il criterio del reciproco vantaggio a condurre il giudice all'assoluzione dell'imprenditore perché vittima o alla condanna come complice, oltre ad altri elementi della condotta, che secondo la Corte possono ma non devono necessariamente concorrere: “il suo carattere cooperativo e tendenzialmente continuativo, il suo esplicarsi in prestazioni diffuse a favore del sodalizio criminoso che non risultano necessariamente connesse all'attività imprenditoriale esercitata, il carattere altamente personalizzato del rapporto di scambio, l'intrecciarsi tra le finalità

³⁹⁵ Cass. Pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib, in *Il Foro Italiano*, 1999

³⁹⁶ In una sentenza di merito di poco successiva, il Tribunale di Palermo, conformandosi ai criteri dettati nella Sentenza Cabib, afferma che è proprio dalle contingenze concrete, che appare in modo evidente che non può essere vittima l'imprenditore che “assume l'iniziativa nei confronti dell'organizzazione criminale al fine di ottenere una “protezione a pagamento”, poiché la condizione di ineluttabilità che deve connotare lo stesso non si può conciliare, a detta della Corte, con l'intrattenimento di trattative al fine della delineazione del contratto di protezione, a meno che non si ravvisi l'esistenza di una minaccia diretta ed esplicita, Trib. Palermo, 28 aprile 2003, in *Il Foro Italiano*, 2003

individuali del *dominus* dell'impresa e quelle associative", poiché è grazie a tali prestazioni diffuse, che si può riconoscere all'imprenditore un ruolo "di sistematico conferimento al sodalizio di tutti vantaggi ricollegabili alla sua posizione professionale e sociale".

Allo stesso tempo, sarà necessario accertare la prevalenza del costo subito dal pagamento del pizzo o del "beneficio innaturale" ottenuto per la propria azienda (linee di credito, appalti, risorse finanziarie ecc.), per stabilire se si sia in presenza di una vittima o di un colluso, soprattutto se si considera che tali benefici si possono tradurre in un aumento tanto improvviso quanto esponenziale del capitale sociale, che può sfociare in un rapporto di vera e propria compartecipazione, trasformando l'imprenditore da "connivente" - poiché agiva solo per un vantaggio, senza essere affiliato con la mafia - a "colluso".

Ed è proprio tale "finalizzazione della condotta" ad ottenere sempre più vantaggi, a detta della giurisprudenza, a distinguere la vittima dal complice, poiché ciò che contraddistingue il colluso è proprio la capacità contrattuale di negoziare con la mafia e di costruire un "rapporto sinallagmatico di *do ut des*, fino a diventare un rapporto circolare di sempre più intensi scambi reciproci, che alla fine si ripercuote negativamente sulla libera concorrenza del mercato".

Tramite questa logica, col passare del tempo, l'imprenditore, anche se non formalmente affiliato a Cosa Nostra, assume un ruolo sempre più importante nell'associazione, poiché grazie alle sue prestazioni consolida e rafforza la posizione di potere del clan nel territorio. Imprenditori che, nonostante tentino di giustificare la propria collaborazione con la mafia sulla base della necessità di scendere a patti con la stessa per poter svolgere la propria attività lavorativa, ottenendo o meno in cambio dei vantaggi (acquiescenti nel primo caso, conniventi nel secondo) in realtà finiscono per instaurare un rapporto di carattere fiduciario e continuativo orientato alla reciproca ascesa sociale ed economica (collusi).

Infine, la Corte ha terminato indicando tutti gli altri requisiti che possono essere sintomatici della collusione dell'imprenditore: l'improvviso aumento del capitale sociale dell'impresa ³⁹⁷ non giustificato dal giro d'affari di cui essa fa parte; la dipendenza dell'impresa da un centro finanziario esterno (soprattutto se almeno in parte occulto), che può in qualsiasi momento negarle credito provocando il suo fallimento, o comunque la facilità nel reperire ingenti risorse finanziarie grazie anche al trattamento privilegiato che riceve quella specifica impresa da parte di banche notoriamente condizionate nelle proprie scelte di concessione del credito dalle organizzazioni criminali; la

³⁹⁷ Eventualmente anche di quella che già prima aveva rapporti con la mafia, ad esempio di tipo estorsivo

frequente realizzazione di movimenti anomali, come la modifica degli amministratori della società, delle persone dei soci, della ragione sociale o del tipo societario ecc., quasi sempre al fine di impedire alle forze di polizia di identificare i reali proprietari della società che si celano dietro i prestanome; la facile aggiudicazione di appalti; la capacità di imporre i prezzi sul mercato grazie alla posizione di monopolio raggiunta ³⁹⁸.

In presenza di tali circostanze, poiché il rapporto tra la mafia e l'imprenditore nasce "in via di fatto" in virtù della comunanza di interessi delle parti e non sulla base di un accordo esplicito, una formale affiliazione dell'imprenditore alla mafia costituisce una rara eccezione, senza che ciò impedisca, secondo la Corte, la classificazione dell'imprenditore come complice *ex art. 416 bis* e non come vittima estorta.

Da qui il principio di diritto che a partire da questa sentenza è sempre stato applicato anche dai giudici di merito successivi, secondo cui risponde a titolo di compartecipe e non va esente da responsabilità in quanto "vittima" "chi, agendo nell'apparente esclusivo esercizio della propria attività imprenditoriale – nel tentativo di celare i propri affari e gli interessi criminosi perseguiti – fornisce un essenziale contributo all'organizzazione mafiosa, nell'ambito della quale risulta fattivamente inserito a prescindere da vincoli di formale affiliazione" ³⁹⁹.

- *La "concussione ambientale": un parallelismo con la fattispecie estorsiva*

L'analisi condotta nel presente capitolo ha dimostrato che la giurisprudenza e la dottrina pressoché unanimi – salvo, come visto, sporadiche eccezioni - negano rilevanza giuridico-penale ai "motivi culturali" che stanno alla base delle scelte imprenditoriali di soggiacere alle richieste criminali: se anche la persona offesa dal reato cede alle pretese estorsive, in quanto aderente a una prassi vigente

³⁹⁸ Può infine riscontrarsi l'esistenza di prestazioni diffuse dell'imprenditore a favore dell'organizzazione criminale, non collegate con l'attività imprenditoriale, come ad esempio lo svolgimento del ruolo di intermediario nella riscossione del pizzo per conto della cosca mafiosa, la trasmissione di informazioni, l'ospitalità a latitanti, deposizioni omertose al fine di depistare gli inquirenti nella ricerca degli intrecci imprenditori-mafia.

³⁹⁹ Trib. Palermo, 28 aprile 2003, in *Il Foro Italiano*, 2003

nel territorio, e non perché propriamente estorto tramite violenza o minaccia, non cesserà per questo di essere vittima per diventare compartecipe nel reato.

In questo si coglie la differenza sostanziale col connivente nell'induzione indebita *ex art. 319 quater c.p.*: in questo caso la presa di posizione legislativa e il successivo intervento chiarificatore giurisprudenziale, analizzati nel precedente capitolo, si sono orientati nel senso che sussista nei confronti del privato una chiara pretesa ordinamentale, dimostrata inequivocabilmente dalla sottoposizione a pena di quest'ultimo, a non essere connivente e a resistere alle richieste illecite della controparte, in quanto la pressione psicologica di cui il privato è "vittima" non assume mai una consistenza tale da rendere la sua volontà coartata e la sua libertà di autodeterminazione compressa a livelli tali da non consentirgli una libera scelta in senso oppositivo alla parte pubblica.

Nel caso della estorsione ambientale, invece, il predominio indiscusso del gruppo mafioso in un dato territorio, e il *metus* implicito che ne deriva, si ritiene idoneo a far sorgere nella vittima uno stato di coazione morale "permanente" o "cronica", che pur in assenza di violenza o minaccia diretta, giustifica la sua mancata presa di distanza dalla perpetrazione del delitto. Motivo per il quale, in questa fattispecie, l'ordinamento non esige che il privato si dissoci dal delitto, o lo denunci, per andare esente da responsabilità penale, ma al contrario continua a considerarlo come vittima nonostante il suo cedimento.

Questo comporta l'avvicinamento della figura dell'"estorto" a quella del "concusso"⁴⁰⁰, piuttosto che a quella del "connivente indotto", in particolare se si presta attenzione al fenomeno della concussione ambientale.

Anche la concussione ambientale, infatti, è una tipica fattispecie "da contesto", creata per via giurisprudenziale al fine di colmare le lacune legislative e adattare la realtà giuridica a quella sociale.

Resa necessaria dall'esperienza vissuta durante il periodo Tangentopoli, caratterizzato dall'impossibilità di rinvenire gli estremi della condotta di costrizione o induzione allora richiesti per l'integrazione del delitto di concussione, la giurisprudenza era stata costretta, "per esigenze di difesa sociale"⁴⁰¹, a creare in via interpretativa una fattispecie *extra codicem* fino ad allora inesistente, denominata appunto "concussione ambientale" che, al pari della estorsione ambientale, consentiva di incriminare il Pubblico Ufficiale anche nel caso in cui, non potendosi ottenere la prova della condotta

⁴⁰⁰ PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano 2008, pag. 149

⁴⁰¹ MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di concussione e corruzione*, in *Arch. Pen.*, I, 2013, pag. 21

induttiva, potesse comunque ritenersi assolto tale requisito a causa dell'effetto di costrizione suscitato nella vittima, in virtù della consapevolezza da parte di quest'ultima della prassi di illegalità vigente nel territorio, e della conseguente "normalità" e "automaticità" del pagamento della tangente - perciò definita "tangente ambientale" – al fine di ottenere l'atto ad essa dovuto.

Va inoltre sottolineato un ulteriore aspetto emerso a causa di Tangentopoli: uno dei fondamentali elementi che ha caratterizzato la concussione durante tale periodo è stato quello della "stabilità", nel senso che è diventata normalità la concezione del pagamento della tangente in relazione a futuri e non meglio precisati favori pubblici, sulla base del presupposto che l'instaurazione di rapporti proiettati nel lungo periodo determinasse, "maggiore affidabilità, (...), scambi differiti nel tempo" ⁴⁰² e, allo stesso tempo, che tale accrescimento della fiducia reciproca rendesse più solidi i rapporti tra concusso e concussore e quindi più credibili le sanzioni - consistenti essenzialmente nell'esclusione dagli scambi futuri - conseguenti al mancato adempimento. In altre parole, si è creata "un'aspettativa di azione cooperativa da parte di un altro attore sufficiente a indurre la cooperazione" ⁴⁰³.

In questa fattispecie, quindi, è "la saldatura tra la classe politica e la amministrazione pubblica" ⁴⁰⁴ ad esercitare una forte pressione nei confronti del privato vittima e ad indurlo a pagare la tangente che, in definitiva, è una sorte di "tassa di iscrizione al sistema di erogazione delle risorse pubbliche" ⁴⁰⁵, la "legge non scritta", la "regola comune" di cui tutti sono a conoscenza, che "assume un valore simbolico, come riaffermazione di un rapporto di sudditanza" ⁴⁰⁶.

Si tratta, quindi, di una fattispecie fondamentalmente costruita sulle dichiarazioni rese dal privato vittima, anche al fine di garantirsi la collaborazione processuale di quest'ultimo, indispensabile dal punto di vista probatorio, data l'impossibilità di rinvenire prove di altro genere a causa del carattere velato e sfumato che la condotta abusiva inevitabilmente assume in tale fattispecie ⁴⁰⁷

⁴⁰² FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pag. 491

⁴⁰³ VANNUCCI, *Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi occulti*, in *Etica degli affari e delle professioni*, 1993, pag. 36

⁴⁰⁴ FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pag. 492

⁴⁰⁵ VANNUCCI, *Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi occulti*, in *Etica degli affari e delle professioni*, 1993, pag. 32

⁴⁰⁶ FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pag. 496

⁴⁰⁷ Aspetto da molti criticato, o meglio ritenuto in contrasto con l'introduzione della fattispecie di induzione indebita, poiché se "proprio le esigenze di difesa sociale avevano portato la giurisprudenza a creare una condizione di sostanziale impunità per il privato, attraverso il ricorso alla concussione ambientale, anziché di corruzione propria, per garantirne la collaborazione sul piano processuale, secondo l'ottica "premiale" dei "ponti d'oro al nemico che fugge", tanto è vero che una fattispecie siffatta era stata anche prevista nel "Progetto Pagliaro" di riforma del codice penale, appare invero

In dottrina, tuttavia, sono sorti vari dubbi sull'ammissibilità di una simile figura, la quale, oltre a creare dei problemi di tassatività in quanto scaturente da un "creazionismo giurisprudenziale"⁴⁰⁸, va in un certo senso a "legittimare" la prassi della tangente mafiosa.

Infatti, se il privato paga la tangente perché consapevole della convenzione tacita vigente nel territorio, e l'ordinamento lo scrimina per tale motivo, la conseguenza che ne deriva è una ratifica ordinamentale della "propria totale inefficienza, riconoscendo che interi apparati dell'amministrazione pubblica sono a tal punto dominati dalla corruttela, da dover "consentire" che i privati paghino per le prestazioni richieste o dovute"⁴⁰⁹. In effetti, è come se l'ordinamento lanciasse ai cittadini il messaggio che, data l'incontrastabilità del fenomeno, non può che prendersi atto della sua esistenza e "mandare gli agnelli tra i lupi"⁴¹⁰.

È altrettanto innegabile, allo stesso tempo, che un'eventuale opzione opposta orientata all'incriminazione del cedimento del privato susciterebbe forse problematiche ancora più pericolose, poiché tale scelta legislativa implicherebbe di fatto - si è sostenuto - l'inaccettabile conseguenza di far gravare sul soggetto debole il prezzo dell'inefficienza ordinamentale di fronte alla criminalità diffusa; significherebbe imporre al privato di opporsi, senza mezzi e risorse paragonabili a quelli di cui dispone la controparte pubblica, a dei soggetti in grado di rovinarlo.

Da qui la scelta che possiamo definire di carattere "intermedio" di escludere da un lato la configurazione di una responsabilità penale di colui - il privato concusso - che è pur sempre vittima di un contesto di criminalità, e, dall'altra, di introdurre anche per la concussione ambientale, nella medesima disposizione inerente alla estorsione ambientale (art. 2 comma 19 della legge 94/2012) un obbligo di denuncia della condotta concussiva subita, a costo di essere esclusi dalle gare di appalti

eccentrica la scelta del legislatore della riforma, che, invece, punisce il privato a prescindere dal comportamento processuale "sterilizzando", in questo modo, un importante strumento di ricerca della prova", MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di concussione e corruzione*, in *Arch. Pen.*, I, 2013, cit. pag. 22

Invece completamente contrario alla creazione della concussione ambientale PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pag. 1316, secondo il quale non c'è spazio nell'ordinamento italiano per questa fattispecie: "la strada per la concussione è alle nostre spalle: l'abbiamo solo smarrita. Si tratta di tornare ai santi vecchi, riscrivendo l'art. 317 c.p. in modo che risulti chiaro e inequivocabile che la costrizione deve dipendere da una minaccia abusiva e l'induzione da un inganno pure determinato dall'abuso dei poteri o della qualità

⁴⁰⁸ In questo senso MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di concussione e corruzione*, in *Arch. Pen.*, I, 2013, pag. 21

⁴⁰⁹ PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pag. 1317

⁴¹⁰ PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pag. 1317

pubblici, in modo tale da responsabilizzare anche in questo caso il soggetto debole in ordine alla tutela del proprio interesse giuridico, senza tuttavia imporgli di dissociarsi dal reato nel momento in cui viene commesso, ma piuttosto di denunciarlo in un momento successivo, e di ricevere in tal modo la tutela ordinamentale.

Da non sottovalutare, inoltre, che nella concussione ambientale, a differenza della estorsione, la giurisprudenza non è stata tanto incline a differenziare le autentiche “vittime” dalle vittime solo apparenti che possono incontrarsi in tale realtà. Perché, anche in questo caso, un conto è il privato che paga per evitare un danno ingiusto, in quanto consapevole del fatto che il pagamento della tangente è l’unico modo per ottenere un atto a lui dovuto, altro conto è il privato che preferisce pagare la tangente per ottenere anch’egli un qualche vantaggio, ed entrare così a far parte della “sagra dei profitti illeciti”⁴¹¹. Ebbene, solo la prima di queste ipotesi sembra rientrare a pieno titolo nelle logiche della concussione e giustificare la non punibilità del privato. Nella seconda, invece, se si considera che il movente del privato è stato il profitto e non il danno, sembra totalmente illogico prevedere una causa di non punibilità per un soggetto che, una volta valutati i pro e i contro, abbia preferito retribuire illecitamente il soggetto pubblico in una prospettiva di vantaggio.

Nonostante ciò, la giurisprudenza è da anni costante nel qualificare come concussione ambientale il pagamento della tangente che trovi causa nel contesto ambientale di riferimento, che sia tale da consentire alla parte pubblica di sfruttare la situazione di dominio mafioso per “indurre” il privato a sottostare alle sue richieste, le quali – nella concussione come nella estorsione ambientale – assumono carattere velato, certamente non qualificabile dal punto di vista formale come minacciose o costrittive. Ha affermato infatti la Cassazione che “nella concussione c.d. ambientale la condotta costrittiva o induttiva del pubblico ufficiale si realizza ed è colta attraverso il riferimento ad una sorta di convenzione tacitamente riconosciuta, che il soggetto attivo fa valere ed il privato subisce, nel contesto di una comunicazione resa più semplice per il fatto di richiamarsi a regole già “codificate”, seppur implicitamente”⁴¹².

⁴¹¹ PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze “improcrastinabili” di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pag. 1318

⁴¹² Cass. Pen., Sez. VI, n. 12175/2005, in *De Jure*; Trib. Roma, 20 luglio 2000, in *De Jure*: “Il dato caratterizzante la concussione ambientale è rappresentato dal fatto che la costrizione o, più normalmente per la tipologia in esame, l’induzione da parte del pubblico ufficiale, può realizzarsi anche attraverso il riferimento a una sorta di convenzione tacitamente riconosciuta, che l’agente pubblico fa valere e il privato subisce, nel quadro di una comunicazione resa più semplice nella sostanza e più sfumata nelle forme per il fatto di richiamarsi a condotte già “codificate”, di guisa da corroborare e confermare nel privato medesimo - magari attraverso condotte di suggestione tacita, ammissioni, silenzi - di versare nell’ipotesi d’ineluttabilità del pagamento, per prassi in tal senso”, fermo restando che, a differenza degli anni ’90 in cui la Cassazione – ad es. nella famosa sentenza Cusani del 1994 -

A seguito di tale disamina sulle caratteristiche di tale fattispecie di creazione giurisprudenziale, appaiono senza dubbio più evidenti i punti di contatto con la per molti versi analoga figura dell'estorsione ambientale.

Dando oramai per assodato che anche nella concussione ambientale la giurisprudenza ritiene integrato il delitto, pur in assenza della violenza o della minaccia di cui all'art. 317 c.p. - essendoci una semplificazione delle modalità comunicative tra le parti coinvolte, e bastando il pagamento della tangente appunto ambientale, a causa dello stato di coazione morale in cui versa il soggetto passivo, a causa della criminalità dominante nel territorio e della prassi di assoggettamento ivi vigente - sembra che "più che alla fattispecie oggettiva, comunque non dissimile (...), l'assimilazione tra le due condotte criminose sia stata possibile per il rilievo che, per entrambe, assume il contesto di riferimento per la realizzazione del fatto; estrapolate dal suddetto, infatti, ambedue le condotte trovano una sensibile diminuzione su base statistica, tanto della loro rilevanza, quanto della loro frequenza"⁴¹³.

Ciò che possiamo ulteriormente evidenziare, sul piano dell'assimilazione tra le due fattispecie, è che in entrambe, al di là del fatto che il soggetto agente sia soggetto privato (estorsione) o pubblico (concussione), quest'ultimo non si trova in una posizione di parità rispetto alla controparte: se nella concussione il privato è vittima della condotta delittuosa del concussore, allo stesso modo, nella estorsione, è vittima dell'estorsore, ed è per questo che quella che può apparentemente sembrare una semplice richiesta da ricondurre al rapporto negoziale tra le parti, e quindi ovviamente priva di rilevanza penale, costituisce in realtà un comportamento intimidatorio idoneo a coartare la volontà del destinatario, senza la necessità di ulteriori accertamenti in ordine alla sussistenza dell'elemento della minaccia o violenza dei due delitti in argomento.

Quando la persona offesa cede alle pressioni estorsive pagando quanto richiesto, a prescindere dalle ragioni per le quali abbia assunto tale decisione, non per questo cessa di essere vittima per diventare complice. La sua decisione è infatti frutto della coartazione morale subita, e mai di una scelta totalmente libera da condizionamenti o timore di ritorsioni.

tendeva a riconoscere la sussistenza e la punibilità dell'ambientalità a prescindere dall'individuazione di uno specifico atto d'ufficio, poiché ad assumere rilievo era "non l'atto in sé, ma l'abuso delle qualità o delle funzioni da parte del pubblico ufficiale", negli ultimi anni, invece, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto non potersi prescindere, al di là del fatto che il contesto renda penalmente rilevanti condotte che altrimenti sarebbero insignificanti, "da uno specifico e ben individuato comportamento costringitivo o induttivo del pubblico ufficiale", Cass. Pen., Sez. VI, n. 45276/2008, in *De Jure*; Cass. Pen., Sez. VI, n. 11946/2013, in *De Jure*

⁴¹³ DEROMA, *Il delitto di estorsione ambientale*, nota a sentenza Cass. Pen., Sez. II, n. 53652/2014, in *Cass. Pen.*, 2015, pag. 2290 e ss.

Risulta quindi totalmente irrilevante, sul piano giuridico-penale, il motivo culturale che determina il soggetto all'azione; questo rimane nella sfera puramente interna dello stesso, senza che possa incidere sulla integrazione del reato o sulla inesigibilità del comportamento della vittima, poiché la scelta di sottostare alle richieste non può essere equiparata ad un volontario consenso.

- *Considerazioni conclusive*

Nel complesso, l'analisi della giurisprudenza e della disciplina legislativa in materia di estorsione condotta all'interno del presente capitolo, ha chiaramente portato alla luce che il nostro sistema ordinamentale non sia probabilmente ancora pronto ad un'autentica responsabilizzazione della parte debole del rapporto.

Da un lato, la giurisprudenza, oramai da tanti anni, è assolutamente inamovibile nel negare qualsiasi rilevanza giuridico-penale ai moventi dell'azione dell'estorto - cioè se abbia agito al fine di evitare le possibili ritorsioni mafiose derivanti dalla mancata accondiscendenza alle pretese estorsive, ovvero perché, sulla base di un calcolo utilitaristico, abbia ritenuto preferibile per la propria incolumità fisica ed economico-professionale aderire alla convenzione tacita di subordinazione e di dominio mafioso pur di restare incolume - dall'altra, anche l'atteggiamento legislativo ha dimostrato chiaramente una scarsa propensione per la responsabilizzazione del soggetto debole del rapporto e, soprattutto, per il contrasto diretto del fenomeno estorsivo.

In Italia, infatti, a differenza della Germania, non ha avuto particolare successo la teoria della vittima dogmatica, che in una prospettiva di valorizzazione dei principi di sussidiarietà e di *extrema ratio* dell'intervento penale, mirava ad una responsabilizzazione della vittima del reato ad un livello tale da mandare esente da responsabilità il soggetto agente, quando il privato, pur avendo la concreta capacità e possibilità di tutelare da sé l'interesse giuridico di cui è titolare, non si sia adoperato con ogni mezzo per contrastare la condotta criminosa, arrivando così a depenalizzare alcune condotte che siano perfettamente tipiche, solamente in virtù dell'atteggiamento di arrendevolezza mantenuto da colui che è pur sempre vittima di quelle condotte.

Al contrario, l'ordinamento italiano, sulla base del presupposto che l'accoglimento di una simile impostazione avrebbe avuto come immediata conseguenza, *in primis*, il pericolo di assicurare

l'impunità ai clan mafiosi, proprio in quei casi in cui le dinamiche tacite che connotano il rapporto tra reo e vittima, e che rendono non chiaramente percepibile la minaccia da quest'ultima subita, oscurino lo stato di profonda soggezione psicologica che la concussione ambientale comporta, e in secondo luogo, che in assenza di un intervento statale a tutela del soggetto considerato non meritevole - poiché non attivo in ordine alla autotutela del proprio bene - si creasse la pericolosissima prassi, per i soggetti più deboli, di ricercare la difesa e la protezione che l'ordinamento non offre presso le associazioni criminali, il legislatore italiano ha preferito mantenere un'impronta garantista nei confronti del soggetto estorto, classificandolo sempre alla stregua di una vittima, a prescindere dalle motivazioni culturali alla base della sua condotta di cedimento, introducendo, al massimo, un obbligo di denuncia in capo a quest'ultimo dell'estorsione - e della concussione - subita.

Per quanto non paragonabile alla "criminalizzazione" della condotta del soggetto passivo che non si sia dissociato dal reato, l'introduzione di un obbligo a carico dell'imprenditore estorto o concusso di denunciare il fatto di cui sia stato vittima, a pena di esclusione dalle gare di appalti pubblici, ha senz'altro rappresentato una innovativa presa di posizione legislativa e un punto di svolta in ordine alla volontà ordinamentale di non giustificare sempre e comunque il cedimento del soggetto debole del rapporto, di fronte allo strapotere della controparte, facendo leva sul fatto che l'estorsione, così come la concussione, pur avendo una capacità coartante, non annullano *in toto* la libertà di autodeterminazione di chi le subisce. Libertà che, in questa nuova ottica legislativa, dev'essere sfruttata, se non per opporsi alla condotta criminosa nel momento in cui viene posta in essere, per lo meno per denunciarla una volta che sia stata portata a compimento.

Sembra, a parere di chi scrive, che tale presa di posizione legislativa abbia evidenti punti di contatto col tema della connivenza punibile.

Infatti, per quanto le fattispecie in questione non siano paragonabili all'induzione indebita, che - come sostenuto nel precedente capitolo - rappresenta l'esempio più evidente di una pretesa ordinamentale nei confronti del privato a non essere connivente, nel senso di dissociarsi dal reato per non rispondere a titolo di compartecipe dello stesso - in ogni caso la scelta legislativa di responsabilizzare la parte debole del rapporto, ponendo a suo carico un obbligo di denuncia, sembra voler lanciare il chiaro messaggio dell'esigibilità di una dissociazione *ex post* dal reato, andando a colpire, in caso di mancato adempimento di tale obbligo, le prospettive lavorative dell'imprenditore che partecipi a gare di pubblici appalti.

Perciò, per quanto sia innegabile che la previsione di una sanzione consistente nella esclusione dalle gare di appalti possa avere un'efficacia deterrente nei confronti dei soli imprenditori che partecipino a tale gare, lasciando fuori tutte le categorie imprenditoriali che svolgano altri tipi di attività, e che sarebbe stato perciò più appropriato introdurre un obbligo di denuncia generalizzato, sembra che in ogni caso l'importanza di tale primo segnale di reazione dell'ordinamento alla prassi di adesione alla criminalità diffusa non venga meno.

È altrettanto innegabile, tuttavia, che il legislatore si sia arrestato a tale innovazione, poiché di fronte ad alcune proposte di riforma più sostanziose ha fatto un passo indietro.

In primis, a fronte della proposta di introdurre un vero e proprio reato di “omessa denuncia di richiesta diretta all'estorsione” a carico di tutti gli operatori economici, il Senato ha risposto negativamente, sulla base della considerazione che l'illecito di omessa denuncia, sanzionato con l'esclusione dalle gare di appalto, fosse ampiamente sufficiente all'interno di un clima di intimidazione diffusa, che genera uno stato di soggezione particolarmente elevato, come dimostrato inequivocabilmente dalla scarsissima percentuale di imprenditori denunciati rivelata dal progetto Gloders.

In secondo luogo, di fronte al progetto di introduzione di una fattispecie che, tramite l'art. 629 *bis* c.p., colmasse il vuoto normativo in materia di criminalità da contesto – in questo caso l'estorsione ambientale - incriminando (con il D.L. 419/1991) delle condotte estorsive commesse dalle sole associazioni mafiose di cui all'art. 416 *bis* c.p., anche in questo caso il legislatore ha fatto un passo indietro, sostituendo il testo proposto dal governo con una semplice aggravante a effetto speciale rispetto ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis*.

Sembra quindi che il legislatore abbia preferito contrastare l'incondizionata adesione da parte dei soggetti estorti alla prassi del pagamento del *pizzo* - senza trasformare tuttavia la vittima di estorsione in soggetto attivo di un altro reato, come dimostrato, si ribadisce, dall'introduzione dell'**illecito** di omessa denuncia e dalla mancata introduzione, d'altro canto, del **reato** di omessa denuncia – piuttosto che cercare di dare una contropinta al fenomeno in questione, andando a colpire le sue fondamenta, come probabilmente avrebbe consentito, almeno in una prima fase di assestamento, l'introduzione della nuova fattispecie di estorsione da parte delle associazioni mafiose tramite l'art. 629 *bis*. Come se tale arrendevolezza ordinamentale costituisse una sorta di ammissione di impotenza di fronte ad un fenomeno ormai da considerarsi parte integrante ineliminabile del territorio italiano, rispetto al quale non esiste nessuna soluzione, se non quella di accettarlo – esattamente come accade

anche nella concussione ambientale – e di spingere semmai il soggetto estorto a fungere da contro spinta sociale rispetto ad esso.

In conclusione, possiamo affermare che il legislatore è stato molto chiaro in ordine alla qualificazione giuridica della posizione dell'imprenditore estorto: la coazione morale di cui egli è indiscutibilmente vittima impedisce la pretesa ordinamentale di qualsiasi condotta oppositiva o ribelle. Il massimo che si può pretendere dall'imprenditore estorto è una denuncia *ex post* del delitto già subito, non certamente una dissociazione *ex ante* dallo stesso come si pretende invece dal privato indotto. Ed è in questa prospettiva di forte tutela legislativa dell'imprenditore, che tutte le proposte di criminalizzazione della sua condotta omissiva (proposta di introduzione del reato di omessa denuncia dell'estorsione) o di aggravamento della sua posizione, sono sempre state *tout court* respinte.

CAPITOLO III

I CONFINI TRA CONCORSO DI PERSONE E CONNIVENZA

3.1 Cenni introduttivi

Come anticipato in sede introduttiva, la riflessione dalla quale ha preso le mosse il presente elaborato attiene all'ambivalente ruolo della connivenza e ai suoi confini con il concorso di persone. È stato infatti precedentemente rilevato come la giurisprudenza ampiamente maggioritaria, se non unanime, utilizzi la categoria della connivenza esclusivamente come “argomento *a contrario*” per indicare quelle condotte di mera inerzia o passività, che non assumano dei connotati partecipativi abbastanza rilevanti in termini causali da essere qualificate come condotte concorsuali. Si tratterebbe di “mera connivenza”, quindi non punibile.

Eppure, l'analisi fino a questo momento condotta, sia con riferimento alle persone fisiche - in particolare, nel settore della pubblica amministrazione e in quelli ad essa affini – sia con riguardo agli enti, ha dimostrato come anche una condotta di “mera passività” possa in realtà dare luogo ad una responsabilità sostanzialmente penale, in alcuni casi consentendo essa soltanto di integrare la fattispecie di reato descritta astrattamente dalla norma incriminatrice - come accade nell'induzione indebita, la quale si può realizzare solamente in presenza di un contegno passivo di mancata opposizione alla pretesa pubblica, o nell'ipotesi della responsabilità da reato dall'ente, il quale abbia omesso di dotarsi del modello di organizzazione e gestione prescritto dall'art. 5 del D. lgs. 231/2001 - in altri casi assumendo rilevanza in virtù del particolare contesto ambientale di svolgimento dei fatti - come accade nell'estorsione o nella concussione ambientale, fattispecie nelle quali è proprio l'ambiente di criminalità diffusa a dare rilievo a condotte meramente passive che altrimenti sarebbero prive di qualsiasi rilevanza penale, ma che in quel contesto assumono un preciso ed inequivocabile significato intimidatorio e coercitivo della volontà.

Esistono infine due ultime ipotesi da analizzare nella presente trattazione che, come si vedrà in seguito, hanno dei risvolti estremamente significativi sul piano della “connivenza punibile”.

Partendo dal presupposto che la categoria della connivenza, se correttamente intesa, ha in realtà una portata molto più ampia di quanto vogliano far credere la dottrina e la giurisprudenza quasi unanimi, può osservarsi come tale contegno di “mera passività e inerzia” - seppur ricostruito a livello normativo

e giurisprudenziale in termini differenti rispetto all'impostazione adottata da chi scrive - risulti costantemente riscontrabile in due varianti del concorso di persone nel reato, quali il concorso mediante omissione e il concorso morale, nelle quali, può già anticiparsi, ad essere sanzionato dal legislatore è proprio la mancata dissociazione dal reato del soggetto qualificato come "compartecipe" dello stesso, il quale in realtà spesso non è né più né meno che un connivente punibile.

3.2 Il contributo causale nel concorso di persone

Prima di soffermarci specificatamente sul concorso mediante omissione e su quello morale, è necessario, per inquadrare correttamente la questione, analizzare, senza alcuna pretesa di completezza, la fattispecie generale del concorso di persone, con particolare riguardo alla controversa questione del nesso di causalità tra la condotta partecipativa e l'evento.

La scelta del legislatore italiano, infatti, a differenza di altri ordinamenti – e in particolare di quello tedesco che ha tipizzato i vari tipi di apporti dei compartecipi ⁴¹⁴ - è stata quella di incriminare in via generica chiunque concorra nel medesimo reato (art. 110 c.p.), senza precisare esattamente quali siano le condotte punibili a titolo di concorso.

Da qui il tentativo, sia della dottrina che della giurisprudenza, di fornire almeno livello interpretativo le risposte ai quesiti lasciati insoluti da parte del legislatore a causa della mancata predisposizione di un criterio vincolante legislativamente fissato, tramite l'indicazione del criterio di individuazione dei contributi idonei a dar luogo a responsabilità concorsuale.

⁴¹⁴ Il legislatore tedesco infatti distingue tra autore, coautore, istigatore, determinatore, complice

- *Il modello causale*

Il modello sposato dal codice penale vigente e sostenuto dalla dottrina tradizionale⁴¹⁵ è senz'altro quello "classico" il quale, basandosi sulla teoria tradizionale di carattere deduttivo, tratta in modo indifferenziato le condotte dei vari compartecipi, senza considerare che la condotta oggetto di analisi può attenersi alla fase preparatoria del reato plurisoggettivo, ed esaurirsi in quest'ultima sotto il profilo della sua efficacia causale rispetto all'evento, oppure può attenersi alla fase meramente esecutiva del delitto.

È tuttavia indiscutibile che tale impostazione lasci insolute una serie di questioni che, come vedremo, alcuni giuristi contemporanei hanno tentato di superare elaborando delle "varianti" rispetto alla classica teoria causale⁴¹⁶.

- *La teoria della "conditio sine qua non"*

All'interno del modello causale-deduttivo si colloca certamente la teoria c.d. "condizionalistica pura", la quale, applicando il criterio della *conditio sine qua non* dell'azione del compartecipe rispetto al fatto tipico, in una prospettiva "individualizzante"⁴¹⁷ che mira a imputare un evento concreto a una condotta concreta, restringe inevitabilmente l'ambito di applicabilità dell'art 110 c.p.⁴¹⁸, posto che richiede un accertamento *ex post* estremamente rigoroso.

⁴¹⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2009, pag. 507; ROMANO-GRASSO, *Art. 110 c.p., Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2012, pag. 174 e ss.

⁴¹⁶ Ad esempio M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, Padova, 2013 ha elaborato una concezione c.d. "trasversale" della compartecipazione criminosa, basata sull'assunto che "l'evento, quale risultato del dispiegarsi delle varie energie umane, non sempre corrisponde ad un modello concausale a catena, nel quale cioè ogni anello trae forza e significato dalla concausa precedente; quanto piuttosto sembra riflettere una sorta di concausalità addizionale, in cui ogni elemento, pur non mostrando una diretta relazione con l'evento, può rivelare le sue potenzialità concausali, fondendosi con il tutto"

⁴¹⁷ DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pag. 519

⁴¹⁸ VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1365

Secondo questa teoria, che per più di cent'anni ha dominato nel mondo giuridico, “è causa ogni condizione senza la quale l'evento non si sarebbe verificato”, sulla base di un ragionamento di carattere controfattuale (*counterfactual theory of causation*) che si basa sulla “eliminazione mentale di un fattore reale”, ovvero sulla “sua aggiunta ipotetica nelle condotte omissive o nelle condizioni negative” per verificare se, a seguito di questa operazione mentale, l'evento si sarebbe comunque verificato, e privando di rilevanza penale, in caso di riscontro positivo, quei fattori che risultino *ex post* influenti in ordine alla causazione del reato, fermo restando che nel diritto penale esistono solo “condizioni contingentemente necessarie”, spesso sostituibili o efficienti solo se cumulate ad altre 419”.

Calata la teoria nel contesto specifico del concorso di persone sono necessarie una serie di considerazioni: *in primis* non potranno classificarsi come causali quei contributi che non siano stati *conditio sine qua non* dell'evento nel senso che, una volta eliminati mentalmente a posteriori, non avrebbero impedito “forse o probabilmente” la realizzazione del reato.

Inoltre, la teoria condizionalistica sembra svolgere, all'interno del 110 c.p., una “funzione valutativa”, in quanto appunto valuta il diverso peso, sotto il profilo del nesso eziologico, delle condotte dei vari concorrenti: dato che le condizioni, nel significato reale e giuridico del termine, devono essere tutte equivalenti tra di loro, ne consegue che non potranno essere considerate tali quelle necessarie (*sine quibus non*) e quelle non necessarie, perché imputare all'autore di queste ultime l'evento di reato che probabilmente si sarebbe verificato anche senza il suo apporto, significherebbe violare il principio di personalità della responsabilità. Da questo si deduce che la teoria della *conditio sine qua non* non sia una teoria della responsabilità per fatto proprio 420.

- ***Le teorie della “agevolazione” e dell’“aumento del rischio”***

Data la notevole restrizione dell'area della punibilità derivante dall'applicazione del criterio della *conditio sine qua non* può agevolmente comprendersi il tentativo di parte della dottrina di temperare

⁴¹⁹ DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pag. 519

⁴²⁰ DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011

questa rigida impostazione, attraverso le teorie della “causalità agevolatrice o di rinforzo” e dell’“aumento del rischio”.

Sia la prima teoria, che nasce nella dottrina tedesca ⁴²¹ e che si accontenta, a differenza di quella condizionalistica, di una condotta che semplicemente agevoli la realizzazione del reato, determinando così un aumento delle sue *chances* di realizzazione, senza che costituisca *conditio sine qua non* del reato stesso ⁴²², sia la seconda che richiede un contegno che apporti un “contributo apprezzabile” all’evento delittuoso ⁴²³, vanno ad estendere nuovamente l’area del penalmente rilevante ⁴²⁴.

La teoria agevolatrice è stata poi ulteriormente estremizzata da alcuni autori ⁴²⁵ e soprattutto dai giudici della Cassazione i quali ⁴²⁶, ritenendo sufficiente, ai fini dell’integrazione della fattispecie, un giudizio prognostico basato sulla “idoneità *ex ante*” della condotta, senza una verifica *ex post* da effettuarsi nel caso concreto, hanno ridotto i tratti differenziali tra il concorso di persone “punibile” e la connivenza “non punibile”, “essendo indubbio che il contegno passivo tenuto da un soggetto dinanzi alla commissione di un reato, o nonostante tale consapevolezza, possa obiettivamente risolversi in un contributo idoneo (di certo *ex ante*) a renderne più agevole la consumazione, non frapponendo ostacoli alla sua realizzazione ⁴²⁷”, mentre al contrario, restando fedeli alle tesi che sostengono la necessità di un accertamento *ex post*, risulta estremamente complesso riconoscere uno spazio effettivo di operatività alla connivenza, a causa della necessità di accertare, nel caso concreto,

⁴²¹ CLASS, *Die Kausalität der Behilfe*, in *Festschrift für Ulrich Stock*, Würzburg, 1966

⁴²² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2009

⁴²³ Cass. Pen., 11 marzo 1991, in *Riv. pen.*, 1992, pag. 498: E’ sufficiente che la condotta di partecipazione consista in “un comportamento esteriore che arrechi un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l’agevolazione dell’opera degli altri concorrenti e, in sostanza, che il partecipe, per effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l’esecuzione, abbia aumentato le possibilità di produzione dell’evento, perché in forza del reato associativo diventano sue anche le condotte degli altri concorrenti”

⁴²⁴ *Contra* GRASSO, *Disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, in STILE A.M. (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, pag. 131 e ss. a causa del “rischio di dare spazio a comportamenti che sono privi di un effettivo collegamento con la determinazione volitiva e il successivo comportamento dell’istigato, e si esauriscono in una mera adesione morale alla condotta dell’esecutore”

⁴²⁵ PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966; ALBEGGIANI, *Imputazione dell’evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. Pen.*, 1997, pag. 403 e ss.

⁴²⁶ Cass. Pen., Sez. VI, n. 7621/2014 che richiede che “il concorrente abbia posto in essere un comportamento esteriore idoneo ad arrecare un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l’agevolazione degli altri concorrenti, e che il concorrente, per effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l’esecuzione, abbia aumentato la possibilità di realizzazione della fattispecie rilevante”

Massime precedenti conformi: Cass. Pen., Sez. IV, n. 24895/2007, in *De Jure*; Cass. Pen., Sez. VI, n. 36818/2012, in *De Jure*; Cass. Pen., Sez. VI, n. 4383/2013, in *De Jure*; Cass. Pen., S.U., n. 22327/2003, Carnevale, in *De Jure*, che considera sufficiente la mera idoneità del contributo dell’*extraneus*

⁴²⁷ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, Padova, 2013

che il comportamento passivo del connivente abbia rafforzato il proposito criminoso del soggetto agente ⁴²⁸.

L'apice dell'astrattezza è stato però raggiunto con la sentenza Doronzo ⁴²⁹ la quale, considerando "sufficiente la dimostrazione della obiettiva idoneità, in base alle regole della comune esperienza, della condotta posta in essere dal concorrente, a produrre sia pure in misura modesta il suddetto rafforzamento", ha *in primis* superato il criterio della idoneità *ex ante* dell'azione del compartecipe - posto che non richiede la "prova positiva" che, senza quell'azione, il proposito non sarebbe stato attuato, ma una semplice agevolazione di carattere anche minimo, senza alcun tipo di verifica *ex post* - e, allo stesso tempo, ha consacrato la tendenza della giurisprudenza di legittimità ad inquadrare in questi casi il concorso di persone all'interno della sotto figura del concorso psichico o morale, sotto il profilo del rafforzamento dell'altrui proposito criminoso.

- ***L'abbandono del criterio della "idoneità ex ante": la sentenza Franzese***

Questa impostazione, basata sul criterio di tipo prognostico, sostenuta dalla giurisprudenza nelle varie sentenze sopra citate, è stata definitivamente disconosciuta all'interno della sentenza Franzese ⁴³⁰ la quale, affrontando il tema del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità medica, ha avuto risvolti pratici anche in materia di concorso di persone nel reato.

Le Sezioni Unite, all'interno di questa sentenza, hanno infatti definitivamente superato l'impostazione estremamente rigorosa a cui si era ispirato l'orientamento giurisprudenziale precedente - che richiedeva "serie ed apprezzabili probabilità di successo del comportamento dovuto, ma omesso, da parte del medico ⁴³¹ " - passando ad un'impostazione garantista basata su un doppio grado di accertamento del nesso causale, da effettuarsi "oltre ogni ragionevole dubbio": viene infatti richiesto al giudice, in primo luogo, di rinvenire la legge scientifica di copertura applicabile nel caso concreto e, in un secondo momento, di raggiungere la prova logica del nesso causale, sussumendo il

⁴²⁸ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, Padova, 2013

⁴²⁹ Cass. Pen., Sez. I, n. 8763/1999, in *De Jure*

⁴³⁰ Cass. Pen., S.U, n. 30328/2002, in *De Jure*

⁴³¹ IADECOLA, *Breve commento sulla sentenza Franzese*, in *www.sied.it*

fatto concreto all'interno della legge di copertura, sulla base degli ordinari criteri probatori utilizzati nel processo penale.

Viene in questo modo sancita la netta distinzione tra il mondo scientifico e quello giuridico, dimostrata dal fatto che per raggiungere la certezza giuridica l'aspetto fondamentale non è l'esistenza di una legge scientifica ad elevata probabilità statistica - servendo quest'ultima solamente a individuare "una correlazione di tipo astratto tra accadimenti, ma ancora priva di valore sulla prova del nesso causale nel caso concreto"⁴³² - ma il momento chiave dell'accertamento si consuma nella seconda fase, in cui il giudice reperisce la prova logico-razionale del nesso di causalità, su un piano di "elevata credibilità razionale", "elevata credibilità logica", "oltre ogni ragionevole dubbio"⁴³³, questa volta quasi corrispondente alla certezza che quella determinata condotta abbia causato quel determinato evento.

È evidente il grande merito della sentenza Franzese: aver sancito l'esistenza di un onere, in capo al giudice, di accertare, prima di pronunciare una sentenza di condanna, che "nel caso concreto non esistano, al di là di ogni ragionevole dubbio, altre possibili spiegazioni dell'evento, diverse da quella formulata dall'accusa, dovendosi pervenire ad una soluzione assolutoria, qualora residui un dubbio ragionevole sulla possibilità di ascrivere l'evento a fattori diversi, ai quali l'imputato sia rimasto estraneo"⁴³⁴.

Non può tuttavia prescindere dal considerare un aspetto che non è stato affrontato all'interno della pronuncia delle Sezioni Unite, e che è stato successivamente fatto presente dalla dottrina.

Infatti, l'ostacolo che inevitabilmente si pone se si tenta di applicare il principio di diritto sancito nella sentenza Franzese alla fattispecie concorsuale, deriva dalla sostanziale assenza di leggi scientifiche di copertura relative al nesso causale tra la condotta e il reato di concorso, rischiando così di vanificare la seconda fase dell'accertamento costituita dalla "probabilità logica"⁴³⁵.

In altre parole, la soluzione affermata dalle S.U. consistente nell'ammettere l'esistenza del nesso causale purché non si abbia la prova di un fattore alternativo a cui ascrivere l'evento - anche quando

⁴³² M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, Padova, 2013

⁴³³ IADECOLA, *Breve commento sulla sentenza Franzese*, in www.sied.it

⁴³⁴ VIGANO', *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in www.dir.pen.cont.it, 2013

⁴³⁵ INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pag. 563-574; M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, Padova, 2013

le leggi scientifiche di copertura siano sprovviste di un'elevata probabilità statistica – determinerebbe, secondo autorevole dottrina, una vera e propria “aporia logica, giacché non è possibile l'individuazione di fattori alternativi, laddove non è chiara a monte la sussistenza del rapporto causale, sostituita soltanto da un aumento del rischio⁴³⁶”.

A ciò consegue, seguendo tale percorso argomentativo, la necessaria sostituzione delle leggi scientifiche con “consolidate massime d'esperienza”: è infatti evidente che il giudice potrà correttamente motivare in ordine alla mancanza di fattori causali alternativi “oltre ogni ragionevole dubbio”, solo nella misura in cui disponga di consolidate massime d'esperienza che gli consentano di conoscerne l'(in)esistenza. Se però si considera la tendenza alla “flessibilizzazione del paradigma condizionalistico”⁴³⁷, cioè a stemperare il criterio della *conditio sine qua non*, accontentandosi di una condotta di carattere agevolativo, la questione dell'assenza di leggi scientifiche di copertura perde rilevanza.

L'obiettivo, infatti, non sarà quello di “scoprire il modo in cui la cassaforte sia stata aperta, ma se il trapano fornito a quello scopo, ma poi di fatto inutilizzato, sia un fattore causale anche se, una volta eliminato mentalmente, non fa venir meno la realizzazione del furto”⁴³⁸.

Se si aderisce a questa teoria, quindi, l'unico quesito che il giurista si deve porre è se una condotta di per sé non tipica, in quanto non corrispondente a quella descritta nella norma incriminatrice, si possa considerare penalmente rilevante, in quanto abbia apportato un contributo agevolativo alla commissione del reato, e non se quella specifica condotta sia stata *conditio sine qua non* dell'evento.

3.3 La conferma del modello causale nel diverso caso del concorso esterno in associazione mafiosa

Sul tema del nesso di causalità nel concorso di persone la Suprema Corte è stata più volte chiamata a pronunciarsi anche con riferimento alla differente fattispecie del concorso esterno in associazione mafiosa, aderendo a orientamenti differenti in ordine alla esatta tipizzazione del “contributo causale”.

⁴³⁶ MANNA, *Corso di diritto penale, parte generale*, 3^a ediz., Cedam, 2015, cit. pag. 202

⁴³⁷ INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007

⁴³⁸ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, Padova, 2013

Si ripercorreranno, solamente a fini di completezza della trattazione, i percorsi argomentativi fatti propri dalle due principali sentenze delle Sezioni Unite pronunciate sul tema.

- ***La sentenza Carnevale***

In un primo momento le S.U. della Cassazione, come risulta chiaramente dalla sentenza Carnevale⁴³⁹, si sono orientate nel senso che, ferma restando la necessità di “concretezza, specificità e rilevanza”, dal punto di vista causale, del contributo apportato al rafforzamento dell’associazione criminosa, è indifferente che all’*extraneus* sia contestata un’attività continuativa o un intervento occasionale⁴⁴⁰, perché in entrambi i casi “dovrà valutarsi esclusivamente se la pluralità o l’unica attività posta in essere, per il grado di concretezza e specificità che la distingue e per la rilevanza causale che esprime, possa ritenersi idonea a conseguire il risultato sopra menzionato”.

Inizialmente, quindi, viene accolto dalle Sezioni Unite il criterio della “idoneità”, anche se non tutta la dottrina concordava sull’interpretazione del requisito in questione, optando qualche autore per l’accertamento prognostico *ex ante*, e qualcun altro per quello *ex post*⁴⁴¹.

- ***La sentenza Mannino***

Un completo capovolgimento della questione – influenzato senza dubbio dal recepimento della sentenza Franzese sotto il profilo dell’accertamento del nesso di causalità in base a una “generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica, universale o statistica”⁴⁴² - è stato effettuato con la sentenza Mannino⁴⁴³, nella quale la Cassazione si è dapprima soffermata nuovamente sulla

⁴³⁹ Cass. Pen., S.U., n.22327/2002, in *De Jure*

⁴⁴⁰ DINACCI, *Concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso*, in *www.treccani.it*

⁴⁴¹ In tale direzione FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Leg. pen.*, 2003, cit. pag. 695

⁴⁴² Cass. Pen., S.U., n. 30328/2002, Franzese

⁴⁴³ Cass. Pen., S.U., n. 33748/2005, Mannino

individuazione dell'ambito di rilevanza penale, dal punto di vista causale, della condotta del concorrente esterno, sancendo, in linea con quanto già affermato dalle Sezioni Unite ⁴⁴⁴, che “assume il ruolo di “concorrente esterno” il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione e privo dell' *affectio societatis*, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo espliciti un'effettiva rilevanza causale e quindi si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione (o, per quelle operanti su larga scala come “Cosa nostra”, di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale)” ⁴⁴⁵, collocandosi quindi nello schema della *conditio sine qua non*. Ma, soprattutto, ha preso chiaramente posizione contro il criterio prognostico, motivando sul punto nel senso che “non è sufficiente una valutazione *ex ante* del contributo, in termini di mera probabilità di lesione del bene giuridico protetto, ma è necessario un apprezzamento *ex post*, in esito al quale sia dimostrata, alla stregua dei comuni canoni di “certezza processuale”, l'elevata credibilità razionale dell'ipotesi formulata in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del concorrente” ⁴⁴⁶.

Nella sentenza in questione, quindi, i giudici di legittimità hanno bandito definitivamente il criterio dell'accertamento effettuato *ex ante*, richiedendo esplicitamente che venga valutata *ex post* l'idoneità causale della condotta del concorrente esterno in ordine al consolidamento del *pactum sceleris*, e inoltre - a differenza della sentenza pronunciata sul medesimo caso dalla Corte d'Appello, impugnata dal ricorrente in quanto sostenitrice della efficacia causale della “mera disponibilità” manifestata da Mannino nell'incontro con Pennino e Vella – ha precisato al contrario che non basta la “mera disponibilità o vicinanza” del concorrente esterno per potersi considerare assolto l'onere probatorio sull'esistenza del nesso di causalità, delineando piuttosto uno “*status*” che presuppone lo svolgimento di “un ruolo dinamico e funzionale, in esplicazione del quale l'interessato “prende parte” al fenomeno associativo, rimanendo a disposizione dell'ente per il perseguimento dei comuni fini criminosi” ⁴⁴⁷.

Concludendo, dunque, può affermarsi che la condotta del concorrente esterno deve avere una reale efficacia contributiva in ordine alla lesione del bene giuridico protetto, costituito dall'ordine pubblico, essendo totalmente irrilevanti quegli apporti, come la promessa di una prestazione poi non adempiuta

⁴⁴⁴ Cass. Pen., S.U., n. 22327/2002, Carnevale

⁴⁴⁵ Cass. Pen., S.U., n.33748/2005, Mannino.

Sentenze conformi: Cass. Pen., Sez. VI, n. 29458/2009, in *Cass. Pen.* 2009; Cass. Pen., Sez. I, n. 2703/20120; Cass. Pen., Sez. VI, n. 542/2007; in *Cass. pen.* 2008

⁴⁴⁶ Cass. Pen., S.U., n. 33748/2005, Mannino

⁴⁴⁷ Cass. Pen., S.U., n. 33748/2005, Mannino

che, seppure ad una preliminare valutazione prognostica possano apparire potenzialmente idonei, risultino *ex post* “inutili o addirittura controproducenti”⁴⁴⁸.

3.4 Il concorso di persone nei progetti di riforma del codice penale

Tornando al concorso di persone, va rilevato come l’adesione da parte dei giudici della sentenza Franzese al criterio della *conditio sine qua non* abbia determinato, secondo alcuni autori, una sorta di “aggiramento”⁴⁴⁹ delle problematiche legate alla teoria condizionalistica “pura” che, come precedentemente analizzato, la dottrina ha cercato di mitigare tramite il criterio agevolativo.

In tale prospettiva, si comprende l’atteggiamento di *favor* per la teoria della “causalità agevolatrice o di rinforzo” che risulta chiaramente da tutti i Progetti di riforma del codice penale i quali, mantenendo costante la propensione per il modello causale, hanno al contempo descritto in termini più analitici rispetto al codice Rocco, seppur con varie differenze tra progetto e progetto, le varie condotte atipiche dei concorrenti, prestando particolare attenzione al contributo agevolativo.

Infatti, ad eccezione del Progetto Riz del 1995, che si è limitato a sostituire la formula “minima importanza” di cui al vigente art. 114 c.p., con quella di “limitata importanza del contributo”⁴⁵⁰, tutti gli altri Progetti di riforma hanno fatto passi in avanti sul piano della tipizzazione delle condotte dei concorrenti.

- Progetto Pagliaro

Cominciando dal progetto Pagliaro, va considerato che questo, a differenza del codice Rocco che equipara sotto il profilo normativo e sanzionatorio le condotte dei compartecipi, ha distinto nettamente tra la figura del **concorrente** e quella dell’**agevolatore**, precisando che, mentre il primo

⁴⁴⁸ Uff. Ind. Prel., Reggio Calabria, Sez. I, n. 192/2006, in *Guida al diritto*, 2007

⁴⁴⁹ INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007

⁴⁵⁰ INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007

è colui che ha arrecato un “contributo necessario” alla realizzazione del fatto in concorso ⁴⁵¹, l’agevolatore si caratterizza per aver reso “più probabile, più pronta o più grave la realizzazione dell’evento offensivo” ⁴⁵², arrivando a disporre, nei confronti di quest’ultimo, un’attenuante, posto che la differenziazione del contributo causale non può che comportare la previsione di una responsabilità differenziata dei compartecipi.

Come già era stato ammesso nella stessa Relazione al Progetto ⁴⁵³, la prima critica mossa alla proposta di riforma ha messo in luce la sua eccessiva indeterminatezza, in quanto la Commissione si è limitata a differenziare le figure del concorrente e dell’agevolatore, senza però procedere alla creazione di determinate “figure tipiche” (determinatore, istigatore, complice ecc.), costringendo in questo modo l’interprete a basarsi solamente, nella qualificazione giuridica del responsabile, sul fatto che questo abbia contribuito in termini di necessità o probabilità alla realizzazione del reato.

La scelta della Commissione, in definitiva, sembra da un lato aver vanificato quelle che erano le ragioni ispiratrici del Progetto, adottato proprio per sopperire al difetto di tipizzazione del codice Rocco e, dall’altra, è apparsa priva di fondamento sul piano logico, in quanto il fatto di reato, “assunto nella sua massima astrazione”, non sembra incompatibile con una maggiore tipizzazione delle condotte concorsuali ⁴⁵⁴.

- ***Progetto Grosso***

Il successivo tentativo di riforma è stato realizzato col “Progetto Grosso” del 1998, il quale ha fatto un ulteriore passo in avanti sul piano della tipizzazione delle condotte dei compartecipi.

⁴⁵¹ Ancora INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007

⁴⁵² Art. 26 Progetto Pagliaro, in PAGLIARO, *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Giust. pen.*, 1993, pag. 244 e ss. “concorre nel reato chi, nella fase ideativa, preparatoria o esecutiva, da un contributo necessario, o quanto meno agevolatore, alla realizzazione dell’evento offensivo. Si concorre per agevolazione solo nei casi in cui la condotta ha reso più probabile, più pronta o più grave la realizzazione dell’evento offensivo”

⁴⁵³ “Non v’è dubbio che anche la formula proposta potrebbe essere contestata per un insufficiente livello di determinatezza; ma in proposito occorre tener presente che la tipizzazione della condotta concorsuale, dovendo necessariamente basarsi sul riferimento al modo in cui si è contribuito alla realizzazione di un fatto di reato, assunto nella sua massima astrazione, incontra un limite di connotazione strutturale che è, per così dire, nella natura stessa delle cose”, *Relazione Commissione Pagliaro*, in www.ristretti.it

⁴⁵⁴ PAGLIARO, *Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Giust. pen.*, 1993, pag. 184

Infatti, dopo aver sottolineato nuovamente i difetti di tassatività e tipicità del codice Rocco, ha sposato una soluzione che si trova a metà strada tra il codice del 1930 e il progetto Pagliaro: con la formula “concorre nel reato chiunque partecipa alla sua esecuzione, ovvero determina o istiga altro concorrente, o ne agevola l'esecuzione fornendo aiuto o assistenza”⁴⁵⁵, ha optato per un'impostazione da un lato “sufficientemente elastica da non circoscrivere arbitrariamente l'area di punibilità, creando vuoti di tutela” e, nel contempo sufficientemente “orientativa” in sede di applicazione della legge penale”⁴⁵⁶; è stata infatti la stessa Relazione al Progetto a prevedere che il giudice sarà costretto a individuare e motivare adeguatamente in ordine alla presenza e al tipo di apporto causale alla realizzazione del reato⁴⁵⁷.

L'equità del bilanciamento tra principi è stata del resto confermata dalla Corte di Cassazione, la quale ha riconosciuto al progetto Grosso il merito di aver optato, non per una “elencazione” delle varie tipologie di condotte, data la generalità delle formule utilizzate (agevolazione, partecipazione, rafforzamento), ma per una descrittività e determinatezza equilibrata, ai fini del rispetto dei principi di tassatività e tipicità legale⁴⁵⁸.

- ***Progetto Nordio***

Scelta opposta è stata in seguito effettuata dal “progetto Nordio” nel quale, al contrario del precedente, la Commissione ha deciso di procedere, all'interno dell'art 43 del titolo IV, ad una elencazione casistica delle ipotesi di partecipazione, prevedendo che “concorrono nel reato coloro che contribuiscono alla sua realizzazione con atti di esecuzione o di partecipazione. Costituisce partecipazione la promozione, l'organizzazione, la direzione e l'agevolazione del reato”, passando poi ad analizzare specificatamente il contenuto di ogni contributo, e in particolare qualificando come agevolazione “l'aiuto o l'assistenza” che rendano “più pronta e sicura” la realizzazione del reato, il

⁴⁵⁵ Art. 45, comma 1, Progetto Grosso

⁴⁵⁶ *Lavori Commissione Grosso. Relazione preliminare*, in www.ristretti.it

⁴⁵⁷ *Lavori Commissione Grosso. Relazione preliminare*, in www.ristretti.it

⁴⁵⁸ Non d'accordo, invece, altra parte della dottrina, che ha ritenuto che il progetto Grosso abbia mostrato un'eccessiva “timidezza” nelle novità apportate, mantenendosi fondamentalmente sulla stessa linea impostata dal codice Rocco. “Nessuna rivoluzione quindi, solo una riforma minima dell'assolutamente indispensabile”, DONINI, *La relazione della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1 ottobre 1998. Considerazioni critiche-costruttive in tema di colpevolezza*, in *Crit. dir.*, 1999, cit. pag. 316

fornire “mezzi o strumenti”, eliminare impedimenti o promettere un aiuto anticipatamente ⁴⁵⁹, spianando così la strada ad una critica esattamente opposta rispetto a quella relativa al codice Rocco, in quanto legata alla eccessiva descrittività delle condotte, nonché al mancato coordinamento tra la previsione di quattro tipologie di apporti causali e le relative pene, che invece sono le medesime per tutti i concorrenti, salva un’attenuante prevista per l’agevolatore in caso di “oggettiva modestia del contributo”.

- *Commissione Pisapia*

L’ultimo è stato il Progetto della Commissione Pisapia il quale, limitandosi a prevedere la necessità che il compartecipe apporti un “contributo causale alla realizzazione del fatto” ⁴⁶⁰, a detta della dottrina pressoché unanime, è stato estremamente deludente, se non sostanzialmente inutile, poiché non ha aggiunto nulla di nuovo rispetto a quanto già previsto dal vigente codice Rocco.

3.5 Le dottrine tedesche: teorie alternative al modello causale

Per concludere, allontanandosi dal modello classico della causalità, è alla dottrina tedesca che dev’essere attribuita la paternità di una serie di teorie alternative a quella causale, che sono state successivamente accolte anche da una parte della dottrina italiana:

- La prima era la teoria della accessorialità - secondo cui la tipicità della condotta principale descritta nella norma incriminatrice viene estesa a quelle atipiche dei compartecipi nel reato, i quali pongono in essere le c.d. azioni secondarie, che acquisiscono rilievo solo se poste in

⁴⁵⁹ Art. 43, Progetto Nordio

⁴⁶⁰ Art. 20, comma 1, lett. a della bozza di articolazione presentata al seminario di Siracusa presso l’ISISC, 21-23 giugno 2007

relazione al fatto principale⁴⁶¹ – la quale, con le due varianti della “accessorietà estrema”, che richiede che l’autore del reato abbia posto in essere una condotta principale in concreto punibile, e della “accessorietà limitata”, che invece prescinde dalla punibilità in concreto e richiede solamente “un’azione principale obiettivamente antiggiuridica”⁴⁶², evidentemente si è mossa su un piano completamente diverso da quello sposato dal modello causale, coerentemente all’opzione prescelta dal legislatore tedesco, che ha preferito tipizzare e descrivere analiticamente le condotte dei singoli concorrenti

- Teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale: le questioni lasciate irrisolte dalla teoria dell’accessorietà, legate alle ipotesi di
 - 1) “esecuzione frazionata”⁴⁶³ in cui nessuno tra i concorrenti ponga in essere il fatto principale tipizzato dalla norma;
 - 2) reato proprio, quando la condotta tipica venga realizzata dall’*extraneus*, e non dal soggetto che possiede la qualifica richiesta (*intraneus*);
 - 3) concorso criminoso in cui si rileva solo la presenza di coautori senza semplici partecipanti

464

sono state superate dalla teoria della “fattispecie plurisoggettiva eventuale”, secondo la quale dalla combinazione di una norma di parte speciale con la disciplina generale del concorso di persone nasce una nuova fattispecie plurisoggettiva, nuova e autonoma rispetto a quella monosoggettiva di parte speciale, con la conseguenza che la condotta tipica, anziché essere necessariamente ricondotta ad un unico autore, potrà essere frazionata tra più soggetti⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ BETTIOL-PETTOELLO-MANTOVANI, *Diritto Penale*, Cedam, 1986; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 551

⁴⁶² FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, 7^a ediz., Zanichelli, 2014

La Corte di Cassazione si è espressa una sola volta a favore della teoria dell’accessorietà, traendone la conseguenza che l’applicazione del 110 c.p. richiede “almeno un inizio di esecuzione del reato”, Cass. Pen., Sez. I, 9 febbraio 1987, in Foro it., 1987, pag. 409 e ss.

⁴⁶³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, 7^a ediz., Zanichelli, 2014

⁴⁶⁴ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 552

⁴⁶⁵ MONTARULI, *Concorso di persone nel reato e fattispecie plurisoggettive*, in ABBATTISIA- MONTARULI-POLIGNANO, *I reati associativi e gli strumenti di contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata*, Giappichelli, 2010, pag. 3 e ss.

- La teoria delle fattispecie plurisoggettive differenziate si è spinta ancora più in là, sostenendo che dalla combinazione delle norme sopra citate, non nasca un'unica fattispecie plurisoggettiva, ma tante fattispecie di reato quanti sono i concorrenti, caratterizzate dal medesimo fatto materiale, ma dai differenti atteggiamenti psichici dei singoli concorrenti ⁴⁶⁶.

3.6 La connivenza nel concorso mediante omissione

Una volta ripercorse le principali teorie elaborate dalla dottrina in ordine al nesso di causalità nel concorso di persone, può focalizzarsi l'attenzione su alcune particolari forme di complicità che, come risulterà più chiaro proseguendo nella trattazione, rappresentano terreno fertile per lo sviluppo di un concetto di connivenza punibile a titolo di concorso di persone.

La prima di queste figure, dalla quale emergono in modo sicuramente più immediato i punti di contatto con la connivenza, è quella del concorso mediante omissione in reato commissivo.

Per arrivare a comprendere tale assimilazione è tuttavia necessario prendere le mosse dall'analisi delle caratteristiche che contraddistinguono l'omissione impropria e, specularmente, il concorso per omissione.

Secondo la giurisprudenza unanime e la dottrina largamente maggioritaria l'inadempimento dell'obbligo giuridico di impedire l'illecito penale altrui può far sorgere, in presenza di determinate condizioni, una responsabilità penale per concorso nel reato ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. ⁴⁶⁷.

Infatti, "se nell'ambito del concorso punibile sono da ricondurre tutte le condotte che abbiano avuto un'efficacia condizionante rispetto al fatto di reato e se, in forza dell'art. 40 co. 2, il non impedimento di un evento – in presenza di un obbligo giuridico di attivarsi volto in tale direzione – è equiparato alla sua attiva causazione, ne segue che il non impedimento di un reato da parte del titolare di un

⁴⁶⁶ PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, in *Studi di diritto penale raccolti da Giacomo Delitala*, Milano, 1966; FIANDACA MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, 7^a ediz., Zanichelli, 2014, pag. 443. Ha invece accolto la teoria della pluralità delle fattispecie plurisoggettive, ritenendo però che il reato resti unico, ed escludendo che i concorrenti rispondano a titoli soggettivi diversi ARGIRO', *Le fattispecie di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Jovene, 2012

⁴⁶⁷ Art. 40, comma 2, c.p. "Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo"

obbligo di garanzia deve essere considerato come una condotta di partecipazione rilevante”⁴⁶⁸, al punto che si tratterebbe, secondo alcuni autori, addirittura di una “responsabilità ontologicamente concorsuale (...), una forma necessaria di concorso, poiché “l’omissione deve necessariamente accedere all’azione delittuosa altrui, ha sempre bisogno del reato altrui per mutuarne tipicità e disvalore”⁴⁶⁹.

La semplice configurazione di una responsabilità concorsuale omissiva fondata sull’art. 40 cpv. c.p. non è però sufficiente ai fini del presente lavoro: è necessario analizzarne gli elementi costitutivi per comprendere i risvolti pratici che tale figura produce in materia di connivenza. In particolare, due sono gli elementi strutturali di tale responsabilità: la produzione di un evento e l’obbligo giuridico del garante di impedirne la verifica (c.d. posizione di garanzia).

- ***Lo spazio operativo del concorso mediante omissione ex art. 40 cpv. c.p.:***

Il concetto di “evento” e le contrastanti tendenze dottrinarie estensive e limitative della fattispecie

Partendo dal primo elemento strutturale del concorso omissivo, consistente nella produzione di un evento, va sottolineato che il concetto di “evento” - che il garante ha l’obbligo giuridico di impedire - non è stato qualificato in modo uniforme dalla dottrina, ma ha fatto sorgere, al contrario, un acceso dibattito in letteratura inerente al suo corretto significato e alla sua portata - estensiva o restrittiva - con delle conseguenze profondamente differenti in ordine all’estensione della responsabilità

⁴⁶⁸ GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano, 1983, cit. pag. 139. Dello stesso parere ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale (Art. 85.149)*, Vol.II, 4^a ediz., Giuffrè, 2012, pag. 176

⁴⁶⁹ BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, cit. pag. 1379

In senso conforme a questa impostazione si è pronunciata la pretura di Tirano in una risalente pronuncia del 1985, nella quale ha affermato che “sulla pluralità di agenti, non vi è dubbio che la stessa sussiste per il sol fatto che l’imputato si è affrettato a negare una partecipazione all’attività esecutiva: orbene, se altri ha realizzato materialmente il fatto, ne consegue che tutta l’attività è il frutto di del concorso e dell’apporto di più persone”, Pret. Tirano, 4 dicembre 1985

concorsuale per omesso impedimento del reato altrui, a seconda che si accolga l'impostazione tradizionale o quella estensiva.

La prima di queste, oramai senz'altro minoritaria, da sempre cerca di circoscrivere il termine "evento" di cui all'art. 40 cpv. alla sua accezione puramente naturalistica, nel senso di "modificazione del mondo esterno fenomenologicamente valutabile"⁴⁷⁰, esattamente come nella fattispecie monosoggettiva.

La *ratio* ispiratrice di questa impostazione estremamente restrittiva va evidentemente ravvisata nella convinzione che, traendo origine i reati omissivi impropri dalla combinazione della clausola generale di cui all'art. 40 cpv. c.p., con le singole norme incriminatrici di parte speciale che disciplinano i reati commissivi, il pericolo di una incontrollabile – e quindi inammissibile - estensione dell'ambito applicativo dell'art. 40 cpv., con conseguente violazione di alcuni principi fondamentali, anche di rango costituzionale, del nostro ordinamento – "principio di proporzione, di necessità e di frammentarietà del controllo penale"⁴⁷¹ - potesse essere arginato con la sola attribuzione del significato più restrittivo possibile all'evento che il garante deve impedire, oltre che circoscrivendo la responsabilità omissiva alle sole ipotesi in cui sul garante incomba l'obbligo di tutelare beni di importanza primaria, quali la vita e l'incolumità privata e pubblica⁴⁷².

Tuttavia, va rilevato che ad oggi la dottrina prevalente e la giurisprudenza unanime⁴⁷³ concordano sul fatto che al termine "evento" non possa essere attribuito il medesimo significato nella fattispecie omissiva monosoggettiva e in quella concorsuale: infatti, mentre la prima può essere integrata

⁴⁷⁰ L'espressione è di RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, cit. pag. 1271

⁴⁷¹ In questo senso DE VERO, *Le forme di manifestazione del reato in una prospettiva di nuova codificazione penale*, in *AA.VV., Valore e principi di della codificazione penale: l'esperienza italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995

⁴⁷² A tal proposito, non d'accordo parte della dottrina che ha invece ritenuto che la sostenuta limitazione dello spazio operativo della responsabilità concorsuale omissiva alle sole ipotesi in cui vengano in gioco beni di rango primario non appare suffragata da nessun dato normativo, né tanto meno dalla corretta interpretazione dell'art. 40 cpv. c.p. che, equiparando l'omesso impedimento dell'evento al cagionamento dello stesso, non autorizzerebbe l'utilizzo di un criterio di tipizzazione causale differente per la fattispecie attiva e per quella omissiva. In questo senso BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1350

⁴⁷³ Cass. Pen., Sez. II, 2 aprile 1960, in *Riv. pen.*, 1961, II, pag. 260; Cass. Pen., Sez. III, 18 giugno 1965, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1966, pag. 251. In tempi più recenti, Cass. Pen., Sez. V, n. 11938/2010 "In tema di bancarotta fraudolenta, l'amministratore in carica risponde penalmente dei reati commessi dall'amministratore di fatto, dal punto di vista oggettivo ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p., per non avere impedito l'evento che aveva l'obbligo giuridico (art. 2392 c.c.) di impedire, e, dal punto di vista soggettivo, se sia raggiunta la prova che egli aveva la generica consapevolezza che l'amministratore effettivo distraeva, occultava, dissimulava, distruggeva o dissipava i beni sociali, esponeva o riconosceva passività inesistenti"

solamente in presenza di “reati causali puri di evento”⁴⁷⁴, che sono gli unici suscettibili di essere convertiti in fattispecie commissive mediante omissione, ai sensi dell’art. 40 cpv. c.p. – poiché, essendo a condotta libera, è totalmente irrilevante la modalità estrinsecativa della stessa ai fini della produzione dell’evento lesivo⁴⁷⁵ -, nella corrispondente fattispecie concorsuale, invece, intendere l’evento in senso naturalistico si scontrerebbe con la “poliedricità di significati” che lo stesso legislatore ha voluto assegnare al termine “evento”, ossia quella di “offesa del bene giuridico tutelato insita nel fatto di reato” e, in particolare, di “fatto di reato nel suo complesso”⁴⁷⁶.

Ciò che conta, nella responsabilità omissiva per equivalente *ex art. 40 cpv.* è dunque, da un lato, che l’evento rappresenti “un accadimento esteriore alla condotta, da essa logicamente e cronologicamente diverso e distinto; e, dall’altra, che esso rappresenti ed esaurisca il disvalore del fatto tipico, e ciò perché altri e diversi connotati materiali del fatto, pur necessari a “completarne” la tipicità, non sarebbero comunque rintracciabili nella mera inerzia del reo, e perciò debbono tutti rinvenirsi fuori di lui, per essergli poi imputati ai sensi della norma”⁴⁷⁷.

Ma se indubbiamente quest’ultima *ratio* impone di limitare l’ambito applicativo dell’art. 40 cpv. ai soli reati causali puri di evento nell’ambito della fattispecie monosoggettiva, la medesima *ratio* non è invece “in alcun modo violata quando quei connotati di disvalore – ulteriori all’evento naturalistico

⁴⁷⁴ È dunque esclusa la configurazione del reato omissivo improprio ai sensi dell’art. 40 cpv. non solo in caso di “fattispecie di mera condotta”, ma anche in quelle di “evento a forma vincolata”, in quanto richiedono determinate modalità di realizzazione dell’evento dannoso, e non la semplice produzione dello stesso a prescindere dalle modalità della condotta. Infatti, è il principio di tassatività ad impedire la conversione nella forma omissiva di una condotta attiva vincolata. In questo senso LEONCINI, voce “Reato omissivo”, in *Enciclopedia giuridica del sole 24 ore*, Bergamo, 2007, pag. 36; RISICATO, *Combinazione ed interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001, pag. 382, e così la dottrina pressoché unanime

L’unica opinione difforme è stata quella di Pagliaro - riportata da LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, pag. 29, in nota - il quale ha sostenuto che “l’individuazione delle fattispecie convertibili dovrebbe fondarsi non sulla struttura della fattispecie, bensì sul criterio esclusivamente formale-linguistico della descrizione legislativa della condotta tipica, nella norma sul reato commissivo, tramite locuzioni quali “cagionare”, “procurare”, ecc.; mentre non avrebbe alcuna importanza la presenza o meno nella fattispecie di un evento naturalistico”

⁴⁷⁵ Da qui la tradizionale limitazione dell’ambito applicativo del reato omissivo improprio alle sole ipotesi in cui venga in considerazione la lesione di beni di rango primario, quali la vita e l’incolumità personale o pubblica. In questo senso la dottrina pressoché unanime, in particolare FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, 7^a ediz., Zanichelli, Bologna, 2014, pag. 437.

Contra ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, 3^a ediz., 2004, secondo i quali, data l’ampiezza della formulazione testuale dell’art. 40 cpv., non è possibile autorizzare “restrizioni particolari a seconda del bene giuridico interessato”. Della stessa opinione LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, pag. 220

⁴⁷⁶ BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1348

⁴⁷⁷ BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, cit. pag. 1349

– possano mutuarsi dalle condotte di altri soggetti, esterne alla sfera di inerzia del reo, secondo un criterio di imputazione causale per niente sconosciuto al sistema”, come quello di cui all’art. 116 c.p.⁴⁷⁸.

Infatti, è proprio l’art 116 c.p. che, nel configurare la responsabilità del compartecipe anche quando il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, purché l’evento sia stato conseguenza della sua azione od omissione, dimostrerebbe la volontà legislativa sia di intendere l’evento come “reato commesso dal concorrente”, che può senz’altro prescindere dall’esistenza di un evento in senso naturalistico, sia di estendere il criterio generale sul nesso di causalità tra il comportamento criminoso del compartecipe e “il complessivo fatto tipico di reato commesso in concorso”, anche alla particolare ipotesi del concorso omissivo⁴⁷⁹.

Può dunque affermarsi, secondo questa diversa prospettiva, che la responsabilità concorsuale del garante per omesso impedimento del reato altrui si adatti perfettamente anche ai reati di mera condotta, poiché, come sostenuto dal più autorevole esponente di tale dottrina, è “pienamente coerente con la struttura della fattispecie concorsuale delineata dall’art. 110 c.p., imperniata sulla c.d. tipicizzazione causale”⁴⁸⁰.

E un’altra significativa conferma di quanto appena detto si ricaverebbe dall’art. 138 c.p.m.p., in quanto la norma, che nel prevedere la responsabilità del “militare che per timore di un pericolo o altro inescusabile motivo, non usa ogni mezzo possibile per impedire la esecuzione di alcuno dei reati

⁴⁷⁸ BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, cit. pag. 1349

⁴⁷⁹ Ancora BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1348.

Dello stesso parere M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013 cit. pag. 51: “Tale esito interpretativo (evento come reato), in qualche modo obbligato, discende, infatti, automaticamente dalla scelta di incriminabilità già effettuata in materia di concorso di persone nel reato e, dunque, in un ambito di operatività previamente definito e, come visto, anche espressamente autorizzato dall’art. 116 c.p. (...). In altri termini, l’ambito di rilevanza dell’omissione nel concorso, estesa ad ogni tipologia di reato, è già acclarato a livello normativo nella sede di origine, all’art. 116 del c.p., talché non serve fare interferire le due clausole generali per ottenere tale risultato”.

Favorevoli in generale alla configurazione dell’evento di cui all’art. 40 cpv. c.p. come “fatto di reato altrui” ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, 3^a ediz., 2004, pag. 150 e ss.; DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, 1988, pag. 36 e ss.; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. discip. pen.*, II, 1988, pag. 458 e ss.; PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2011, cit. pag. 236, il quale ha affermato che “il problema della responsabilità per omesso impedimento, ex art. 40 cpv., sta su un piano del tutto diverso: (...) concerne l’eventuale responsabilità per omesso impedimento, da parte di un “garante”, di un “evento” conforme al tipo di reato, realizzato da un terzo”

⁴⁸⁰ GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, cit. pag. 140; ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, 3^a ediz., 2004; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, pag. 549 e ss.; VINCIGUERRA, *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a reato proprio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, pag. 307 e ss.

contro la fedeltà o la difesa militare, o di rivolta o di ammutinamento, che si commette in sua presenza”, fa salva “in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'articolo 40 del codice penale”, sarebbe priva di qualsiasi senso, se l'art. 40 cpv. “non disciplinasse la partecipazione omissiva al reato commesso da altri”⁴⁸¹.

Eppure, fermo restando che quella appena esposta è senz'altro l'impostazione oggi di gran lunga dominante, va comunque considerato che la posizione tradizionale orientata verso una concezione restrittiva dell'evento, per quanto abbia origini estremamente risalenti, è stata di recente rivitalizzata da alcuni autorevoli autori – quale Fiandaca⁴⁸², la cui tesi è stata successivamente accolta da Risicato⁴⁸³ - i quali hanno rivendicato “una concezione forte della partecipazione al reato mediante omissione, volta a ridurne drasticamente il campo di applicazione ai soli reati di evento (e) causali puri”⁴⁸⁴.

In tale peculiare prospettiva, *in primis*, l'idea che particolari esigenze di tutela possano giustificare l'estensione della fattispecie del concorso per omissione alle ipotesi di reato in cui manchi l'evento in senso stretto, nella sua accezione naturalistica, contrasterebbe indissolubilmente col “principio di frammentarietà della tutela dei beni giuridici”⁴⁸⁵, secondo il quale l'organo giudicante non può mai considerarsi autorizzato a punire o meno una determinata condotta sulla base delle sole specifiche esigenze di tutela emergenti in un determinato momento storico, senza che a supporto di ciò vi sia una qualche giustificazione di carattere normativo. E questo dovrebbe valere a maggior ragione in una fattispecie, come quella del concorso mediante omissione, in cui l'esigenza è quella di restringere, e non certamente di estendere, l'ambito applicativo di una norma che, per il criterio di tipizzazione causale prescelto dal legislatore – combinazione della norma generale (art. 40 cpv. c.p.) con le singole norme di parte speciale - è suscettibile già di per sé di una estensione potenzialmente illimitata⁴⁸⁶.

Ed in secondo luogo, anche l'argomentazione che fa leva sul dato testuale dell'art. 138 c.p.m.p. – il quale fa salvo l'art. 40 cpv. c.p. per le ipotesi diverse da quelle in esso previste – andrebbe radicalmente rifiutata poiché, aderendo alla tesi elaborata da Pagliaro a proposito del criterio di

⁴⁸¹ GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, cit. pag. 140

⁴⁸² FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pag. 113 e ss.

⁴⁸³ RISICATO, *La partecipazione mediante commissione a reato omissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pag. 1276 e ss.

⁴⁸⁴ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, cit. pag. 50

⁴⁸⁵ RISICATO, *La partecipazione mediante commissione a reato omissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, cit. pag. 1276

⁴⁸⁶ Anche alle condotte accessorie, preparatorie e non necessarie, PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, pag. 41

distinzione tra reato omissivo proprio e improprio che, secondo l'autore, si consumerebbe esclusivamente sul piano della "descrizione legislativa della condotta tipica" omissiva, e non su quello della presenza o meno di un evento ⁴⁸⁷, dovrebbe dedursi che l'art. 138 c.p.m.p., tipizzando espressamente le condotte omissive che danno luogo alla responsabilità del militare - "reati contro la fedeltà o la difesa militare, o di rivolta o di ammutinamento" – evidentemente configuri una nuova fattispecie omissiva propria, come ulteriormente dimostrato dalla previsione di pene edittali differenti e autonome ⁴⁸⁸ rispetto a quelle previste per le analoghe fattispecie disciplinate dal codice penale, applicabili quando il soggetto agente sia un civile.

Se poi si considera l'ulteriore circostanza che la clausola di riserva espressa di cui all'art. 138 c.p.m.p., facendo salva l'applicazione dell'art. 40 cpv. c.p. in tutte le ipotesi diverse da quelle in esso previste, si pone come norma speciale rispetto alla norma generale del codice penale - la quale sarà quindi applicabile nelle sole ipotesi che non rientrino nell'ambito di applicazione della prima - è innegabile, secondo tale dottrina che, seppur limitatamente a queste ultime, "l'art. 138 c.p.m.p. non pregiudichi in alcun modo i margini di applicabilità dell'art. 40 cpv. c.p. (...), margini che dovranno essere distintamente e autonomamente accertati sulla base delle esigenze interpretative prospettate di per sé dall'art. 40 cpv." ⁴⁸⁹.

Sulla base di tali circostanze, al quesito se l'art. 138 c.p.m.p. consenta effettivamente un'estensione generalizzata dell'ambito applicativo dell'art 40 cpv. c.p. – quesito al quale la "tesi estensiva" aveva risposto affermativamente - deve invece sostenersi, secondo l'opposta dottrina, che "l'art. 138 c.p.m.p. non può costituire il fondamento di un'estensione generalizzata delle ipotesi di compartecipazione criminosa mediante omissione a reati di mera condotta" ⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ La tesi è di PAGLIARO, riportata da LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, pag. 29, in nota

⁴⁸⁸ Art. 138 c.p.m.p.: "Il militare (...) è punito:

1. con la reclusione non inferiore a dieci anni, se per il reato è stabilita la pena di morte con degradazione o quella dell'ergastolo;

2. negli altri casi, con la pena stabilita per il reato, diminuita dalla metà a due terzi.

Se il colpevole è il più elevato in grado, o, a parità di grado, superiore in comando o più anziano, si applica la pena stabilita per il reato. Nondimeno, il giudice può diminuire la pena.

Agli effetti delle disposizioni dei commi precedenti, per la determinazione della pena stabilita per i reati in essi indicati, non si ha riguardo a quella che la legge stabilisce per i capi, promotori od organizzatori del reato o per coloro che ne hanno diretto l'esecuzione"

⁴⁸⁹ RISICATO, *La partecipazione mediante commissione a reato omissivo. Genesi e soluzione di un equivoco* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, cit. pag. 1277

⁴⁹⁰ RISICATO, *La partecipazione mediante commissione a reato omissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, cit. pag. 1277

In definitiva, una volta esclusa tale funzione dell'art. 138 c.p.m.p., può concludersi che non esiste alcun dato normativo dal quale possa anche solamente desumersi che l'art. 40 cpv. c.p. possa essere esteso nel suo ambito di applicazione più di quanto già ampiamente consentito in virtù del criterio di tipizzazione causale prescelto dal legislatore.

Ed in ogni caso, se anche volesse prescindere dall'argomento basato sull'art. 138 c.p.m.p. per considerare solamente quanto risultante dall'art. 40 cpv. c.p., si raggiungerebbe comunque il medesimo esito interpretativo, poiché, trasponendo in materia di concorso omissivo il quesito postosi dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine al "secondo termine del rapporto di causalità" (cioè se sia necessaria la causazione dell'evento o basti una semplice agevolazione/aumento del rischio del verificarsi dello stesso), nella partecipazione negativa la soluzione del problema dovrebbe essere molto più semplice ed immediata, poiché "il secondo termine di rilevanza del rapporto di causalità tra la condotta del compartecipe ed il fatto di reato" non potrà che essere l'evento – naturalistico – "non impedito, di cui all'art. 40 cpv." ⁴⁹¹.

Se così non fosse, infatti, si arriverebbe all'inammissibile risultato di "aggiungere arbitrariamente un terzo comma all'art. 40 c.p. in tutto e per tutto analogo al terzo comma dell'art. 41 c.p., che così reciti: << le disposizioni precedenti si applicano anche quando l'evento non impedito consiste nel fatto illecito altrui >>" ⁴⁹², facendo in tal modo un utilizzo del ragionamento analogico in *malam partem* in nessun modo autorizzato dall'ordinamento ⁴⁹³.

- ***Il nesso di causalità nel concorso mediante omissione in letteratura:***

Il "modello condizionalistico" e la "teoria agevolatrice"

Si è riscontrato nei precedenti paragrafi come la principale questione lasciata insoluta dal legislatore in materia di concorso di persone - cioè quale tipo di contributo causale del compartecipe sia idoneo

⁴⁹¹ RISICATO, *La partecipazione mediante commissione a reato omissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, cit. pag. 1278

⁴⁹² RISICATO, *La partecipazione mediante commissione a reato omissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, cit. pag. 1279

⁴⁹³ RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pag. 198 e ss.

a far sorgere la sua responsabilità concorsuale - sia stata risolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza in modo non uniforme, pur registrando una tendenza ad evolvere dal “modello causale puro” a delle teorie – quali l’agevolazione e l’aumento del rischio - che lasciassero maggiore spazio operativo alla “probabilità” piuttosto che alla “certezza assoluta”, praticamente irraggiungibile in sede processuale. Ebbene, la medesima questione si è posta, con altrettanti risvolti pratici e contrasti dottrinali e giurisprudenziali, anche in materia di partecipazione negativa al reato *ex art. 40 cpv. c.p.*

Va preliminarmente sottolineato che molte delle teorie che sono state avanzate sul nesso causale nella fattispecie omissiva impropria sono state indubbiamente influenzate dalla convinzione diffusa – ormai tendenzialmente superata - che esistesse una incolmabile differenza strutturale tra la fattispecie commissiva e quella omissiva, consistente nel fatto che, mentre nei reati commissivi può riscontrarsi “un rapporto tra due entità reali (l’azione dell’uomo e un accadimento esterno), il cui accertamento presuppone la spiegazione di quanto si è verificato, con riguardo ai reati omissivi l’accertamento assume un valore ipotetico o prognostico, in quanto si tratta di verificare in che modo l’eventuale compimento dell’azione doverosa avrebbe modificato il corso degli avvenimenti e, in particolare, se essa avrebbe impedito il verificarsi dell’evento lesivo”⁴⁹⁴.

Da questo principio di fondo non sono tuttavia state tratte le medesime conseguenze applicative: mentre secondo qualche autore ciò avrebbe dirette ricadute sul piano del rigore esigibile in sede di accertamento del nesso di causalità, secondo altri autorevoli esponenti, invece, la causalità omissiva sarebbe sottoposta alle medesime regole che sovrintendono alla causalità commissiva.

In particolare, secondo la prima delle posizioni accennate, se è vero che le premesse della fattispecie omissiva, a differenza di quella commissiva, sono puramente ipotetiche e non reali, ciò comporta che solo nella seconda sarebbe possibile una “valutazione fattuale” dell’effettivo apporto della condotta concorsuale alla realizzazione della fattispecie plurisoggettiva, mentre nella prima tale giudizio fattuale sarebbe impedito dalla natura delle “condotte omissive, le quali non sono in grado di “concorrere” sul piano naturalistico, alla realizzazione di alcunché”⁴⁹⁵.

Nella condotta omissiva non potrebbe quindi parlarsi, a differenza di quella commissiva, di una “causalità” nel vero senso della parola, ma solo di una causalità meramente ipotetica, portando con sé delle immediate ripercussioni di carattere processuale: partendo dal presupposto che nella causalità

⁴⁹⁴ GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, cit. pag. 386

⁴⁹⁵ LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, cit. pag. 380

attiva sia legittimo richiedere un coefficiente di probabilità pressoché pari alla certezza processuale che l'azione del compartecipe sia stata *conditio sine qua non* dell'evento, la causalità omissiva, invece, “proprio perché causalità ipotetica, può essere determinata con un grado di attendibilità minore rispetto a quello normalmente raggiungibile nell'ambito della causalità reale, propria dei reati commissivi”⁴⁹⁶. Ed è proprio in questo che consiste la differenza del livello di rigore preteso in sede di accertamento del nesso di causalità tra la condotta incriminata e l'evento dannoso nelle due fattispecie in argomento⁴⁹⁷.

Al contrario, se, come ritiene altra dottrina, si parte dal presupposto che il giudizio sulla causalità commissiva abbia natura probabilistica e non di certezza assoluta – che, come vedremo, è un'impostazione ad oggi ampiamente accolta in letteratura - e che sia perciò consentita la sussunzione del fatto concreto sotto leggi di copertura statistiche, oltre che universali, è naturale affermare che “non si vede il motivo per il quale, nell'ambito dei reati omissivi impropri, debba essere richiesto un livello di certezza diverso da quel grado di elevata probabilità razionale necessario perché trovi conferma l'ipotesi causale nei reati commissivi”⁴⁹⁸.

Infine, l'idea della esigibilità dello stesso grado di rigore per entrambe le fattispecie, in sede di accertamento del nesso causale, non poteva che essere condivisa da quella dottrina che, rifiutando l'assunto originario dell'esistenza di una differenza ontologica tra fattispecie commissiva e omissiva, ha al contrario rivendicato l'identità strutturale tra le due, negando *in toto* che il reato omissivo abbia un “mero contenuto ipotetico” poiché, al contrario, anche l'omissione possiede un intrinseco “valore

⁴⁹⁶ FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. pen.*, 1983, pag. 44

⁴⁹⁷ In questo senso FIANDACA, <<*Causalità (Rapporto di)*>>, voce *Digesto penale*, II, Torino, 1988, cit. pag. 127, il quale ha affermato che “in sede di accertamento del nesso di condizionamento tra la condotta omissiva e l'evento non si possa raggiungere lo stesso livello di rigore esigibile nell'accertamento del nesso di causalità *stricto sensu* inteso: per cui, nell'applicare la formula della *condicio*, ci si accontenta di esigere che l'azione doverosa, supposta come realizzata, sarebbe valsa ad impedire l'evento con una probabilità vicina alla certezza”

Appartenenti allo stesso filone dottrinale anche FIORI, *Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, pag. 35; ANGIOINI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, II, Sassari, 1984, pag. 85

⁴⁹⁸ GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, cit. pag. 397, il quale ha fatto l'esempio dell'accertamento del nesso di causalità tra la mancata somministrazione del siero antitetano da parte del medico curante e la morte del paziente, caso in cui dovrà verificarsi se tale somministrazione avrebbe impedito la morte del paziente, facendo ricorso non solo alle condizioni fattuali rilevanti, ma anche alle leggi scientifiche e biologiche

Nello stesso senso anche il Tribunale di Torino, che nel lontano 1954 ha affermato che l'accertamento della causalità omissiva si deve basare, oltre che su elementi teorici, soprattutto sul “risultato di studi ed esperienze che ne hanno constatato e valutato l'efficienza concreta nella prassi medica a scopo profilattico”, Trib. Torino, 9 aprile 1954

condizionante dell'evento"⁴⁹⁹, al pari di un'azione positiva: "il permanere di una cosa, di una persona, di una relazione – in generale, di una situazione nello *status quo ante*, assume rango di condizione necessaria con pari dignità rispetto al mutare, al divenire, rispetto allo *status quo*, di questi stessi elementi. (...) L'evento realizzatosi, una volta concettualizzato come espressione (come prodotto) del processo causale *hic et nunc* sviluppatosi, include quella statica (il permanere dell'agente nello stato di inerzia rispetto alla condotta pretesa dall'ordinamento) fra le condizioni necessarie del processo causale stesso"⁵⁰⁰.

Ma se tale assoluta identità tra le due fattispecie è vera, ne consegue che non è in alcun modo ammissibile che esistano due differenti modelli di imputazione causale, a seconda che venga in considerazione il reato omissivo o quello commissivo, "essendo evidente che anche gli enunciati causali relativi all'omissione debbono soddisfare unicamente il requisito dell'alto grado di credibilità razionale, richiesto né più né meno per l'accertamento della causalità attiva"⁵⁰¹. Anche perché, diversamente argomentando – cioè richiedendo per il reato omissivo un livello di certezza inferiore rispetto a quello valevole per la fattispecie attiva – si otterrebbe l'inammissibile risultato di espandere i confini della responsabilità omissiva la quale, come risaputo, è dotata di un coefficiente di gravità inferiore rispetto a quella commissiva.

Anche per la fattispecie omissiva, dunque, deve trovare applicazione il ragionamento sillogistico: se sussumendo il fatto sotto leggi scientifiche-generalì, di carattere universale o statistico (c.d. *paradigma nomologico-deduttivo*⁵⁰²) si accerta che, tramite l'eliminazione mentale della condotta omissiva, l'evento lesivo non si sarebbe verificato o sarebbe stato differente, dovrà concludersi che quella specifica omissione sia stata *conditio sine qua non* dell'evento stesso e che quindi il soggetto agente ne sia stato responsabile⁵⁰³.

⁴⁹⁹ PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pag. 824

⁵⁰⁰ Questa è la teoria del "processo statico" di Stella, riportata da PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pag. 825

⁵⁰¹ STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pag. 1256

⁵⁰² L'espressione appartiene a PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pag. 836

⁵⁰³ È ovvio che adottando il "*paradigma nomologico-deduttivo*" vanno però ad aggravarsi gli oneri probatori del fatto omissivo, a causa della difficoltà di reperire delle leggi scientifiche di copertura, poiché mentre nella fattispecie commissiva il fatto da ricostruire è concreto, chiaro ed evidente, nella fattispecie omissiva, invece, il fatto da sussumere sotto la legge di copertura dev'essere ricostruito alla luce di un elemento (condotta omissiva) astratto e, secondo qualche autore, immaginario. Per questo motivo gran parte della dottrina ha optato per un "*paradigma misto*": "a) *nomologico-deduttivo* per quanto riguarda la "spiegazione" (ridescrizione) dell'evento; b) *stocastico-disposizionale* per quanto riguarda la "prognosi" (descrizione dell'azione probabilisticamente dotata di chances di salvaguardia del bene)

Bisogna tuttavia considerare, come sopra anticipato, che non tutta la dottrina, e soprattutto la giurisprudenza, ad oggi concordano sull'applicazione del criterio della *conditio sine qua non* in materia di concorso omissivo.

In altri termini, ci si è chiesti se, nella fattispecie della partecipazione negativa, la condotta omissiva impropria debba essere necessariamente impeditiva dell'evento - appunto *conditio sine qua non* dell'evento - o possa assumere rilevanza penale anche se abbia semplicemente agevolato il verificarsi dell'evento di reato (teoria dell'agevolazione negativa).

La questione trae origine da un noto caso giurisprudenziale deciso dai giudici tedeschi, riguardante l'imputazione di omicidio doloso a carico di un padre il quale, a seguito di un incendio scoppiato durante la notte all'interno della casa nella quale abitava con i suoi due figli, nonostante fosse cosciente del fatto che se i bambini fossero rimasti all'interno dell'abitazione sarebbero certamente morti prima dell'arrivo dei vigili del fuoco, si era comunque rifiutato di gettarli giù dalla finestra - dove c'erano degli uomini pronti ad afferrarli - e, quando ormai le fiamme avevano raggiunto la finestra, preso dal timore di perdere la vita, si era buttato solamente lui, lasciando i figli all'interno della casa e causando così la loro morte.

Il caso in questione è fondamentale perché - al di là della condanna per omicidio doloso pronunciata dalla Corte d'Assise, sulla base della circostanza che se il padre avesse gettato i bambini giù dalla finestra, "essi, con quasi assoluta certezza, sarebbero rimasti in vita"⁵⁰⁴, poi annullata dal BGH, che ha invece condannato il padre per omicidio colposo, avendo ritenuto insufficiente l'accertamento dell'elemento soggettivo - la questione che più interessa, ai fini della presente trattazione, attiene al ragionamento condotto in materia di nesso causale tra la condotta omissiva del padre e la morte dei suoi figli.

A tal proposito, se da un lato il BGH ha ritenuto sussistente il nesso di causalità sulla base della convinzione che potesse affermarsi, con una "probabilità confinante con la certezza", che i bambini si sarebbero salvati se il padre avesse compiuto l'azione doverosa omessa, dal lato opposto si è schierata gran parte della dottrina tedesca - seguita da quella italiana - che ha invece argomentato nel senso che, proprio seguendo il percorso argomentativo dei giudici, si sarebbe dovuti arrivare al risultato esegetico esattamente opposto: "come potrebbe infatti affermarsi che, cadendo da un'altezza

relativa alla condotta, PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, cit. pag. 841

⁵⁰⁴ GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, pag. 406, il quale riporta la sentenza della Corte d'Assise tedesca

di sei metri e mezzo, due bambini in così tenera età sarebbero rimasti in vita con una probabilità confinante alla certezza?”⁵⁰⁵

È proprio da tale pronuncia giurisprudenziale che ha preso piede la tendenza, nella letteratura tedesca ed italiana, a sostituire - sia con riguardo alle fattispecie omissive che a quelle colpose - “il paradigma condizionalista con una criteriologia diversa”, appunto individuata nell’“aumento del rischio di lesione del bene giuridico prodotto dalla condotta”, o meglio nella “mancata diminuzione del rischio di lesione del bene giuridico”, a cui il soggetto omissivo è tenuto sulla base della posizione di garanzia su di egli gravante⁵⁰⁶.

Sulla base di questo paradigma, definito da Paliero “*imputativo-obiettivo*”, il reo potrà dunque essere chiamato a rispondere dell’evento-reato verificatosi e da lui non impedito anche se la sua condotta omissiva non sia stata *conditio sine qua non* dell’evento stesso, purché “l’azione doverosa omessa sia in grado di aumentare le probabilità di salvezza del bene giuridico minacciato o, con altre parole, che essa possa univocamente diminuire il pericolo che minacciava il bene giuridico”⁵⁰⁷.

Questa nuova tendenza dottrinale, pur prendendo le mosse dall’apprezzabile tentativo di superare l’impostazione tradizionale, che di fatto legittimava il garante a restare inerte tutte le volte in cui il compimento da parte dello stesso dell’azione doverosa non avrebbe impedito con assoluta certezza il verificarsi dell’evento lesivo, ma ne avrebbe solamente aumentato le probabilità di realizzazione, ponendo piuttosto a carico dello stesso l’obbligo, anche in quest’ultimo caso, di fare tutto ciò che sia in suo potere per impedire l’evento, è tuttavia innegabile che porti con sé il grave inconveniente di estendere i confini della responsabilità omissiva del garante, il quale inevitabilmente vedrà così

⁵⁰⁵ In questo senso GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, pag. 407, il quale ha riportato il pensiero di HERZBERG, *Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt*, MDR, 1971, pag. 881-882, aggiungendo che altrimenti si arriverebbe all’inammissibile risultato di ammettere che non sussista la colpa quando, mentre dei bambini giocano a lanciarsi giù dalle finestre con altri di loro pronti ad afferrarli di sotto, uno di loro muoia a seguito della caduta.

⁵⁰⁶ PALIERO, *La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992 pag. 832; favorevole anche MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2009, pag. 519

La teoria dell’aumento del rischio è nata in realtà nella dottrina tedesca e uno dei suoi principali esponenti è KAUFMANN, <<*Objektive Zurechnung*>> *beim Vorsatzdelikt?*, Festschrift Jescheck I, Berlin, 1985, pag. 251 e ss. e LAMPE, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion*, *Gedachtschrift für Armin Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, pag. 189 e ss.

⁵⁰⁷ L’espressione è di GRASSO, il quale ha riportato il pensiero di vari autori tedeschi, tra cui STRATENWERTH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerholung*, in Festschrift für W. Gallas, Berlin, New York, 1973, pag. 237 e KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die Conditio-sine-qua-non-Formel in Strafrecht*, in Festschrift für R.M. Honig, Göttingen, 1970, pag. 133 e ss.

restringersi le sue “*chances* di salvezza”, rispetto a quelle che avrebbe posseduto se fosse stato chiamato a rispondere esclusivamente dell’evento-conseguenza diretta della sua omissione ⁵⁰⁸.

Per questo e per altri motivi – in particolare la circostanza che la teoria agevolativa violerebbe il principio *in dubio pro reo*, imputando al garante anche l’evento rispetto al quale non sia certa l’entità causale della condotta omissiva ⁵⁰⁹ e, in secondo luogo, che i reati di evento causali puri presupposti dall’art. 40 cpv. c.p. verrebbero sostituiti da meri reati di pericolo, poiché ciò che viene addebitato al garante sarebbe l’aumento del pericolo di lesione del bene protetto - la dottrina di gran lunga maggioritaria continua a difendere l’applicazione al concorso omissivo del “modello causale puro”.

Anche perché, ha osservato la dottrina, è difficile immaginare che una volontà e una conseguente azione impeditiva da parte di chi sia dotato di poteri giuridici in tal senso, “non renda in alcun modo “più difficoltoso” o “meno agevole” l’operato criminoso altrui” ⁵¹⁰.

Da ciò la conseguenza che, se per attribuire rilevanza penale alla condotta attiva basta che il contribuente del compartecipe “abbia determinato la migliore realizzazione del reato”, nel senso dell’agevolazione negativa dello stesso, “per la responsabilità concorsuale omissiva, non sarà invece sufficiente verificare (ad esempio) ai fini della responsabilità del padre che, ove egli fosse intervenuto, il figlio minore avrebbe cagionato un danno meno grave, ma sarà al contrario indispensabile provare che il di lui intervento avrebbe impedito del tutto – sebbene *hic et nunc* – la commissione del reato” ⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Paliero ha fatto l’esempio del c.d. “doppio cieco”, riguardante la somministrazione differenziata di farmaci sperimentali e di farmaci tradizionali a due gruppi di pazienti affetti dalla stessa malattia, all’insaputa degli stessi, per verificare se la medicina sperimentale risulti più efficace, come dimostrato dalla minore percentuale di decessi del gruppo su cui è stata testata, rispetto a quello curato con i farmaci tradizionali. Ebbene, essendo stato accertato che nel gruppo “sperimentale” c’era stata una percentuale di decessi inferiore al 20 % rispetto al “gruppo di controllo”, e che la vedova di uno dei pazienti deceduti (W.) trattato con i farmaci tradizionali aveva presentato denuncia, allora, applicando il criterio dell’aumento del rischio, dovrebbe concludersi per la responsabilità penale omissiva del medico il quale, non avendo utilizzato la terapia sperimentale nei confronti di W., ha diminuito del 20 % le sue possibilità di sopravvivenza, PALIERO, *La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pag. 834-835

⁵⁰⁹ Confutata dai sostenitori della teoria agevolativa sulla base della circostanza che in ogni caso sia necessaria l’esistenza di un evidente nesso relazionale tra il pericolo di lesione del bene causato dall’omissione dell’azione doverosa e l’evento lesivo

⁵¹⁰ BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1384

⁵¹¹ BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1384

Totalmente in disaccordo col suo allievo Grasso e con Bisori, STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale – Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975, cit. pag. 1255 il quale, partendo dal presupposto della validità del modello causale puro sia per il reato omissivo che per quello commissivo, ha affermato che la sostenuta differenza strutturale tra le due fattispecie in discussione sarebbe in realtà “il frutto di un equivoco” in

Altri autori, invece, equiparando in tutto e per tutto la fattispecie commissiva e quella omissiva, hanno ritenuto che il termine causalità si adatti perfettamente ad entrambe, in quanto è lo stesso legislatore, che “nell’art. 40, 1^a comma, c.p., unifica, nella considerazione del rapporto di causalità, l’azione e l’omissione, e poiché è sempre al modello della sussunzione sotto leggi che bisogna fare ricorso per l’accertamento della sussistenza del nesso di condizionamento nei due casi”.

L’unica differenza è che nella fattispecie omissiva è la posizione di garanzia ad assumere “quel ruolo di filtro che nelle corrispondenti fattispecie commissive è attribuito alla causalità”, dato che esclusivamente quest’ultima consente di individuare quale, tra gli innumerevoli contegni attivi che astrattamente avrebbero consentito di impedire l’evento, sia quello da egli specificamente dovuto - poiché corrispondente all’obbligo giuridico impeditivo su di egli gravante - facendo così sorgere la sua responsabilità penale ⁵¹².

Per questo, pur essendo necessario accertare che la specifica omissione dovuta sia stata *conditio sine qua non* dell’evento, non bastando la mera agevolazione negativa dello stesso ⁵¹³, sarà in ogni caso preferibile, secondo quest’ultima dottrina, utilizzare, nella fattispecie omissiva, l’espressione “equivalente tipico della causalità” piuttosto che “rapporto di causalità” ⁵¹⁴.

quanto “il processo esplicativo utilizzato per render conto della causalità dell’omissione non è – come invece si asserisce in dottrina – diverso, ma identico nella sua struttura a quello cui si ricorre per giustificare la causalità dell’azione. Identico è infatti l’*explanandum*: un avvenimento del passato; identico il procedimento di inferenza: da leggi universali o statistiche o da un insieme di condizioni empiriche antecedenti; identica la struttura probabilistica della spiegazione offerta. Ciò che è diverso è solo la natura della condizione necessaria costituita dal comportamento dell’uomo: nel caso dell’omissione, siamo in presenza di una condizione statica”

D’accordo con l’impostazione di Stella, anche PALIERO, *La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, cit. pag. 839-840, secondo il quale “ha ragione Stella e torto – a mio avviso – la dottrina tradizionale: va negato che i due modelli euristici della formula condizionalistica (omissivo ed attivo) siano diversi perché l’uno a struttura ipotetica e l’altro a struttura empirico-fattuale. Sotto questo profilo si tratta invece di due modelli identici, perché entrambi basati su di un controfattuale”.

Paliero, tuttavia, non si è spinto, a differenza di Stella, fino al punto di negare *in toto* l’esistenza di qualche profilo di diversità tra il reato omissivo e quello commissivo. I due, infatti, divergerebbero per il “criterio del giudizio” che dev’essere utilizzato, poiché se “la formula che esplica la causalità attiva – in quanto controfattuale – è certamente ipotetica, la formula euristica della causalità omissiva è però doppiamente ipotetica”, in quanto non si relazionano due entità reali (condotta ed evento), ma soltanto un elemento reale (l’evento lesivo), e uno del tutto immaginario, un “concetto di relazione” (omissione) che acquisisce rilevanza penale solo in funzione “del modello (ipotetico) dell’azione impeditiva”

⁵¹² GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, pag. 415

⁵¹³ Favorevoli al “modello causale puro” nel concorso mediante omissione, anche FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pag. 181; RISCATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001, pag. 401; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, pag. 382.

⁵¹⁴ GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, pag. 417

- **“Causalità reale” e “causalità ipotetica”**

La duplicità di piani dell’omissione impropria

Da non sottovalutare infine un altro fondamentale aspetto ignorato dalla quasi totalità – salvo rare eccezioni – degli autori che si sono occupati del tema.

Nel dibattito che si è consumato in dottrina, infatti, la questione di fondo da risolversi era quella di accertare se la condotta omissiva, per far sorgere la responsabilità del garante, si fosse dovuta configurare in termini di condizione necessaria dell’evento-reato, o se potesse considerarsi sufficiente che essa avesse meramente agevolato il verificarsi dello stesso (c.d. “causalità ipotetica dell’omissione”).

È tuttavia restato in ombra, negli scritti della maggior parte degli autori che si sono occupati più da vicino del tema, un fondamentale – e soprattutto temporalmente precedente – aspetto: quello della “causalità reale”: “ci si può infatti interrogare sulla causalità ipotetica dell’omissione solo dopo aver prima accertato il decorso causale sfociato nell’evento concreto: un “prima” e un “poi” imposto da un ovvio ordine logico-temporale. Se non si sa “come sono andate le cose” – quale sia stato il meccanismo di produzione dell’evento concreto verificatosi *hic et nunc* – non ci si può interrogare, in via ipotetica, su “come sarebbero andate le cose” se l’azione omessa fosse stata compiuta”⁵¹⁵.

Ebbene, questo tema, quasi totalmente ignorato dalla dottrina, è stato invece particolarmente a cuore alla giurisprudenza italiana, la quale al contrario si è sempre soffermata, manifestando nel tempo orientamenti anche radicalmente opposti, sull’individuazione del nesso di causalità reale dell’evento lesivo - soprattutto nel settore dell’attività medico-chirurgica – prima di interrogarsi sull’efficacia impeditiva dell’azione doverosa omessa da parte del garante.

Per fare qualche esempio concreto del rigore col quale la giurisprudenza italiana ha seguito questo ordine logico-temporale dei due distinti piani causali, particolarmente eloquente è una sentenza della Cassazione relativa ad un caso di responsabilità professionale del sanitario in cui, a seguito della morte per epatite B di nove pazienti ricoverati in ospedale, rispetto ai quali non si erano potute accertare con certezza o con altissima probabilità le esatte modalità di trasmissione della malattia, la

⁵¹⁵ MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell’omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, cit. pag. 523

Corte aveva osservato come “nella ricostruzione del nesso eziologico tra la condotta omissiva del sanitario e l’evento lesivo, non si può prescindere dall’individuazione di tutti gli elementi concernenti la “causa” dell’evento (morte o lesioni del paziente), giacché solo conoscendo in tutti i suoi aspetti fattuali e scientifici il momento iniziale e la successiva evoluzione della malattia, è poi possibile analizzare la condotta omissiva colposa addebitata al sanitario per effettuare il giudizio controfattuale e verificare, avvalendosi delle leggi statistiche o scientifiche e delle massime di esperienza che si attagliano al caso concreto, se, ipotizzandosi come realizzata la condotta dovuta (ma omessa), l’evento lesivo “al di là di ogni ragionevole dubbio” sarebbe stato evitato o si sarebbe verificato, ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva”⁵¹⁶.

Dati questi presupposti, la Corte ha ritenuto di annullare con rinvio la sentenza di condanna per omicidio colposo pronunciata nei confronti del primario del reparto ospedaliero nel quale si erano verificati i plurimi decessi di pazienti per epatite fulminante, sul rilievo che “il giudice di merito aveva mancato di individuare con certezza la modalità di trasmissione del virus e di insorgenza della malattia risultata letale, cosicché non aveva saputo motivare in modo convincente l’addebito colposo omissivo, articolato, nella decisione di condanna, sulla pretesa omissione, riconducibile all’imputato, della condotta di vigilanza e di controllo sull’osservanza, da parte del personale del reparto, delle precauzioni universali atte a prevenire il contagio durante lo svolgimento delle pratiche assistenziali e terapeutiche”⁵¹⁷.

Quella appena riportata è solo una delle tante sentenze pronunciate in materia di responsabilità medica dalle quali emerge con costanza tanto l’ordine logico-temporale seguito dalla Cassazione in sede di accertamento del nesso di causalità nell’omissione impropria, tanto la convinzione di dover assolvere il sanitario omissivo quando non sia possibile raggiungere la certezza processuale in ordine alla esatta causa dell’evento-morte⁵¹⁸.

⁵¹⁶ Cass. Pen., Sez. IV, n. 25233/2005, in *De Jure*

⁵¹⁷ Cass. Pen., Sez. IV, n. 25233/2005, in *De Jure*

⁵¹⁸ Cass. Pen., Sez. IV, n. 43459/2012, in *De Jure* “In tema di responsabilità medica, ai fini dell’accertamento del nesso di causalità è necessario individuare tutti gli elementi concernenti la causa dell’evento, in quanto solo la conoscenza, sotto ogni profilo fattuale e scientifico, del momento iniziale e della successiva evoluzione della malattia consente l’analisi della condotta omissiva colposa addebitata al sanitario, per effettuare il giudizio controfattuale e verificare se, ipotizzandosi come realizzata la condotta dovuta, l’evento lesivo sarebbe stato evitato al di là di ogni ragionevole dubbio. (In applicazione del principio di cui in massima la S.C. ha censurato la decisione con cui il giudice di appello ha affermato, in ordine al reato di lesioni personali gravi, la responsabilità dei medici – per non aver rimosso, nel corso di un intervento chirurgico, una garza dall’addome del paziente – omettendo di esaminare le doglianze degli appellanti relative all’assenza di dette garze presso la struttura sanitaria in cui venne eseguito l’intervento, alle specifiche patologie del paziente ed all’eventualità che le stesse avessero richiesto esami strumentali endoscopici cui ricollegare la presenza della garza); Cass. Pen., Sez. IV, n. 23339/2013, in *De Jure*: “In tema di nesso di causalità, il giudizio controfattuale – imponendo di accertare se la condotta doverosa omessa, qualora eseguita, avrebbe potuto evitare l’evento – richiede

Solo in tempi recenti la Cassazione ha radicalmente cambiato orientamento rispetto a quest'ultimo aspetto, ammettendo la configurazione di una responsabilità a carico del garante anche quando non sia stato possibile accertare con esattezza la causa del decesso. Questo è quello che è accaduto nel fenomeno sempre più frequente del decesso dei lavoratori a causa di tumore polmonare o mesotelioma, a seguito dell'esposizione, più o meno prolungata, alle polveri di amianto, avvenuta a causa e durante l'attività lavorativa.

Ebbene, nonostante non sia possibile nella quasi totalità dei casi accertare il momento di insorgenza della patologia e, conseguentemente, essere certi del fatto che lo specifico decesso sottoposto all'attenzione del giudice sia stato causato dall'esposizione ad amianto e non da altri fattori – soprattutto nel caso del tumore polmonare, in quanto malattia multifattoriale - la Cassazione ha comunque optato in molteplici sentenze per la condanna del datore di lavoro-garante della salute dei lavoratori, sulla base della ritenuta sussistenza del “nesso di causalità tra l'omessa adozione da parte del datore di lavoro di idonee misure di protezione e il decesso del lavoratore, in conseguenza della protratta esposizione alle polveri di amianto quando, pur non essendo possibile determinare l'esatto momento di insorgenza della malattia, la condotta doverosa avrebbe potuto incidere positivamente anche solo sul tempo di latenza, con la conseguenza che, se il garante avesse tenuto la condotta lecita prevista dalla legge, operando secondo il principio di controfattualità, guidato sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica – l'evento non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato, ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva”⁵¹⁹.

preliminarmente l'accertamento di ciò che è accaduto (c.d. giudizio esplicativo) per il quale la certezza processuale deve essere raggiunta. (In applicazione del principio di cui in massima la S.C. ha censurato la decisione del giudice di appello che ha affermato la responsabilità di un medico - per avere, sulla base di un'errata interpretazione del tracciato cardiografico del feto, ritardato il parto con taglio cesareo, causandone il decesso - ritenendo non provato il momento di insorgenza della sofferenza fetale e, quindi, la circostanza che il feto potesse essere salvato nel momento in cui gli esami vennero sottoposti all'attenzione del medico, se quest'ultimo fosse tempestivamente intervenuto)”

⁵¹⁹ Cass. Pen., Sez. IV, n. 33311/2012, in *De Jure*. In senso conforme Cass. Pen., Sez. IV, n. 37762/2013, in *De Jure*: “In tema di infortuni sul lavoro, in presenza di patologie neoplastiche multifattoriali, la sussistenza del nesso causale non può essere esclusa sulla sola base di un ragionamento astratto di tipo deduttivo, che si limiti a prendere atto della ricorrenza di un elemento causale alternativo di innesco della malattia, dovendosi procedere ad una puntuale verifica - da effettuarsi in concreto ed in relazione alle peculiarità della singola vicenda - in ordine all'efficienza determinante dell'esposizione dei lavoratori a specifici fattori di rischio nel contesto lavorativo nella produzione dell'evento fatale. (Fattispecie in cui è stato ritenuto sussistente il nesso causale tra l'esposizione dei lavoratori al cromo esavalente ed il loro decesso, pur se alcune delle vittime avevano l'abitudine al fumo di sigaretta, di per sé fattore causale alternativo di potenziale innesco del tumore polmonare)”.

Solo una dottrina minoritaria ha condiviso questa impostazione, sulla base della convinzione che l'epidemiologia sia una scienza e che sia in grado di operare sia sul piano della causalità generale che su quello della causalità individuale. Partendo dal presupposto dell'esistenza di un eccesso di mortalità nella popolazione lavorativa esposta all'amianto presso la sede di lavoro, ritiene che si possa concludere oltre ogni ragionevole dubbio che una determinata quota di

Infine, non si può prescindere dal considerare che anche all'interno di una delle più significative sentenze della Cassazione in materia di nesso di causalità tra la condotta omissiva del medico e la morte del suo paziente (la sentenza a Sezioni Unite sul caso Franzese), la *ratio decidendi* su cui si è basata la Corte ha rispettato sempre il medesimo ordine logico-temporale fin qui esposto: solo dopo aver ricostruito il fatto concreto ⁵²⁰ e quindi "il nesso causale secondo il modello condizionalistico, integrato dalla sussunzione sotto leggi scientifiche" ⁵²¹, la Corte è passata ad accertare il secondo profilo della "causalità ipotetica" dell'azione doverosa omessa dal medico, e ha confermato la condanna per omicidio colposo pronunciata dalla Corte d'appello di Napoli, ribadendo che "in base ai dati scientifici acquisiti, all'imputato erano addebitabili, oltre l'ingiustificata dimissione del paziente, gravi omissioni sia di tipo diagnostico che terapeutico, le quali sicuramente contribuirono a portare a morte" la vittima ⁵²².

lavoratori sia morta a causa dell'esposizione prolungata ad amianto, anche se non si può sapere con esattezza il numero né l'identità degli stessi. Anche perché, diversamente opinando, si avrebbe un difetto di giustizia sostanziale, poiché si dovrebbe arrivare in ogni singolo caso all'assoluzione del datore di lavoro-garante. Inoltre, ritenere che ai fini della condanna per omicidio colposo sia necessario conoscere il nome e il cognome della vittima è solo un postulato: ciò che conta, ai fini della condanna del garante, è solo la morte del lavoratore.

Di avviso contrario a questa giurisprudenza e dottrina minoritaria, la gran parte della letteratura che ha invece rivendicato il fatto che l'epidemiologia, seppur scienza, si occupi solamente della popolazione, quindi della causalità di gruppo, non di quella individuale. Per questo è inammissibile l'utilizzo del criterio dell'"accertamento alternativo", poiché può affermarsi che una certa quota di decessi non si sarebbe verificata, solo se quella quota di decessi è riconducibile con ragionevole certezza a quel determinato fattore patogeno (amianto); certezza che molto spesso non è raggiungibile a causa della multifattorialità delle patologie (come il tumore polmonare, che ha tra i suoi fattori patogeni anche il fumo delle sigarette). Inoltre, non è possibile formulare un capo d'imputazione a carico del datore di lavoro per una quota di lavoratori deceduti, senza sapere quali siano le morti dovute all'omissione del garante e quali no, e senza conoscere neppure le date certe di tali omicidi colposi. In caso contrario, si dovrebbe rinunciare a una serie di principi fondamentali del nostro ordinamento.

⁵²⁰ Infatti, il paziente aveva subito un intervento chirurgico d'urgenza per perforazione ileale, che aveva determinato l'insorgere di una sepsi addominale da "*clostridium septicum*", che a sua volta aveva cagionato la morte del paziente. "Si addebitava all'imputato di non avere compiuto durante il periodo di ricovero una corretta diagnosi e quindi consentito un'appropriata terapia, omettendo per negligenza e imperizia di valutare i risultati degli esami ematologici che evidenziavano una persistente neutropenia e di sollecitare la consulenza internistica prescritta dopo l'intervento chirurgico per accertare l'eziologia della perforazione dell'ileo, anzi autorizzando, senza alcuna prescrizione, la dimissione del paziente, giudicato in via di guarigione chirurgica", Cass. Pen., S.U., n. 30328/2002, in *Lex24*

⁵²¹ Le Sezioni Unite della Cassazione quindi hanno aderito, come sarà analizzato più approfonditamente di seguito, al criterio condizionalistico puro

⁵²² Cass. Pen., S.U., n. 30328/2002, in *Lex24*

- *I primi orientamenti giurisprudenziali sulla causalità omissiva impropria*

Tralasciando il piano della “causalità reale” della fattispecie omissiva, e concentrando la nostra attenzione sul secondo profilo della “causalità ipotetica”, è opportuno adesso soffermarsi - dopo aver analizzato le varie correnti dottrinarie sul tema – sulle differenti posizioni che ha assunto la giurisprudenza rispetto alle due contrapposte teorie della *conditio sine qua non* e dell’agevolazione negativa dell’evento-reato.

Dal passo sopra riportato della sentenza Franzese emerge in modo evidente l’adesione da parte delle Sezioni Unite al criterio condizionalistico puro. Tale sentenza, tuttavia, rappresenta solamente la consacrazione finale di un lungo e tortuoso percorso giurisprudenziale durato decenni, durante i quali si sono succeduti tantissimi orientamenti giurisprudenziali, anche radicalmente opposti tra di loro.

In una prima fase, che abbraccia un periodo temporale molto risalente (si tratta infatti di sentenze che risalgono agli anni ’50 fino ai primi anni ’90 del secolo scorso) si sono infatti formati quattro differenti orientamenti giurisprudenziali, definiti da Paliero “*paradigmi prasseologici*” e contraddistinti da una sorta di “orientata evoluzione (...) in qualche misura influenzata dall’aggiornamento delle concezioni teoriche sulla causalità omissiva”⁵²³.

Infatti, ciò che ha evidenziato la dottrina è che sia stato proprio il contrasto dottrinale creatosi in materia di causalità omissiva ad essersi “inevitabilmente tradotto in incertezza giuridica che, soprattutto sul terreno paradigmatico della responsabilità medica, ha prodotto (...) questi quattro differenti orientamenti” della giurisprudenza di merito e di legittimità⁵²⁴.

- Il primo di tali orientamenti, definito da Paliero “*paradigma della volatilizzazione del nesso*”⁵²⁵ si è contraddistinto per una totale chiusura al problema della causalità omissiva, poiché si limitava alla condanna o all’assoluzione dell’imputato sulla base della sola sussistenza di una

⁵²³ PALIERO, *La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, cit. pag. 848

⁵²⁴ CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, cit. pag. 293

⁵²⁵ L’espressione è di PALIERO, *La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, cit. pag. 848

posizione di garanzia in capo allo stesso, senza neanche interrogarsi sulla efficacia causale della condotta omissiva in ordine alla verifica dell'evento lesivo.

A titolo esemplificativo, si considerino due opposte pronunce nelle quali la Cassazione aveva assolto e condannato il ricorrente, rispettivamente perché quest'ultimo non possedeva "alcun potere o dovere di intervento"⁵²⁶ e perché aveva "l'obbligo di attivarsi, facendo intervenire altro anestesista ed altri sanitari, ovvero disponendo il ricovero d'urgenza del paziente"⁵²⁷.

- In altre sentenze, invece, la giurisprudenza italiana ha scelto un paradigma - estremamente rigoroso e gravoso in termini di prova processuale - chiamato "*nomologico-deduttivo*", che "nel suo momento applicativo, implica il principio del "tutto o del nulla": una determinata azione od omissione di rilevanza giuridica deve produrre un accertato effetto, da sola o in concorso con fattori concausali, indipendentemente dalla entità del suo ruolo nella produzione dell'evento"⁵²⁸.

Tramite la sussunzione del fatto concreto sotto leggi di copertura di carattere esclusivamente universale, tale impostazione negava quindi rilevanza penale alla condotta omissiva quando essa non fosse stata con assoluta certezza causa dell'evento lesivo. Sulla base di tale assunto, ad esempio, i giudici della Corte d'appello di Roma avevano assolto il medico curante dall'accusa di omicidio colposo del paziente affetto da asma bronchiale, poiché "l'omissione di una adeguata e corretta terapia corticosteroidica da parte del sanitario non può essere considerata in maniera certa, come sarebbe necessario, causa e concausa della morte del paziente, essendo parimenti possibile che tale evento sia da riferire al tipo di malattia ed in particolare ad un non accertato sopravvenuto fattore dotato di una propria e completa efficacia causale del tutto indipendente dall'omissione stessa"⁵²⁹.

⁵²⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 5 maggio 1987, riportata da PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, cit. pag. 848

⁵²⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 7 novembre 1988, riportata da PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pag. 849

⁵²⁸ FIORI, *Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, cit. pag. 32

⁵²⁹ Corte App. Roma, 9 novembre 1985, riportata da PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pag. 850

Conforme una risalente sentenza della Cassazione del 1952 relativa a un caso in cui non era stata effettuata l'antitetanica, fatto che non era stato considerato decisivo dalla Corte per stabilire la responsabilità omissiva del medico, poiché non necessariamente tale vaccino impedisce tale malattia infettiva, essendosi infatti registrati frequenti casi in cui il tetano era sorto nonostante il vaccino, Cass. Pen., Sez. II, 17 ottobre 1952

- Un'attenuazione del rigore imposto dal criterio “*nomologico-deduttivo*” emerge dal terzo orientamento, quello del “*paradigma della probabilità*”⁵³⁰, grazie al quale alla certezza processuale scaturente dall'utilizzo di leggi universali come leggi di copertura, si è sostituita la probabilità derivante dalle leggi statistico-probabilistiche⁵³¹, ravvisandosi una differenza tra le molteplici pronunce aderenti a tale orientamento solamente sul piano del grado di probabilità che i giudici della Suprema Corte ritenevano dovesse sussistere “tra prestazione sanitaria e sua efficacia terapeutica nel salvare la vita del paziente, affinché si debba presumere che l'omissione di tale prestazione abbia causato l'evento di danno”⁵³².

Infatti, mentre nelle sentenze meno recenti si richiedeva un grado di probabilità meno rigoroso, considerando sufficienti, quando ad essere in gioco era la vita umana “anche solo poche probabilità di successo di un immediato o sollecito intervento chirurgico”⁵³³, alcune pronunce di qualche anno successive, invece, ferma restando l'impostazione secondo la quale “al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire quello della probabilità di tali effetti”, tendevano a pretendere un livello di probabilità molto più elevato, consistente in “serie ed apprezzabili **possibilità** di successo” del trattamento sanitario, “tali che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata”⁵³⁴, per arrivare infine, in una pronuncia di due anni successiva, a richiedere “serie ed apprezzabili **probabilità** – anziché possibilità – di successo”⁵³⁵.

- Infine, un ultimo filone giurisprudenziale ha sposato il “*paradigma dell'aumento del rischio*”, che fondamentalmente si allontanava dai precedenti “*modelli nomologici*” – i quali si interrogavano sulla efficacia causale dell'omissione doverosa in termini qualitativi - per

⁵³⁰ Ancora PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pag. 850

⁵³¹ Appartenenti a questo filone giurisprudenziale Cass. Pen., Sez. I, 23 gennaio 1984; Cass. Pen., Sez. IV, 14 maggio 1983: “Al criterio della certezza degli effetti si può sostituire quello della probabilità di tali effetti (e della idoneità della condotta a produrli) quando è in gioco la vita umana”

⁵³² FIORI, *Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, cit. pag. 29

⁵³³ Cass. Pen., 14 maggio 1983, sentenza che, per lo scarso rigore manifestato, ha suscitato sgomento e incredulità in tutta la comunità medica e scientifica, riportata da FIORI, *Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, pag. 30

⁵³⁴ Cass. 10 luglio 1987, riportata da FIORI, *Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, pag. 30

⁵³⁵ Cass. 12 maggio 1989, riportata da FIORI, *Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, pag. 31

Delle ulteriori differenze sono poi emerse in sede di quantificazione in termini percentualistici del coefficiente di probabilità, richiedendo in alcune sentenze una probabilità di successo abbastanza elevata, pari al 70-80% (Cass. Pen., 10 luglio 1987) e in altre nettamente inferiore, fino ad arrivare, in casi estremi, al 30% (Cass. Pen., 12 luglio 1991)

avvicinarsi all'orbita del “*modello stocastico-disposizionale*”⁵³⁶, che invece introduceva degli elementi di carattere prognostico, focalizzandosi piuttosto sulla “valutazione quantitativa di quanto ruolo abbia avuto la causa nel produrre l'evento”⁵³⁷.

Le sentenze che hanno aderito a quest'ultimo orientamento sono state senz'altro numericamente inferiori rispetto alle precedenti, e tutte accomunate dall'aver ravvisato il nesso di causalità nell'aumento del rischio di verificazione dell'evento lesivo determinato dall'omissione dell'azione doverosa, o meglio, nella “mancata diminuzione del rischio letale”⁵³⁸, arrivando addirittura, in alcuni casi, a porre a carico del medico un “onere di minimizzazione del rischio stesso” e a ravvisare di conseguenza la sua responsabilità, come nel noto “caso metadone”, per non aver ridotto al minimo i rischi connessi alla terapia somministrata al paziente⁵³⁹.

⁵³⁶ La paternità di queste espressione appartiene sempre a PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pag. 852-853

⁵³⁷ FIORI, *Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, pag. 32

⁵³⁸ PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pag. 853

In questo senso Cass. Pen., Sez. I, 8 giugno 1968; Cass. Pen., Sez. IV, 19 aprile 1983: si tratta del noto caso *Vendemini*, riguardante la morte del famoso giocatore di *basket* - deceduto a 24 anni per un improvviso arresto cardiaco – in cui la Corte aveva condannato il medico curante poiché non aveva impedito la prosecuzione dell'attività sportiva da parte dell'atleta, agevolando ed accelerando in questo modo l'esito letale, senza che a nulla rilevi la totale consapevolezza da parte del Vendemini del rischio derivante dalla mancata interruzione dell'attività sportiva agonistica

⁵³⁹ Cass. Pen., Sez. I, 8 giugno 1968, riportata da PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pag. 853

- *La svolta della giurisprudenza di legittimità sulla causalità omissiva e la sentenza Franzese*

La consacrazione della teoria condizionalistica pura

Sono state tre famose e rivoluzionarie sentenze pronunciate dalla Suprema Corte nel 2000⁵⁴⁰ ad aver finalmente chiuso il cerchio in materia di causalità omissiva in quanto, sul solco di quanto affermato dalla stessa Corte qualche anno prima sulla causalità attiva - all'interno della famosa sentenza del 1990 sul disastro di Stava⁵⁴¹, definita da Stella "la svolta copernicana della giurisprudenza"⁵⁴² - i giudici di legittimità hanno superato le incertezze della giurisprudenza precedente e sancito in via definitiva l'assoluta identità strutturale della fattispecie commissiva e di quella omissiva.

Infatti, dopo aver ricordato che fino a quel momento la dottrina dominante persisteva nel negare che nei reati omissivi il rapporto di causalità fosse identico a quello che si riscontra nei reati di evento commessi mediante azione - poiché, si ricorda, "in questi ultimi si deve accertare l'eventuale nesso tra dati reali del mondo esterno, mentre nelle fattispecie omissive improprie quel giudizio si accerta

⁵⁴⁰ Cass. Pen., Sez. IV, n. 1688/2000, Cass. Pen., Sez. IV, n. 2139/2000 e Cass. Pen., Sez. IV, n. 2123/2000 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pag. 277 e ss. con nota di CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pag. 289 e ss.

⁵⁴¹ Cass. Pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, riportata da CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pag. 290 e ss.

Si tratta del caso relativo alla catastrofe verificatasi nella Val di Stava, in Trentino nel 1985, quando i bacini di decantazione della miniera sopra la valle erano crollati, rovesciando 180.000 m³ di fango sulla valle, che aveva causato la morte di 268 persone. L'accusa di omicidio colposo e disastro colposo era stata formulata a carico di dieci responsabili della costruzione del bacino che crollò per primo (i direttori della miniera e alcuni responsabili delle società che avevano preso parte alle decisioni inerenti alla costruzione dei bacini).

Questa sentenza della cassazione è stata di fondamentale importanza perché ha chiarito definitivamente i criteri sulla base dei quali dev'essere accertato il nesso di causalità (in questo caso nel reato commissivo):

- *In primis*, la Corte ha affermato che l'accertamento del nesso di causalità deve avvenire tramite la sussunzione del fatto concreto sotto leggi scientifiche, poiché "un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo a patto che esso rientri nel novero di quegli antecedenti che, sulla base di una successione regolare conforme ad una legge dotata di validità scientifica – la c.d. legge generale di copertura – portano ad eventi del tipo di quello verificatosi in concreto";
- In secondo luogo, tali leggi scientifiche possono essere sia universali che statistiche: il giudice, infatti, oltre che delle leggi universali, che "sono in grado di affermare che la verifica di un evento è inevitabilmente accompagnata dalla verifica di un altro evento", può anche avvalersi di leggi statistiche, le quali "si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento soltanto in una certa percentuale di casi";
- Poiché le leggi statistiche non consentono di formulare un giudizio di certezza, è necessario individuare il grado di probabilità sufficiente per ritenere provato il nesso causale. Sul punto, la Corte, si è mantenuta su un piano di genericità, affermando solamente che le leggi statistiche "sono tanto più dotate di validità scientifica, quanto più possono trovare applicazione in un numero sufficientemente alto di casi", con cui deve intendersi una elevata "probabilità logica o credibilità razionale" che però non viene dalla Cassazione quantificata in un coefficiente probabilistico

⁵⁴² STELLA, *Commentario breve al codice penale, art. 40*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALA', Padova, 1999, cit. pag. 132

con un giudizio ipotetico o prognostico, supponendosi realizzata l'azione doverosa e chiedendosi se ove fosse stata presente, l'evento lesivo sarebbe venuto meno" - la Corte ha piuttosto deciso di aderire alla dottrina minoritaria, che invece era dell'avviso che "la causalità omissiva, lungi dall'essere causalità ipotetica, è anch'essa vera e propria "causalità reale", dovendosi tenere conto che, in una visione moderna della causalità, le entità che entrano in relazione di causa ed effetto non sono forze o energie materiali, ma processi o eventi, sicché, se ciò è vero, bisogna includere tra quelle entità anche i processi statici (...), con la conseguenza che, nella relazione tra causa ed effetto, entra anche l'omissione, il non-fare, ché una condizione statica è pur sempre una condizione. Anche il non-fare, dunque, deve considerarsi causale quando risulti che, senza lo stato della persona costituito dal non compiere l'azione dovuta, l'evento lesivo non si sarebbe verificato".⁵⁴³

Ma una volta equiparati strutturalmente l'azione e l'omissione, qualificando anche la seconda come "causalità reale" e non "ipotetica", ed ammettendo come unica differenza tra le due che la prima sia "condizione dinamica" e la seconda "condizione statica", sarebbe stato un evidente *no sense* sostenere l'esistenza di un differente modello causale per le due fattispecie. Da qui l'affermazione secondo cui, anche "sotto il profilo dell'accertamento, il procedimento utilizzato per stabilire se l'omissione è condizione statica necessaria non è diverso, ma identico, nella struttura a quello cui si ricorre per giustificare la causalità dell'azione".

Infatti, "Identico (...) è l'oggetto della spiegazione: un avvenimento del passato; identico il giudizio che si deve compiere per individuare la condizione necessaria: il giudizio controfattuale o ipotetico teso ad appurare se, senza la condotta attiva od omissiva, l'evento si sarebbe o non si sarebbe verificato; identico il procedimento da impiegare, in via strumentale, per compiere il giudizio controfattuale: una spiegazione legata all'oggettivo sapere scientifico, che consenta di ricollegare l'evento lesivo ad un insieme di condizioni empiriche antecedenti, variabili o statiche; identica la struttura probabilistica della spiegazione offerta e identico perciò il carattere probabilistico dell'enunciato esplicativo"⁵⁴⁴.

E a dimostrazione della correttezza di tale impostazione, la Corte ha ricordato che anche parte della dottrina dominante, pur negando l'identità tra la fattispecie attiva e quella omissiva, aveva comunque ammesso, facendo leva sulla azione doverosa omessa (la c.d. azione impeditiva) piuttosto che sull'omissione di per sé, che questa dovesse essere condizione necessaria dell'evento, disconoscendo

⁵⁴³ Cass. Pen., Sez. IV, n. 2123/2000

⁵⁴⁴ Cass. Pen., Sez. IV, n. 2123/2000

ad essa rilevanza penale se, tramite il sillogismo che prevede la sua eliminazione mentale, l'evento non si sarebbe verificato ⁵⁴⁵.

Una volta appurata la natura reale dell'omissione e la valenza per quest'ultima del modello della *conditio sine qua non* – con definitivo abbandono della teoria dell'agevolazione negativa, fin dal principio nettamente minoritaria in giurisprudenza - l'ultima questione da risolvere era quella relativa al “grado di certezza raggiungibile nell'accertamento della causalità omissiva”. E sul punto, in effetti, la Suprema Corte non ha fatto altro che ricollegarsi alle conclusioni già raggiunte nella sentenza sul disastro di Stava in materia di causalità commissiva, aggiungendo l'ultimo “tassello mancante” alla causalità omissiva, riguardante la quantificazione del livello di certezza esigibile, lasciato insoluto dalla sentenza di Stava anche in materia di causalità commissiva.

Infatti, pur avendo quest'ultima rappresentato una linea guida fondamentale per le successive pronunce di legittimità in materia di causalità omissiva, poiché è stata la sentenza di Stava ad aver riconosciuto che il giudice, “avvalendosi del modello della sussunzione sotto leggi statistiche – ove non disponga di leggi universali – dirà che è **probabile** che la condotta dell'agente costituisca, *coeteris paribus*, una condizione necessaria dell'evento”, non si può però ignorare che essa si è limitata a definire la probabilità come “probabilità logica o credibilità razionale (...) che deve essere di alto grado, nel senso che il giudice dovrà accertare che, senza il comportamento dell'agente, l'evento non si sarebbe verificato, appunto, con alto grado di probabilità” ⁵⁴⁶, senza quantificare il coefficiente probabilistico.

È stato all'interno delle tre sentenze del 2000, invece, che la Cassazione ha chiuso il cerchio, aggiungendo il “tassello mancante” alla sentenza di Stava, cioè affermando per la prima volta che per “alto grado di probabilità, altissima percentuale, numero sufficientemente alto di casi” non può intendersi nient'altro se non un coefficiente percentualistico vicino a cento: “il giudice può affermare che un'azione od omissione sono state causa di un evento, in quanto possa effettuare il giudizio

⁵⁴⁵ Anche se la Cassazione ha ricordato che la convinzione di questa dottrina era che, essendo la causalità omissiva una “causalità ipotetica”, il relativo giudizio non potesse dare “lo stesso risultato esigibile nell'accertamento del nesso causale vero e proprio, sicché ciò dovrebbe indurre ad accontentarsi di richiedere, in sede di applicazione della formula della *conditio*, che l'azione doverosa, ove compiuta, valga ad impedire l'evento con una probabilità vicina alla certezza”, Cass. Pen., Sez. IV, n. 2123/2000, che riporta testualmente l'opinione di FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 7^a ediz., Zanichelli, 2014, pag. 632 e ss.

⁵⁴⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, riportata da CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pag. 290 e ss.

controfattuale avvalendosi di una legge o proposizione scientifica che enunci una connessione tra eventi in una percentuale vicina a cento”⁵⁴⁷.

Ma con questo nuovo scenario giurisprudenziale è ovvio che ben poco potesse sopravvivere dei quattro orientamenti giurisprudenziali affermatasi fino ai primi anni '90.

È stata la stessa Corte, infatti, a intimare i giudici ad abbandonare definitivamente le “due pretese antitetiche” fino a quel momento diffuse, di “approdare alla formulazione di giudizi di certezza” per una corrente, e di “poter basare l'accertamento del nesso di condizionamento tra omissione ed evento su dei giudizi di mera possibilità, su serie ed apprezzabili possibilità di successo” per l'altra, poiché la prima “è chiaramente utopistica” – in quanto ciò che legittimamente si può chiedere al giudice è di formulare un giudizio di “alta credibilità razionale, alta probabilità logica o quasi certezza” – mentre la seconda pretesa è decisamente insostenibile”, in quanto “i giudizi di mera possibilità sono del tutto incompatibili con l'idea stessa di spiegazione dell'evento”, il quale evidentemente non può essere reso intellegibile, se non attraverso il ricorso ad una legge scientifica di copertura di carattere universale o, in mancanza, statistico, “che enunci una regolarità nella successione di eventi in un'alta percentuale di casi, in una percentuale, cioè, vicina a cento”⁵⁴⁸.

Questo il panorama giurisprudenziale che ha portato alla sentenza delle Sezioni Unite del 2002 (sentenza Franzese)⁵⁴⁹, che in realtà non ha rappresentato altro che il punto di approdo di tutte le premesse e i principi già posti dalle tre rivoluzionarie sentenze del 2000.

Le S.U. della Corte, infatti, dopo aver ricordato i due principali orientamenti che si erano formati in materia di causalità omissiva impropria⁵⁵⁰ e aver proceduto ad “una ricognizione dello statuto della

⁵⁴⁷ Cass. Pen., Sez. IV, n. 2123/2000

⁵⁴⁸ Cass. Pen., Sez. IV, n. 2123/2000

⁵⁴⁹ In particolare, era stata sottoposta all'esame delle Sezioni Unite la controversa questione se “in tema di reato colposo omissivo improprio, la sussistenza del nesso di causalità fra condotta omissiva ed evento, con particolare riguardo alla materia della responsabilità professionale del medico-chirurgo, debba essere ricondotta all'accertamento che con il comportamento dovuto ed omesso l'evento sarebbe stato impedito con elevato grado di probabilità vicino alla certezza, e cioè in una percentuale di casi quasi prossima a cento, ovvero siano sufficienti, a tal fine, soltanto serie ed apprezzabili probabilità di successo della condotta che avrebbe potuto impedire l'evento”, Cass. Pen., S.U., n. 30328/2002, Franzese, in *Lex24*

⁵⁵⁰ “Sul tema si sono delineati due indirizzi interpretativi all'interno della Quarta Sezione della Corte di Cassazione: al primo orientamento, tradizionale e maggioritario (Sez. 4^a, 7.1.1983, Melis, rv. 158947; 2.4.1987, Ziliotto, rv. 176402; 7.3.1989, Prinzivalli, rv. 181334; 23.1.1990, Pasolini, rv. 184561; 13.6.1990, D'Erme, rv. 185106; 18.10.1990, Oria, rv. 185858; 12.7.1991, Silvestri, rv. 188921; 23.3.1993, De Donato, rv. 195169; 30.4.1993, De Giovanni, rv. 195482;

causalità penalmente rilevante, con particolare riguardo alla categoria dei reati omissivi impropri ed allo specifico settore dell'attività medico-chirurgica", hanno criticato aspramente "l'erosione del paradigma causale dell'omissione"⁵⁵¹ e rifiutato *in toto* la teoria dell'agevolazione negativa, affermando il fondamentale principio secondo cui "il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica - si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. La conferma dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale non può essere dedotta automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica". L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio"⁵⁵².

- *La posizione di garanzia*

Oltre alla contrapposizione tra la teoria condizionalistica e quella agevolatrice, l'altro elemento costitutivo dell'omissione impropria che, come vedremo, ha dei riflessi ancora più imponenti nella

11.11.1994, Presta, rv. 201554), che ritiene sufficienti "serie ed apprezzabili probabilità di successo" per l'azione impeditiva dell'evento, anche se limitate e con ridotti coefficienti di probabilità, talora indicati in misura addirittura inferiore al 50%, si contrappone l'altro, più recente, per il quale è richiesta la prova che il comportamento alternativo dell'agente avrebbe impedito l'evento lesivo con un elevato grado di probabilità "prossimo alla certezza", e cioè in una percentuale di casi "quasi prossima a cento" (Sez. 4^a, 28.9.2000, Baltrocchi, rv. 218777; 29.9.2000, Musto; 25.9.2001, Covili, rv. 220953; 25.9.2001, Sgarbi, rv. 220982; 28.11.2000, Di Cintio, rv. 218727)", Cass. Pen., S.U., n. 30328/2002, Franzese, in *Lex24*

⁵⁵¹ MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pag. 528

⁵⁵² Cass. Pen., S.U., n. 30328/2002, Franzese, in *Lex24*

materia della “connivenza punibile”⁵⁵³ alla stregua di concorso omissivo, è la c.d. “posizione di garanzia”.

L’obbligo giuridico di impedire l’evento, infatti, è senza dubbio “l’autentico nodo strutturale dell’intera sistematica dei reati omissivi impropri”⁵⁵⁴, poiché solo grazie ad esso possono essere individuati i soggetti “garanti” i quali, essendo gravati dell’obbligo giuridico di impedire l’evento lesivo, sono chiamati a risponderne in caso di mancato intervento.

È fondamentale, quindi, prima di analizzare i risvolti pratici dell’obbligo impeditivo sulla connivenza punibile, procedere alla ricognizione delle varie situazioni di garanzia esistenti nel nostro ordinamento, e i correlativi poteri giuridici ad esse connessi.

Tralasciando la “concezione formalistica”, che partendo dal presupposto dell’eccezionalità della responsabilità omissiva, riteneva che l’obbligo giuridico, per acquisire rilevanza penale ai sensi dell’art. 40 cpv. c.p., dovesse essere espressamente previsto da fonti giuridiche formali, quali la legge o il contratto, la paternità della nozione di “posizione di garanzia” vera e propria va riconosciuta alla “concezione sostanzialistica” la quale, partendo dal presupposto che “la teoria formale della fonte dell’obbligo di attivarsi (...) non sia in grado di offrire alcun elemento idoneo ad individuare in modo soddisfacente l’ambito di responsabilità penale conseguente alla fattispecie di commissione mediante omissione”⁵⁵⁵, e dando per questo rilievo alla funzione, piuttosto che alla fonte formale, dell’obbligo giuridico impeditivo, ha messo per la prima volta in luce la particolare relazione esistente tra il garante e i beni affidati alla sua protezione; beni che, sulla base di una fondamentale esigenza solidaristica, devono essere limitati a quelli di particolare valore e per questo meritevoli di una tutela rafforzata⁵⁵⁶.

Sulla base della “concezione fattuale”⁵⁵⁷ della posizione di garanzia, essa avrebbe perciò carattere speciale ed eccezionale, sia perché limitata alla protezione di alcuni beni particolarmente vulnerabili, sia perché incombente solamente su alcuni soggetti, detti appunto “garanti”, e non sulla generalità dei consociati.

⁵⁵³ L’espressione è di M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013

⁵⁵⁴ BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, cit. pag. 1364

⁵⁵⁵ SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova, 1975, cit. pag. 126-127, il quale ritiene irrinunciabile un “criterio sostanziale di individuazione delle regole comportamentali, la cui trasgressione realizza il fatto omissivo tipico ai sensi della fattispecie di commissione mediante omissione”, criterio che deve trarre origine dalla situazione concreta, poiché ciò che rileva è il dominio del garante su alcuni degli elementi fattuali che causano l’evento. Dello stesso parere FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pag. 87

⁵⁵⁶ Basti pensare al tipico esempio di scuola della posizione di garanzia della madre nei confronti del figlio neonato, il quale è incapace di provvedere da sé ai propri bisogni fondamentali

⁵⁵⁷ L’espressione è di GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, pag. 197

La concezione oggi di gran lunga dominante in dottrina è tuttavia quella “mista” che, nel tentativo di realizzare una sintesi tra le due impostazioni che l’avevano preceduta, si è orientata nel senso che “la selezione degli obblighi di garanzia vada effettuata sulla duplice base della loro previsione in una fonte formale e della loro corrispondenza alla funzione sostanziale di garanzia”⁵⁵⁸. In questo modo, “senza rinunciare al dato formale della giuridicità della fonte delle diverse situazioni tipiche di obbligo, utilizza dei criteri funzionali per selezionare, tra tali diverse situazioni, quelle che hanno una rilevanza penale (ai fini della costruzione della fattispecie omissiva impropria), così da poter essere considerate delle posizioni di garanzia”⁵⁵⁹.

Partendo dal presupposto che sia legittimo configurare una posizione di garanzia esclusivamente laddove il titolare del bene giuridico protetto sia incapace, totalmente o parzialmente, di proteggere in modo autonomo, senza ausili esterni, il proprio bene⁵⁶⁰, la dottrina ha evidenziato in un primo momento solamente due posizioni di garanzia: la **posizione di controllo** e la **posizione di protezione**.

Infatti, era opinione consolidata che la funzione di garanzia potesse atteggiarsi ed essere svolta in concreto in un duplice modo: “o mediante l’affidamento diretto del bene tutelando al garante (posizione di protezione del bene medesimo), ovvero mediante l’imposizione a quest’ultimo di un dovere di controllo su una determinata fonte di pericolo, cui consegue l’indiretto affidamento a titolo

⁵⁵⁸ MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, cit. pag. 340

⁵⁵⁹ GRASSO, uno dei primi e più importanti sostenitori della “teoria mista”, ha rifiutato l’abbandono assoluto del criterio formale, poiché è *in primis* l’art. 40 cpv. c.p. a riferirsi ad “una situazione tipica di obbligo già normativamente qualificata da una fonte estranea alla stessa disposizione (anche se non necessariamente *extrapenale*)” con la conseguenza che “in tanto a certe situazioni fattuali potrà essere dato rilievo formale di situazioni di garanzia, di presupposto cioè di un determinato obbligo di attivarsi penalmente rilevante, in quanto alle stesse sia attribuito un tale rilievo giuridico-formale”. Tale aggancio al criterio formale è inoltre l’unico che può limitare in giudizio in chiave puramente soggettiva da parte del giudice. Allo stesso tempo, non può certo pensarsi che l’unico criterio da utilizzare sia quello formale, poiché “nella scelta tra flessibilità e precisione della fattispecie penale, il legislatore trova conveniente la prima soluzione che consente, in una società in rapida trasformazione, di lasciare la norma aperta all’applicazione anche ad ipotesi inizialmente non previste”. Per questo, senza rinunciare al dato formale, è preferibile che la catalogazione delle varie posizioni di garanzia sia basata sulla funzione degli obblighi giuridici ad esse connessi, GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, pag. 198 e ss.

Favorevole anche ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 391 e ss.

In tal senso si è pronunciata anche la Corte di Cassazione in svariate sentenze: Cass. Pen., Sez. IV, n. 50606/201: “La fonte dell’obbligo giuridico di impedire l’evento può consistere anche in un’assunzione volontaria ed unilaterale dei compiti di tutela fondata su un comportamento concludente dell’agente, consistente nella presa in carico del bene protetto”; Cass. Pen., Sez. IV, n. 25527/2007

⁵⁶⁰ Presupposto condiviso dalla quasi totalità della dottrina contemporanea che si è occupata del tema, come GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, pag. 256 e ss.; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pag. 130 e ss.; BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1364

di garanzia di tutti i beni che vengano in contatto con la sfera di potenziale lesività della stessa fonte”⁵⁶¹.

È stato solo in un momento successivo che a queste due tipologie di obblighi di garanzia tradizionali e pacifici si è aggiunto – almeno per la dottrina favorevole all’equiparazione dell’evento di cui all’art. 40 cpv. c.p. al “fatto di reato” commesso da terzi - anche “l’obbligo di impedire altrui reato”, su cui la dottrina, come vedremo, si è ampiamente scontrata.

Ed il panorama appare ancora più articolato e complesso se si considera che si è andata consolidando sempre di più la tendenza a differenziare dal punto di vista strutturale tali obblighi di garanzia da altre tipologie di obblighi giuridici, quali **l’obbligo di attivarsi** e **l’obbligo di vigilanza** i quali, pur essendo simili ai primi, ad un’analisi più approfondita non hanno i connotati dell’obbligo di garanzia e non possono quindi fondare una responsabilità penale di tipo omissivo⁵⁶².

Più in particolare, se è corretta la premessa secondo cui l’obbligo di garanzia è un obbligo giuridico “che grava su specifiche categorie di soggetti previamente forniti degli adeguati poteri giuridici di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l’incapacità dei titolari di adeguatamente proteggerli”⁵⁶³, è evidente che tale obbligo, quando correttamente ricostruito nei suddetti termini, potrà concretizzarsi solamente in un “obbligo impeditivo” munito dei correlati poteri impeditivi. Non di certo in un “obbligo di vigilanza” dell’altrui attività, al cui soggetto responsabile non sono attribuiti poteri d’intervento diretto in senso impeditivo, ma solamente poteri, oltre che di sorveglianza, anche “informativi della situazione di pericolo” nei confronti “del titolare o del garante del bene”, al quale solo spetterà di impedire l’evento lesivo⁵⁶⁴; né tanto meno in un “obbligo di attivarsi, che comprende, per esclusione, ogni obbligo giuridico di agire per la tutela di certi beni, imposto a soggetti **privi** di poteri giuridici impeditivi e di sorveglianza dalla norma incriminatrice, al verificarsi del presupposto di fatto dalla stessa indicato”⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, cit. pag. 1364

⁵⁶² Favorevoli a questa impostazione LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, pag. 10 e ss.; MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pag. 342 e ss.

⁵⁶³ MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, cit. pag. 342

⁵⁶⁴ In questo senso ancora MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pag. 343

⁵⁶⁵ Sempre MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pag. 343

Tornando alla posizione di garanzia riferita all'impedimento dell'altrui reato, che è senza dubbio l'aspetto che più interessa ai fini della presente trattazione, abbiamo anticipato che esso non ha trovato collocazione pacificamente condivisa dalla dottrina che si è occupata del tema, essendosi al contrario aperto un lungo dibattito in ordine alla sua riconduzione alle già esistenti e consolidate categorie dell'obbligo di controllo e di protezione, ovvero alla sua qualificazione come *tertium genus* di obbligo di garanzia, che "può attingere le proprie caratteristiche funzionali dalle altre due"⁵⁶⁶, ma che non si identifica con nessuna di esse.

E questa non è una questione puramente formale o accademica poiché, a seconda che l'obbligo giuridico in questione venga considerato come una "sottocategoria", una sorta di *species* del *genus* costituito dalle posizioni di garanzia già esistenti⁵⁶⁷, o come una nuova e autonoma categoria giuridica, ne consegue una diversa estensione dei confini della responsabilità concorsuale omissiva.

Più in particolare, il percorso argomentativo che ha portato la dottrina "tradizionale" a concludere nel senso dell'assimilazione di questo nuovo obbligo giuridico ai precedenti ha preso le mosse dalla considerazione che, se il requisito comune a tutti gli obblighi di garanzia è l'esistenza di un "effettivo potere di signoria sulle condizioni dell'evento" in capo al garante, poiché il titolare del bene ne è privo, allora anche quando si versi nell'ipotesi particolare dell'obbligo di impedimento dell'altrui illecito, dovrebbe a ragione sempre considerarsi irrinunciabile che il reo si trovi in una "condizione di incapacità" di tutelare il proprio bene, perché altrimenti, se fosse "capace di governare responsabilmente" la propria condotta, sarebbe illegittima l'esistenza di una posizione di garanzia e – a meno che non si accetti di violare il principio della personalità della responsabilità penale – a rispondere dell'illecito commesso dovrebbe essere chiamato esclusivamente il reo.

Al massimo, "può ammettersi la sussistenza di una posizione di garanzia, qualora l'obbligo di impedire altrui condotte criminose si specifichi dalla parte della vittima, in un rapporto di tutela personificabile nei confronti di specifici beni o soggetti; in tali ipotesi, però, si tratterebbe pur sempre di un "obbligo di protezione", per il quale permarranno le perplessità di cui sopra relativamente all'inesistenza di un potere di signoria sul terzo pienamente responsabile"⁵⁶⁸ o, in alternativa, di un

⁵⁶⁶ BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1364

⁵⁶⁷ L'espressione è di BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1364

⁵⁶⁸ FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pag. 193 e ss.

obbligo impeditivo riconducibile ad una “posizione di controllo” nei confronti di una particolare “fonte di pericolo” rappresentata dal titolare del bene protetto (viene quindi equiparato l’uomo ad una fonte di pericolo).

In definitiva, dato che “gli obblighi di impedimento dell’altrui reato (...) sarebbero, invero, già perfettamente inquadrabili all’interno del perimetro tracciato dai tipici obblighi di protezione e controllo”, deve concludersi che non sia assolutamente necessario “scomodare un’apposita classe di obblighi, priva peraltro in questo caso di un’autonomia funzionale”⁵⁶⁹, e che quindi, “l’ambito di una terza categoria autonoma di posizioni di garanzia può ridursi in realtà, ai soli casi in cui l’obbligo del garante abbia come contenuto specifico l’impedimento del reato di un terzo, e non il generico impedimento di un qualsivoglia evento delittuoso”⁵⁷⁰.

Di tutt’altra opinione l’opposta corrente dottrina, sicuramente più recente, che ha invece configurato l’obbligo giuridico impeditivo come un *tertium genus*, escludendo radicalmente la possibilità di ricondurre l’obbligo in questione a quello di controllo e di protezione, come *species* del *genus* da essi rappresentato⁵⁷¹.

Questa impossibilità, in particolare, deriverebbe dalla sostanziale differenza di contenuto tra posizione di controllo e quella di protezione, sia, a maggior ragione, tra queste e l’obbligo impeditivo dell’altrui illecito.

Infatti, mentre la *ratio* ispiratrice dell’obbligo di attivarsi ai fini della protezione del bene va ravvisata nella particolare relazione sussistente tra il garante e il bene stesso, o il suo titolare, senza che ciò comporti l’attribuzione al primo di particolari poteri impeditivi “diversi quelli che ben potrebbe avere, anche in misura superiore, il terzo *quisque de populo* del tutto estraneo alla relazione di garanzia”⁵⁷², nella posizione di controllo, invece, “la tutela rafforzata scaturisce proprio dalla posizione particolare

Appartenenti allo stesso filone dottrinale GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Roma, 2011, pag. 488 e ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2013, pag. 287 e ss.; SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova, 1975, pag. 237; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2009, pag. 202 e ss.

⁵⁶⁹ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 55

⁵⁷⁰ D’ALESSANDRO, *Art. 40 c.p.*, in (a cura di) MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato*, tomo I, Ipsoa, Milano, 2011, cit. pag. 443

⁵⁷¹ Favorevole alla creazione di un *tertium genus* di posizione di garanzia GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, pag. 327; BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1365

⁵⁷² BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, cit. pag. 1365

(di signoria) in cui un determinato soggetto si trova nei confronti di una fonte di pericolo, perché fornito di particolari poteri fattuali di intervento e di inibizione rispetto ad essa”⁵⁷³.

Ma tale signoria sul bene, in quanto connaturata alla posizione di controllo, non può essere arbitrariamente elevata a caratteristica genetica di tutte le posizioni di garanzia indistintamente.

Ciò comporta un’ultima conseguenza: se, come appena sostenuto, è la signoria rispetto al bene tutelando a legittimare l’attribuzione di peculiari poteri d’intervento e impeditivi al garante, è altrettanto evidente che, nella posizione di controllo, a differenza di quella di protezione, egli non potrà in alcun modo essere assimilato a qualsiasi terzo estraneo a tale peculiare relazione, poiché, anche volendo ammettere che entrambi abbiano la concreta possibilità di intervenire in senso impeditivo dell’evento-reato, solamente il primo sarà in grado di “dominare il processo causale che *ab origine* ha determinato il pericolo della lesione” - e quindi la sua sola inerzia avrà rilevanza penale - “il secondo potendo solo evitare che detta situazione di pericolo evolva nella effettiva lesione del bene”⁵⁷⁴.

E la differenza rispetto alla posizione di protezione appare tanto chiara ad alcuni autori da ritenere che i relativi “profili funzionali-contenutistici (...) si atteggiino in senso quasi invertito” rispetto all’ipotesi precedente: la prospettiva da adottare non deve qui muovere “dal bene (specifico) alle capacità di tutela (comuni) nei confronti delle potenziali fonti di pericolo (quali che siano), ma dalle capacità di tutela (specifiche, non comuni ai terzi estranei) nei confronti di una potenziale fonte di pericolo (specificata) ai beni potenzialmente vulnerabili (quali che siano)”⁵⁷⁵.

Distinti in via preliminare gli obblighi di protezione da quelli di controllo, può adesso comprendersi per quale motivo venga di seguito negata *in toto* la riconducibilità del differente obbligo impeditivo dell’altrui reato ai due obblighi precedenti, e lo si concepisca piuttosto come un *tertium genus*.

L’idea portante di tale impostazione è che quest’ultimo obbligo abbia in realtà una duplice ed ambivalente natura, poiché può possedere alcune delle caratteristiche tipiche di entrambi gli obblighi tradizionali, a seconda che si manifesti l’esigenza di vigilare su una determinata fonte di pericolo (come nella posizione di controllo) che faccia sorgere il fondato timore di commissione di reati,

⁵⁷³ BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, cit. pag. 1365

⁵⁷⁴ Ancora BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, cit. pag. 1365

⁵⁷⁵ BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, cit. pag. 1365

ovvero quella di tutelare alcuni beni estremamente “vulnerabili” (posizione di protezione), perché particolarmente esposti al rischio di lesione a causa della condotta delittuosa di un terzo.

Ora, la conseguenza di tale ambivalente natura dell’obbligo impeditivo dell’altrui illecito, seguendo questa linea di pensiero, non può essere semplicisticamente e superficialmente la sua riconduzione alle due categorie tradizionali già esistenti poiché, pur potendo possedere caratteristiche funzionali dell’una e dell’altra, esso non si identifica *in toto* con nessuna delle due; motivo per cui l’unica soluzione praticabile sarebbe quella di creare una terza e autonoma tipologia di posizione di garanzia.

C’è però un’ultima caratteristica che deve possedere l’obbligo impeditivo dell’altrui reato per costituire un’autonoma categoria giuridica e che, oltre a connotarlo in modo peculiare, lo accomunerebbe anche alle altre due categorie già esistenti: è necessario che il garante sia munito di autentici poteri giuridici impeditivi dell’evento reato.

È infatti ovvio che, sia nel caso in cui egli debba contrastare l’altrui condotta pericolosa, sia quando a legittimare la sua posizione di garanzia sia la peculiare fragilità ed esposizione a pericolo del bene tutelando, in ogni caso il suo intervento consisterà nell’impedimento dell’illecito altrui, con conseguente limitazione della “libertà di autodeterminazione” del reo, limitazione che sarà legittima solo ed esclusivamente nella misura in cui sia stato l’ordinamento a conferirgli i poteri giuridici necessari in tal senso.

Solo questi ultimi, in definitiva, sono in grado di attribuire consistenza sostanziale ad una posizione di garanzia autonoma e penalmente rilevante ⁵⁷⁶.

- *I confini della responsabilità concorsuale omissiva*

Queste due diverse impostazioni, come sopra accennato, oltre a mostrare il modo esattamente opposto in cui la dottrina ha configurato il medesimo istituto, hanno anche un risvolto pratico di fondamentale importanza sul piano dell’ampiezza dei confini della responsabilità concorsuale omissiva rispetto a quella monosoggettiva.

⁵⁷⁶ In questo senso GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, pag. 327

Seguendo il percorso argomentativo di chi ha rivendicato la diversità strutturale dell'obbligo impeditivo dell'altrui reato rispetto agli obblighi tradizionali e la sua conseguente configurazione come *tertium genus*, può già anticiparsi che l'ambito applicativo della responsabilità concorsuale omissiva si restringerà a un punto tale da escludere, irragionevolmente, dal suo raggio d'azione "tutti quei casi in cui non sia possibile rinvenire i tratti caratteristici della categoria, nonostante ad uno sguardo appena più ampio ci si accorga di come quei contributi siano certamente suscettibili di essere puniti quali forme di complicità"⁵⁷⁷.

Si analizzerà quindi nello specifico tale peculiare percorso argomentativo.

La premessa fondamentale da cui partire è che l'ipotesi in cui l'obbligo giuridico gravante sul garante sia quello di impedire il fatto di reato altrui non possa essere assimilata a quella in cui egli dovesse impedire il solo evento naturalistico, neppure nel caso – decisamente raro – in cui l'intervento sul processo causale avrebbe impedito, in definitiva, la perpetrazione del reato.

In altre parole, affinché l'obbligo giuridico in questione sia realmente tale - e possa, come vedremo, far sorgere una responsabilità di tipo concorsuale, fermo restando il presupposto secondo cui l'evento che si verifica può essere imputato al garante solo nella misura in cui coincida con quello che costituiva oggetto della sua posizione di garanzia - è necessario che esso abbia come oggetto specifico l'impedimento del reato altrui, e che ad esso siano connaturati dei "poteri di comando, inibizione e/o interferenza nei confronti della condotta di terzi", perché solo in questo caso la posizione di garanzia assorbirà ogni singolo "elemento oggettivo del reato non impedito", incluso il "disvalore della condotta del reo"⁵⁷⁸.

Diversamente, quando l'obbligo giuridico verte sull'impedimento di un evento naturalistico, in base alla disciplina dell'omissione impropria di cui all'art. 40 cpv. c.p., il garante potrà essere chiamato a rispondere esclusivamente di questo evento, e non anche del fatto di reato complessivamente inteso, anche, si ribadisce, quando l'impedimento del primo avrebbe comportato, di riflesso, l'impedimento del reato complessivo, poiché, essendo irrilevante, ai fini della responsabilità ex art. 40 cpv. c.p. se la

⁵⁷⁷ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013

⁵⁷⁸ BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1375

causa dell'evento lesivo sia stata naturale o umana, conta solo che l'impedimento del complessivo fatto di reato non costituisca il contenuto specifico del suo obbligo impeditivo ⁵⁷⁹.

Ma se ciò è vero, se anche il garante non ha impedito un reato causale puro commesso da altri – essendo l'ambito di operatività dell'art. 40 cpv. c.p. limitato pacificamente alle sole fattispecie causali pure di evento – quando la sua posizione di garanzia era solamente quella di controllo o di posizione - con conseguente obbligo giuridico di impedimento del solo evento naturalistico - la responsabilità che potrà sorgere a suo carico sarà esclusivamente quella monosoggettiva omissiva impropria fondata sull'art. 40 cpv. c.p.

Si tratta di una questione intrinsecamente connessa con la natura della relazione esistente tra la responsabilità omissiva impropria (art. 40 c.p.) e la responsabilità concorsuale (art. 110 c.p.)

Gli art. 110 c.p. e 40 c.p., infatti, rappresenterebbero “le due distinte applicazioni di un più generale criterio di tipicità, comune ad entrambe, secondo i diversi campi di applicazione loro propri: l'art. 110 c.p. per il contributo attivo o effettivo, che limita ogni indicazione causale (...) al solo criterio causale; l'art. 40 cpv. c.p. per il contributo omissivo o potenziale, che colma le distanze tra il mondo dei fatti e quello delle ipotesi, cioè tra una condotta effettiva ed una sola possibile, arricchendo il criterio causale ipotetico degli ulteriori connotati dell'obbligo giuridico e della posizione di garanzia”

580

Si tratterebbe quindi di due norme con campi applicativi distinti, che non possono essere applicate cumulativamente, se non a costo di sacrificare la tipicità originaria dell'omissione impropria.

Ma mentre nell'ipotesi in cui sussistano delle posizioni di controllo e di protezione – le quali, si ricorda, non vertono sull'impedimento dell'altrui reato – si applicherà esclusivamente l'art. 40 cpv., poiché non è possibile ammettere una responsabilità penale che, trascendendo i confini di quella astrattamente configurata a carico del garante, derivi dal sostanziale aggiramento dell'art. 40 c.p., in funzione di una estensione della responsabilità alle ulteriori conseguenze di disvalore a cui ha portato l'evento naturalistico non impedito – con esclusione quindi di una responsabilità concorsuale - nel

⁵⁷⁹ Si può fare l'esempio, a tal proposito, del casellante che non abbia interrotto la circolazione dei treni in attesa della rimozione di un masso presente sui binari, che ha causato un disastro ferroviario. La sua responsabilità omissiva, secondo questa impostazione, dev'essere ricondotta al solo obbligo inadempito di fermare il traffico ferroviario, non di impedire l'evento di reato consistente nel disastro ferroviario conseguente alla sua omissione, poiché non rientrante nella sua posizione di garanzia

⁵⁸⁰ BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1378

caso in cui la posizione di garanzia verta invece sull'impedimento del complessivo fatto di reato, la responsabilità omissiva viene definita addirittura come "ontologicamente concorsuale"⁵⁸¹ e per questo soggetta all'applicazione dell'art. 110 c.p.

La compatibilità delle due norme emergerebbe infatti sia dal fatto che, dovendo rispondere il garante del "fatto di reato" non impedito, è evidente che la sua condotta omissiva converga, insieme a quelle commissive dei compartecipi, nel medesimo fatto di reato da questi ultimi commesso, sia, in via consequenziale, dal numero di soggetti coinvolti, evidentemente troppo alto perché sussista una responsabilità monosoggettiva.

In conclusione, esattamente come accade in tutte le ipotesi speciali di concorso (art. 46, 48, 51 cpv. ecc.), anche qui la condotta omissiva non fa che accedere a quella commissiva consistente nella realizzazione del reato, poiché, senza il reato commesso da altri, la responsabilità omissiva del garante non potrebbe neppure sorgere. Ed è proprio in questo che consisterebbe la natura ontologicamente concorsuale di tale tipologia di responsabilità.

Possono adesso comprendersi i pericolosi risultati a cui tale impostazione conduce: la netta demarcazione rivendicata tra la fattispecie monosoggettiva e quella concorsuale sulla base della sola circostanza che il fatto da impedire sia l'evento naturalistico o il reato altrui, limita in modo esponenziale il raggio d'azione dell'art. 110 c.p., escludendolo di fatto ogni qual volta l'illecito commesso sia un reato a forma vincolata - e non un reato causale puro - e il garante non abbia specifici poteri di contrasto dell'altrui condotta criminosa.

Ha evidenziato la dottrina come seguendo questa linea di pensiero si raggiungano dei risultati inammissibili sul piano della giustizia sostanziale.

Ad esempio, nell'ipotesi estremamente frequente della madre che non si opponga alla violenza sessuale perpetrata nei confronti della figlia minorenni, si dovrebbe concludere nel senso della mancanza della responsabilità concorsuale omissiva della madre inerte, potremmo dire "connivente"

⁵⁸¹ In questo senso BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1378; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, pag. 293, il quale ha sostenuto che tali posizioni di garanzia "possono essere rilevanti solo in sede di concorso persone nel reato". *Contra* chi sostiene l'idea della "causalità equivalente" e della conseguente applicazione cumulativa dell'art. 110 c.p. e 40 cpv. c.p., il quale ultimo costituirebbe *sub* criterio del generale criterio di tipizzazione causale di cui all'art. 110 c.p. In questo senso ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2011; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 9^a ediz., Cedam, 2015

⁵⁸². Infatti, essendo il genitore titolare di un obbligo di protezione nei confronti dei propri figli e non di un obbligo specifico di impedimento dei reati che possano essere commessi a loro danno, non potrebbe essere chiamata a rispondere di concorso di persone, ma solo della fattispecie monosoggettiva dell'omissione impropria, o addirittura, neppure di quest'ultima "per l'estraneità del reato realizzato alla tipologia dei reati causali puri; gli unici, per i quali sarebbe operativamente ammessa la conversione in reato commissivo mediante omissione ex art. 40 cpv. del codice penale"⁵⁸³.

Da qui si comprende il percorso argomentativo dell'opposta dottrina che, non essendo disposta a rinunciare all'incriminazione di condotte omissive che, se osservate concretamente, hanno avuto un'incidenza fondamentale ai fini della verifica dell'evento lesivo, preferiscono seguire la strada della riconducibilità dell'obbligo impeditivo dell'altrui reato all'obbligo di protezione il quale, avendo ad oggetto la tutela di un bene particolarmente "vulnerabile" da qualsiasi fonte di pericolo, si ritiene possa legittimamente estendersi al pericolo di aggressione derivante dall'altrui condotta delittuosa.

La responsabilità concorsuale del garante, quindi, troverà in questo caso fondamento sull'esistenza di un obbligo d'intervento in senso impeditivo dell'altrui reato perfettamente assimilabile a quello sussistente nella fattispecie monosoggettiva⁵⁸⁴.

E d'altronde, questa sembra essere la tesi accolta anche in giurisprudenza che, salvo qualche rara eccezione in cui si è pronunciata a favore dell'inclusione della condotta omissiva del genitore in ordine all'impedimento della violenza sessuale nei confronti della figlia nell'ambito applicativo dell'art. 40 cpv.⁵⁸⁵, nella stragrande maggioranza delle sentenze pronunciate sul tema, ha sostenuto la tesi secondo cui "in tema di reati contro la libertà sessuale commessi in danno di minori, grava su

⁵⁸² Si è espressa sul tema M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 56-57

⁵⁸³ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, cit. pag. 57

⁵⁸⁴ In questo senso PULITANO', *Diritto penale*, 6^a ediz., Giappichelli, 2015, pag. 233

⁵⁸⁵ Cass. Pen., Sez. III, n. 4730/2007: "Il genitore esercente la potestà sui figli minori, come tale investito, a norma dell'art. 147 cod. civ., di una posizione di garanzia in ordine alla tutela dell'integrità psico-fisica dei medesimi, risponde, a titolo di causalità omissiva di cui all'art. 40 cpv. c.p., degli atti di violenza sessuale compiuti dal coniuge sui figli allorquando sussistano le condizioni rappresentate: a) dalla conoscenza o conoscibilità dell'evento; b) dalla conoscenza o riconoscibilità dell'azione doverosa incombente sul "garante"; c) dalla possibilità oggettiva di impedire l'evento"; Più di recente Cass. Pen., Sez. III, n. 40663/2015: "In tema di reati contro la libertà sessuale, la posizione di garanzia verso i propri figli, costituita dall'art. 147 c.c., in capo al genitore, comporta l'obbligo per costui di tutelare la vita, l'incolumità e la moralità sessuale dei minori contro altrui aggressioni; ne consegue che risponde del reato di violenza sessuale in danno del figlio minore, commesso da terzi, il genitore che, consapevole del fatto, non si attivi per impedirlo ed anzi consenta il protrarsi degli abusi"

ciascun genitore l'onere di adoperarsi onde impedire l'evento, stante l'obbligo di protezione del minore, configurandosi in difetto il concorso nel reato”⁵⁸⁶.

- *I risvolti pratici sul tema della connivenza “punibile”*

Sono evidenti, a questo punto, i risvolti pratici della questione in materia di connivenza “punibile”, a seconda che si accolga la tesi che attribuisce rilevanza all'omissione – ai fini dell'integrazione dell'ipotesi concorsuale – solamente quando impeditiva dell'evento, oppure quella che ritiene sufficiente il suo carattere agevolativo in senso negativo.

Preliminarmente va osservato che le tesi sostenute dalla dottrina e dalla giurisprudenza ai fini della punibilità, a titolo di concorso omissivo, della inerzia di fronte all'altrui commissione di un reato, nonostante l'obbligo giuridico di impedirlo, sono senz'altro state molteplici.

Il problema si è posto, in particolare, al momento dell'individuazione degli esatti connotati del potere impeditivo del garante.

Tralasciando la più risalente e ormai abbandonata giurisprudenza che fondava la riconducibilità della connivenza “punibile” al concorso omissivo, sulla base del presupposto che su ognuno gravi un dovere di solidarietà sociale fondato sull'art. 2 della Costituzione, che porrebbe un obbligo di intervento a carico della generalità dei consociati, oggi, invece, la dottrina e la giurisprudenza unanimi concordano sul fatto che la posizione di garanzia abbia carattere eccezionale e non possa per tale

⁵⁸⁶ Cass. Pen., Sez. III, n. 19739/2007; In senso conforme Cass. Pen., Sez. III, n. 42210/2006 “in tema di reati contro la libertà sessuale, risponde del reato di cui agli artt. 110 e 609-bis c.p., il genitore che essendo a conoscenza degli abusi sessuali subiti dal proprio figlio minore li abbia tollerati e comunque non li abbia impediti, omettendo di denunciarli, atteso che sullo stesso grava l'obbligo di educazione e protezione del minore così da impedire se non il verificarsi quantomeno il protrarsi di fatti delittuosi in danno dello stesso”; Cass. Pen., Sez. III, n. 4331/2006 “In tema di reati contro la libertà sessuale, grava sui genitori e sugli altri soggetti cui i minori risultino eventualmente affidati l'obbligo giuridico di impedire se non il verificarsi quantomeno il protrarsi di fatti delittuosi in danno dei minori, in quanto titolari di una posizione di garanzia connessa al loro dovere di tutela e sorveglianza, con la conseguenza che il non avere impedito tali eventi equivale ad avere concorso a cagionarli”; Cass. Pen., Sez. III, 26369/2011 “Il genitore risponde, a titolo di concorso, del reato di violenza sessuale materialmente commesso da terzi sul proprio figlio minore quando, pur essendo egli consapevole dell'abuso ma assente dal luogo del fatto, tenga una condotta meramente passiva, essendo a lui ascrivibile la responsabilità per aver violato l'obbligo, derivante dai doveri inerenti alla potestà genitoriale, di impedire il fatto)”

motivo essere configurato in modo arbitrario un obbligo di garanzia generalizzato di contrastare l'altrui compimento di illeciti penali ⁵⁸⁷.

Basti pensare, a dimostrazione di tale assunto, da un lato alla figura del soccorso difensivo finalizzato alla difesa di un diritto altrui che, stando a quanto risulta dalla combinazione degli artt. 52 e 54 c.p., “è chiaramente facoltativo, e non obbligatorio, valendo soltanto a scriminare il fatto delittuoso commesso per la necessità di difendere un diritto altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta (o per salvare altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona) ⁵⁸⁸, dall'altra alla circostanza che gli obblighi di garanzia sono posti dalle norme penali o a carico di soggetti determinati (come le forze dell'ordine, gli amministratori di società, i rappresentanti di soggetto incapace, i titolari di poteri nell'ambito dei rapporti di educazione, cura e istruzione) ovvero a carico dei privati, che solo in questi casi specifici (come l'omessa denuncia artt. 364 c.p., 709 c.p.), in quanto espressamente gravati dell'obbligo di denuncia, saranno chiamati a rispondere, in caso di inadempimento, a titolo di responsabilità omissiva (con vari profili di problematicità che verranno di seguito affrontati). In tutti gli altri casi non espressamente tipizzati dal legislatore, invece, il privato non avrebbe né l'onere, né tanto meno l'obbligo – ma solo la facoltà – di collaborare con le forze di polizia ⁵⁸⁹.

I casi più complessi sono però quelli in cui il legislatore si è limitato a individuare una posizione di garanzia, senza poi tipizzare con esattezza i poteri impeditivi correlati a quest'ultima.

Esistono infatti varie ipotesi nelle quali la norma “si limita a individuare i due termini (il soggetto e il bene) della *Garantenstellung*” ⁵⁹⁰, magari aggiungendo delle indicazioni ai fini dell'individuazione della condotta impeditiva doverosa, senza però fornire alcuna descrizione della stessa.

L'ipotesi tipica in tal senso è quella costruita in capo ai genitori dagli artt. 30 Cost. e 147 c.c., “ma poi affidata interamente alla dimensione fattuale per quel che concerne l'individuazione dei poteri impeditivi ad essa connessi. In questo caso, infatti, il confine dell'obbligo impeditivo si misura sul risultato, nel senso che il garante è tenuto ad adottare qualunque comportamento possa risultare utile ad impedire la realizzazione dell'evento lesivo, senza che sia possibile declinare a priori i contenuti del potere impeditivo” ⁵⁹¹. E se anche qualche indicazione in più viene fornita dalla giurisprudenza,

⁵⁸⁷ Cass. Pen., Sez. VI, n. 9930/1994, Campostrini; Cass. Pen., sez. I, n. 2775/1986, Brusisco

⁵⁸⁸ GRIMALDI, *I labili confini tra connivenza e concorso di persone nel reato*, in www.diritto.it

⁵⁸⁹ In questo senso MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, VI ediz., Padova, 2009, pag. 547

⁵⁹⁰ GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, cit. pag. 363, il quale inoltre fa presente come l'individuazione esatta del comportamento doveroso sia fondamentale sotto due profili: verificare l'esistenza del nesso di causalità tra la condotta doverosa omessa e l'evento lesivo, e valutare la sussistenza o meno della responsabilità del garante quando questo non sia rimasto totalmente inerte

⁵⁹¹ MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la tipicità*, Cedam, 2013, cit. pag. 60

questa riguarda la delinearazione con maggior precisione del contenuto dell'obbligo di garanzia dei genitori nei confronti dei figli minori, nel senso che "la posizione di garanzia verso i propri figli, costituita dall'art. 147 c.c., in capo al genitore, comporta l'obbligo per costui di tutelare la vita, l'incolumità e la moralità sessuale dei minori contro altrui aggressioni"⁵⁹², ma non i poteri che sono conferiti allo stesso per assicurare tale tutela ai propri figli.

Ci sono poi delle ipotesi in cui, come sopra anticipato, l'obbligo giuridico di intervento connesso alla posizione di garanzia non può tradursi nell'impedimento dell'evento lesivo, ma nell'esercizio di un potere "mediato", quale la denuncia finalizzata a sollecitare l'intervento altrui.

Questo è ciò che accade tipicamente nell'omissione di soccorso, nella quale, ai sensi dell'art. 593 comma 2 c.p., l'obbligo può essere adempiuto alternativamente o prestando l'assistenza occorrente, ovvero dando immediato avviso all'Autorità. O, ancora, riprendendo l'esempio della violenza sessuale endofamiliare, la giurisprudenza è costante nel ritenere che "i doveri che gravano sull'esercente la potestà sono così "consistenti", che quando lo stesso sia consapevole della perpetrazione ai danni della prole di abusi sessuali ha l'obbligo di impedire la consumazione del delitto; l'obbligo di impedimento deve essere concreto ed efficace, per cui è necessario o porre in essere interventi idonei ad impedire l'evento ovvero, nel caso ciò non sia possibile, di denunciare il coniuge abusante"⁵⁹³.

È ovvio, tuttavia, che includendo l'obbligo di denuncia tra gli obblighi del garante, la cui violazione fa sorgere la responsabilità concorsuale omissiva, si va a sacrificare l'autentica portata della capacità impeditiva dell'evento, connessa alla posizione di garanzia che, in quanto giustificata dalla posizione di signoria vantata rispetto alla fonte di pericolo, dovrebbe essere intrinsecamente connessa alla capacità di neutralizzazione dello stesso. Perciò, se non si vuole contraddire l'efficacia impeditiva dell'intervento del garante, tramite una eccessiva ed arbitraria generalizzazione dell'obbligo di denuncia, è necessario circoscriverlo temporalmente "al tempo dell'esecuzione, fin quando cioè la

Questo è il fenomeno esattamente opposto a ciò che accade rispetto alle posizioni di garanzia delineate in ambito societario, che sono invece dettagliatamente descritte nei loro contenuti e poteri

⁵⁹² Cass. Pen., Sez. III, n. 40663/2015, in *De Jure*

⁵⁹³ Cass. Pen., Sez. III, n. 39458/2012, in *De Jure*; Cass. Pen., Sez. III, n. 1369/2011, in *De Jure*: "L'obbligo, per il genitore esercente la potestà, di intervenire per impedire che l'altro coniuge compia atti di violenza sessuale ai danni della prole, impone al primo, che ne sia venuto a conoscenza, di provvedere alla denuncia del coniuge abusante, sempre che non vi sia la possibilità di altri interventi idonei ad impedire l'evento"; Cass. Pen., Sez. III, n. 14710/2008: "Tra i "doverosi" interventi che il genitore è tenuto a porre in essere rientrano anche i rimedi estremi, quali la denuncia dell'autore del reato e il suo allontanamento dall'abitazione coniugale"

denuncia (e gli interventi giuridici impeditivi con essa attivati), conservi il potere di ostacolare la realizzazione dell'evento lesivo" ⁵⁹⁴.

Ma al di là della qualificazione degli esatti obblighi che incombono sul garante, è sul piano dei criteri di rilevanza del contributo omissivo improprio che si rinvengono i veri risvolti pratici del concorso per omissione nella "connivenza punibile" e, più in particolare, sul piano delle distinte conseguenze derivanti dall'accoglimento della teoria condizionalistica o di quella agevolativa.

È infatti innegabile che quanto più si restringono i confini concorsuali, richiedendo che la condotta omissiva sia stata causa dell'evento (teoria condizionalistica), tanto più sarà complesso qualificare come contributi concorsuali delle condotte di mera passività e inerzia - quindi conniventi - che al massimo possono aver reso più agevole la commissione del reato, nel senso di aver infuso un senso di sicurezza nel soggetto agente al momento della condotta delittuosa (teoria dell'agevolazione).

Eppure, abbiamo riscontrato come la maggior parte della dottrina difenda l'applicazione del modello causale puro in materia di causalità omissiva, a dispetto della causalità commissiva, nella quale spesso ci si accontenta del carattere agevolativo della condotta ⁵⁹⁵. Anche se, alcuni autori, ad un'analisi più approfondita della questione, hanno ritenuto che la contrapposizione inconciliabile tra le due teorie sia più apparente che reale.

Infatti, se anche si ritiene, come da tanti sostenuto, che esista una differenza intrinseca tra la fattispecie commissiva e quella omissiva, consistente nel fatto che solamente nella prima, esistendo un rapporto tra due entità reali e quindi rinvenibili nella realtà, sia possibile una valutazione fattuale del loro apporto alla realizzazione dell'evento a fini concorsuali, mentre nella seconda tale valutazione di carattere fattuale sarebbe impedita dalla natura dell'omissione, che non sarebbe in grado "di concorrere, sul piano naturalistico, alla realizzazione di alcunché, ciò non significa che l'apporto omissivo al fatto tipico non possa variare in concreto, per intensità e gravità, o peggio, che da un tale

⁵⁹⁴ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, cit. pag. 62, la quale aggiunge che "tale considerazione vale inoltre a distinguere la sfera del concorso nel reato da manifestazioni inquadrabili più correttamente in forme di ausilio *post delictum*; intanto potrà dirsi che il garante abbia, con la sua omissione, inciso sulla realizzazione del reato, in quanto, ovviamente, abbia, con la sua inerzia, posto in essere un antecedente sul piano almeno concausale dell'evento-reato"

⁵⁹⁵ In questo senso FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pag. 181; RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, pag. 401; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, pag. 382; BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1384. Contra MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, per il quale anche per la condotta omissiva basta l'agevolazione

accertamento si possa prescindere; bensì, soltanto, che la sua valutazione concreta non potrà avere luogo che in un secondo tempo e, cioè, dopo aver individuato l'azione impeditiva doverosa”⁵⁹⁶.

Semplicemente, nella condotta omissiva, è necessario un passaggio ulteriore nell'ambito del giudizio fattuale: non basta, come invece accade nella causalità commissiva, collegare direttamente l'evento alla condotta omissiva, ma è necessario verificare se sostituendo all'omissione la condotta doverosa alternativa, l'evento si sarebbe comunque verificato. Perciò è solamente la condotta alternativa omessa a rappresentare parametro di rilevanza del contributo omissivo a fini concorsuali.

Per questo, essendo il giudizio fattuale il medesimo in entrambe le fattispecie, e cambiando solamente il momento in cui quest'ultimo va effettuato, non esistono valide ragioni per pretendere che la condotta omissiva, a differenza di quella commissiva, sia stata condizione dell'evento, ma sarà sufficiente che anche quest'ultima abbia almeno agevolato la sua realizzazione.

Posta in tali termini la questione, non sembra che ci siano seri ostacoli a ricondurre la condotta del connivente al concorso omissivo improprio.

Infatti, non c'è dubbio che l'atteggiamento di mera inerzia di fronte all'altrui commissione di un reato sarà penalmente irrilevante nella misura in cui sia stato posto in essere da un qualunque spettatore sul quale non gravi alcun obbligo d'intervento. Ma se il contegno inerte si associa ad una posizione di garanzia e al conseguente obbligo giuridico di attivarsi a fini impeditivi dell'evento, è evidente che la condotta che di per sé era insignificante, acquista rilievo penale a fini concorsuali, nella misura in cui si riesca a provare che l'inerzia del garante abbia avuto un ruolo causale o per lo meno agevolativo in ordine alla commissione del reato, in quanto, se egli si fosse attivato, avrebbe impedito o per lo meno reso meno semplice la sua realizzazione.

Nel concorso omissivo, quindi, è proprio la posizione di garanzia a rappresentare lo “sbarramento formale”⁵⁹⁷ del penalmente rilevante: solo quest'ultima può conferire rilievo penale ad una agevolazione del reato che in ogni caso si è verificata.

In conclusione, quando a non impedire la commissione di un reato altrui sia stato un soggetto che aveva l'obbligo giuridico di impedirlo, sembra potersi affermare che sia sufficiente che quest'ultimo,

⁵⁹⁶ LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, cit. pag. 380-381

⁵⁹⁷ L'espressione è di M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 39

essendosi rappresentato la condotta doverosa omessa e avendo voluto, o accettato il rischio del verificarsi del reato, abbia con la sua condotta almeno agevolato la realizzazione dello stesso, per essere chiamato a rispondere di concorso mediante omissione a titolo di compartecipe.

3.7 La connivenza nel concorso morale

L'indagine sulla riconducibilità della "connivenza punibile" alle forme concorsuali non può certamente arrestarsi al concorso omissivo. L'altra fondamentale forma che può assumere il concorso di persone nel reato e alla quale sembra per vari aspetti riconducibile la figura del "connivente punibile", inteso come persona che abbia assistito inerte alla realizzazione di un reato, è senz'altro quella del concorso morale.

In questo caso, la questione si presenta in termini molto differenti rispetto a quelli posti in evidenza a proposito del concorso omissivo. Nella complicità psichica, infatti, non rileva l'esistenza di una posizione di garanzia e il conseguente obbligo giuridico in capo al garante di impedire la commissione del reato, ma ciò che in definitiva si richiede, ai fini dell'incriminazione della condotta, è che quest'ultima abbia in qualche modo agevolato la commissione del reato, nel senso di aver rafforzato il proposito criminoso del soggetto agente e aver reso così più semplice la realizzazione del crimine.

Eppure, come emergerà chiaramente dal proseguito della trattazione, riconoscere la rilevanza penale della "mera agevolazione" a fini concorsuali e soprattutto ammettere che assistere passivamente alla commissione di un reato possa costituire agevolazione dello stesso, non è stato semplice e, soprattutto, non è tuttora pacificamente riconosciuto.

- *La determinazione e l'istigazione. Cenni introduttivi*

Nonostante il concorso morale possa concretizzarsi tramite due distinte forme operative - la determinazione e l'istigazione - solamente l'indagine su quest'ultima è fondamentale ai fini della nostra riflessione.

Infatti, poiché la determinazione si caratterizza per far sorgere in altri un proposito criminoso prima inesistente, mentre l'istigazione si limita a rafforzare un proposito che già esisteva nella psiche del soggetto agente⁵⁹⁸, è evidente che l'unica forma di partecipazione psichica che può essere presa in considerazione ai nostri fini è quella dell'istigazione.

La determinazione, infatti, è connotata per sua natura da un disvalore particolarmente grave - inequivocabilmente dimostrato dalla commissione di un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso, poiché il proposito criminoso non sarebbe neppure sorto - al quale non può certamente ricondursi la condotta connivente di tolleranza di fronte all'altrui commissione di un reato, che al massimo potrà aver infuso nel soggetto agente un senso di sicurezza ai fini del compimento dell'azione delittuosa.

Discorso non dissimile vale per il previo accordo diretto a commettere il delitto, disciplinato dall'art. 115 comma 1 c.p., poiché, essendo quest'ultimo preventivo rispetto alla realizzazione del fatto, è evidentemente inconciliabile con la posizione del connivente: uno spettatore rimasto inerte di fronte alla perpetrazione di un reato non potrà mai essere un "concorrente originario", ma potrà divenirlo "solo in corso d'opera o a cose (almeno in parte) decise"⁵⁹⁹, fermo restando che nulla esclude che l'accordo preventivo possa avere come oggetto proprio l'atteggiamento di inerzia in questione che, in questo caso, sarà senz'altro punibile a titolo di concorso morale, in quanto adempimento dell'accordo originario.

Per questo motivo, l'unica categoria alla quale sembra potersi ricondurre la figura della connivenza punibile è quella dell'istigazione. Infatti, esaurendosi quest'ultima nel rafforzare un proposito criminoso sorto prima e indipendentemente dal suo intervento, non può escludersi, a parere di chi scrive, che tale effetto rafforzativo della decisione criminosa del soggetto agente sia derivato proprio

⁵⁹⁸ Nella manualistica FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, pag. 529

⁵⁹⁹ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 72

dalla consapevolezza che un terzo estraneo abbia assistito, senza intervenire, alla sua azione delittuosa.

Sarà dunque su questa figura che focalizzeremo d'ora in poi la nostra attenzione.

- *I confini di rilevanza penale dell'istigazione*

Per comprendere a quali condizioni l'istigazione sia punibile, occorre partire dal presupposto che gli esatti confini di rilevanza penale dell'istigazione si desumono dall'art. 115 comma 3 c.p. che, sancendone la non punibilità quando essa sia rimasta "sterile", nel senso che non vi abbia fatto seguito la commissione del reato, dimostra senza dubbio la volontà legislativa di punire, a titolo di concorso morale, l'istigazione che, avendo rafforzato l'altrui proposito criminoso, si sia materialmente concretizzata nella commissione del reato⁶⁰⁰.

Questa impostazione, per quanto pacificamente condivisa in dottrina, presenta immediatamente l'evidente difficoltà pratica - che non si rinviene nella causalità materiale - di individuare il criterio in base al quale dimostrare l'efficacia causale dell'istigazione in ordine alla realizzazione del reato. Infatti, il problema da risolvere nella partecipazione morale non consiste nel comprendere quale tipologia di contributo abbia raggiunto una soglia di rilevanza tale da poter essere incriminato a titolo di concorso - se basti un contributo agevolatore o se sia necessario che esso sia stato *conditio sine qua non* dell'evento - ma piuttosto nell'individuare l'esatto effetto che la condotta istigatrice abbia prodotto nella psiche del destinatario, cioè, in altri termini, in quale misura abbia influito sul suo proposito, già esistente, di commettere il reato.

Questione complicatissima sul piano probatorio e motivazionale proprio perché, a differenza della determinazione, che ha un immediato riscontro pratico nella commissione di un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso, "l'efficacia dell'istigazione vive all'interno della psiche del soggetto istigato"⁶⁰¹ e, perciò, è soltanto sul piano delle relazioni psichiche tra i due soggetti coinvolti che si può accertare la responsabilità dell'istigatore.

⁶⁰⁰FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, pag. 529

⁶⁰¹SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1122

- *Il rifiuto del modello causale e il criterio prognostico: la presunta idoneità dell'istigazione*

Per sciogliere i nodi posti dagli interrogativi appena esposti, bisogna considerare che una parte della dottrina, per quanto minoritaria, ha cercato di sganciare il concorso morale dal modello di accertamento di tipo causale.

In primis va segnalato come qualche autore, argomentando in tempi molto risalenti nel senso della elevata riprovevolezza che connoterebbe intrinsecamente l'istigazione, poiché “colui che istiga – si è affermato – corrompe l'altrui animo e l'altrui morale – *ipse peccat in se et alium peccare facit* - rivelandosi anche peggiore di colui che poi commetterà il reato e rendendosi il maggiore responsabile di questo” ⁶⁰², ha sganciato l'istigazione, proprio in virtù della sua intrinseca riprovevolezza, da qualsiasi tipo di legame causale con il reato, confondendo evidentemente il piano dell'etica con quello del diritto: è infatti innegabile che non possano ignorarsi quei casi – non infrequenti - in cui l'istigazione si sia rivelata completamente inutile, superflua o inidonea ai fini della materiale commissione del fatto, come, ad esempio, il caso in cui il reo avrebbe comunque commesso il reato pur in assenza dell'istigazione, perché già perfettamente risoluto in ordine alla sua realizzazione.

Sembra quindi che punire in questi casi l'istigatore, in assenza di qualsiasi legame causale con il fatto di reato verificatosi, potrebbe forse trovare giustificazione sul piano morale, ma non certamente su quello giuridico ⁶⁰³.

Essendo perciò indiscutibile che un qualche legame tra la condotta istigatrice e l'evento di reato debba sussistere, va rilevato - come anticipato - che una parte della dottrina da sempre nega che tale legame sia di tipo causale, sulla base del presupposto che un accertamento eziologico tra condotte psichiche

⁶⁰² SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1123 ha tradotto in italiano il pensiero espresso in latino da Alberto da Gandino, in CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia*, in *Enc. dir. pen. it.*, PESSINA (a cura di), Società Editrice Libreria, vol. II, 1906, pag. 118

Dello stesso parere NOCITO, *Il concorso di più persone in uno stesso reato*, in *Enc. dir. pen. it.*, vol. V, 1904, pag. 319, il quale ha sostenuto che “il mandante è doppiamente reo, per avere cioè non solo posto in essere un reato, ma per avere corrotto la volontà e l'anima di un uomo, e creato un colpevole”

⁶⁰³ In questo senso SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1124

e fatti fisici sarebbe impraticabile, preferendo piuttosto ripiegare su un giudizio di carattere prognostico⁶⁰⁴.

A tal fine, valorizzando l'istigazione come autonoma figura di reato e non come mera condotta concorsuale, poiché "chi istiga risponde non già per aver posto in essere un antecedente causale (...), ma per aver tenuto una condotta rispondente al modello legale e, perciò tipica"⁶⁰⁵, si è cercato di attribuire rilevanza penale anche a quella condotta istigatoria che, pur non avendo avuto efficacia causale in ordine alla realizzazione del reato, abbia comunque rinsaldato il proposito criminoso del reo, poiché già di per sé intrinsecamente dotata del requisito dell'idoneità *ex ante* o dell'attitudine a rafforzare il proposito criminoso altrui.

In particolare – si è affermato – se si considera che l'istigato riceve "o la rappresentazione del fatto o, se il proposito era preesistente, la rappresentazione di sue modalità (di tempo, di luogo, ecc.) o anche il cosiddetto rafforzamento della determinazione (...), non è possibile impostare i problemi della imputazione in termini di efficienza causale, mancando un accadimento naturalistico come secondo termine del rapporto"⁶⁰⁶. Basti considerare, a dimostrazione di ciò, che il termine "istigare" ha un'accezione valutativa, la quale rimanda ad una condotta che necessariamente deve possedere peculiari requisiti di cui non solo non è necessario, ma è "ontologicamente errato"⁶⁰⁷ compiere l'accertamento, poiché connaturati alla condotta in questione.

In altre parole, essendo "la concreta idoneità a creare o rafforzare l'altrui proposito criminoso e la volontà di operare in tal senso" il contenuto intrinseco della condotta di istigazione, quest'ultima non può essere considerata neutra, "poiché il fatto stesso di qualificare una condotta psichica come istigazione, presuppone già risolto positivamente il problema della sua potenziale idoneità nel caso concreto"⁶⁰⁸.

Conseguentemente, dando per assodato che sia preferibile, nel campo delle "relazioni interpersonali", ricorrere ad un "giudizio prognostico sulle capacità che una certa condotta possiede di influenzarne un'altra"⁶⁰⁹, sarebbe superfluo o addirittura inutile parlare di causalità o di tipicità – intesa come

⁶⁰⁴ In questo senso ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, pag. 417; VIOLANTE, voce *Istigazione*, in *Enc. dir.*, Giuffrè

⁶⁰⁵ VIOLANTE, voce *Istigazione*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1972

⁶⁰⁶ VIOLANTE, voce *Istigazione*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1972

⁶⁰⁷ La paternità dell'espressione appartiene a SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1225

⁶⁰⁸ L'efficace sintesi di questo pensiero dottrinale è stata fatta da SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1225

⁶⁰⁹ ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, pag. 417

conformità del fatto concreto alla fattispecie descritta in astratto dalla norma incriminatrice – con riferimento all’istigazione, proprio perché il “giudizio di previsione” verrebbe in questo caso svolto in relazione ad una “presunzione di idoneità” del contegno psichico a produrre l’effetto suo proprio.

- *La critica al criterio prognostico*

La maggior parte della dottrina, tuttavia, ha ripudiato l’impostazione basata sul giudizio prognostico.

Infatti, posto che l’istigazione può realizzarsi sia come fattispecie monosoggettiva che come contributo causale, solamente nel primo caso, trattandosi di un reato di mera condotta, può considerarsi sufficiente la mera idoneità della stessa. Non così nella fattispecie concorsuale, nella quale, poiché l’attività istigatrice si rivolge ad una persona reale e si traduce in un fatto di reato materialmente commesso, “al giudizio prognostico sull’idoneità della condotta deve accompagnarsi una valutazione di tipo diagnostico, volta a stabilire se, nel caso concreto, l’istigazione abbia effettivamente sortito un proprio effetto” ⁶¹⁰.

Per comprendere i termini dell’accertamento causale nell’ambito delle interrelazioni psichiche, in considerazione della peculiare natura del legame tra l’istigatore e il fatto di reato realizzato dall’istigato, qualche autore ha effettuato un efficace parallelismo con la figura della concussione di cui all’art. 117 c.p. (nel testo precedente alla riforma introdotta dalla legge 190/2012) ⁶¹¹: così come nella concussione la giurisprudenza e la dottrina erano costanti nel negare rilevanza alla condotta del Pubblico Ufficiale, quando la dazione o la promessa di denaro o altra utilità da parte del privato concusso non fosse stata conseguenza solo e soltanto della condotta abusiva della parte pubblica ⁶¹², allo stesso modo, nelle relazioni di tipo psichico, deve accertarsi che la condotta psichica sia stata

⁶¹⁰ SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1125

⁶¹¹ SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1126

⁶¹² Infatti, prima dello “spacchettamento della concussione” e dell’introduzione dell’induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.), poteva sussistere il sostanziale dubbio che il privato si fosse determinato alla dazione non perché autenticamente costretto, ma per ottenere in cambio della dazione un proprio illecito profitto

causale rispetto alla successiva attività fisica dell'istigato, e il relativo accertamento non può certo ridursi ad un mero giudizio di carattere prognostico.

Per tale motivo, “l'accertamento condizionalistico è praticabile anche rispetto all'istigazione: sul giudice incombe, pertanto, l'obbligo di ordinare gli avvenimenti realizzatisi in una “serie continua” e così spiegare e motivare l'influsso esercitato dall'istigazione sul proposito delittuoso del soggetto istigato e sul reato commesso”⁶¹³.

Non solo. C'è un altro motivo alla base dell'impraticabilità del criterio prognostico.

Si è infatti evidenziato come il richiamo all'istigazione e all'accordo diretto a commettere il delitto all'interno della medesima disposizione (art. 115 c.p.), sancendo, per entrambi, l'irrelevanza penale quando ad essi non abbia fatto seguito la commissione del reato, abbia proprio la finalità di escludere la punibilità di tali condotte a titolo di “tentativo di partecipazione”, nonché di “andare oltre l'ufficializzato riconoscimento della rilevanza dell'istigazione quale forma di partecipazione punibile”⁶¹⁴.

Non sembra, in altre parole, che il criterio prognostico possa essere validamente utilizzato - come pure si è sostenuto - strumentalizzando la disposizione sul tentativo, cioè applicando l'art. 56 c.p. al concorso morale in funzione di tipizzazione, proprio perché il tentativo di partecipazione non è una figura ammessa nel nostro ordinamento: “non si comprende, cioè, attraverso quale procedimento logico, una norma che tipizza atti idonei ed univocamente diretti a commettere un delitto, dovrebbe legittimare la perseguibilità a titolo di concorso di comportamenti *ex ante* idonei a rendere più probabile l'evento prodotto dalla realizzazione complessiva”⁶¹⁵.

Ora, non c'è dubbio che anche il giudizio prognostico possa valere come criterio di tipizzazione delle condotte, ma è altrettanto indubbio che ciò possa avvenire – oltre all'ipotesi del tentativo in cui il legislatore richiede espressamente che l'azione non si compia o il fatto non si verifichi (art. 56 c.p.) – nelle sole fattispecie in cui, in funzione anticipatrice della tutela, il legislatore abbia voluto

⁶¹³ SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1126

⁶¹⁴ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 74

⁶¹⁵ VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1389

incriminare “il compimento di atti idonei a ledere o a mettere in pericolo l’interesse protetto. Al di fuori di queste ipotesi, l’uso del criterio prognostico non sembra legittimo”⁶¹⁶.

In conclusione, può affermarsi che la pericolosità sottesa alla pretesa di sganciare la causalità psichica da un qualche riscontro in ordine all’effettivo condizionamento che essa abbia esercitato sull’azione criminosa è “talmente evidente da non dover nemmeno essere sottolineato”: ciò che balza agli occhi, infatti, è che il criterio prognostico, oltre a “trasformare la condotta di partecipazione in una sorta di reato di pericolo astratto parallelo (meglio: non collegabile) alla condotta principale”, soprattutto la renda una “una forma serpeggiante di responsabilità per fatto altrui del tutto incompatibile con l’art. 27, primo comma, Cost”⁶¹⁷. Perciò esso sarebbe totalmente impraticabile, sia perché avrebbe un contenuto eccessivamente elastico per poter “tracciare una linea di demarcazione interna alle condotte agevolatorie, selezionando tra di esse quelle perseguibili a titolo di concorso; sia in punto di diritto, perché risulta privo di base normativa; sia, infine, in una corretta prospettiva di politica criminale, perché esso non solo non può arginare ma, anzi, favorisce le tendenze alla soggettivizzazione della partecipazione criminosa, con tutti i rischi di strumentalizzazione in chiave *lato sensu* autoritaria che essa inevitabilmente comporta”⁶¹⁸.

Senonché, non può prescindersi dal considerare che il criterio prognostico è stato il criterio in passato privilegiato dalla giurisprudenza di legittimità, per valutare la rilevanza penale a titolo concorsuale di condotte di partecipazione psichica. Infatti, sulla base di argomentazioni secondo cui “il contenuto obiettivo degli atti di concorso può essere determinato in termini di semplice idoneità o di maggior sicurezza di realizzazione del reato”, o che “qualsiasi contributo idoneo a fungere da fattore di determinazione o di rafforzamento della volontà criminosa dell’agente costituisce un atto di concorso” o, infine, che esista una sorta di “presunzione di idoneità per quei comportamenti che esprimono adesione morale all’altrui attività criminosa”⁶¹⁹, la giurisprudenza di gran lunga dominante degli anni ’80 e ’90 si è schierata a favore di quella corrente dottrina, che si accontentava

⁶¹⁶ VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l’identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1390

⁶¹⁷ RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, pag. 31

⁶¹⁸ VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l’identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1391

⁶¹⁹ Cass. Pen., 22 dicembre 1978; Cass. Pen., 5 maggio 1971; Cass. Pen., 8 marzo 1966; Cass. Pen., 20 gennaio 1970; Cass. Pen., 23 aprile 1963, riportate da VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l’identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1390

della presunta idoneità della condotta psichica ad influenzare il percorso motivazionale del reo, senza effettuare alcun tipo di accertamento *ex post* sulla sua incidenza effettiva sulla sua psiche, al fine di incriminarla a titolo di concorso nel reato.

- ***Il criterio della “realizzazione del volere”***

A risultati non dissimili da quelli ai quali è pervenuta l'impostazione basata sul criterio prognostico ha condotto un altro filone dottrinale – il cui massimo esponente è Antonio Pagliaro - che, partendo dalla considerazione che non sarebbe la causalità “il *minimum* della rilevanza penale della condotta di partecipazione, ma la realizzazione del volere”, ha sostanzialmente riconosciuto la qualifica di concorrente psichico a colui che, pur non avendo realizzato la condotta tipica, abbia per lo meno apportato un contributo che dimostri di aver “fatto sua l'intera realizzazione criminosa”, cosa che accadrebbe se avesse in qualche modo agevolato la realizzazione del reato.

E tale accertamento – si è sostenuto – non va svolto sulla base del paradigma condizionalistico.

Infatti, posto che ciò che conta, nel concorso morale, non è la convergenza “delle forze naturali, ma (...) il convergere delle iniziative di più soggetti”⁶²⁰, sarebbe illogico applicare il paradigma condizionalistico – che senza dubbio si applica quando ad essere in gioco siano delle forze naturali – in quelle ipotesi in cui la materiale realizzazione del fatto di reato dipende dall'iniziativa e dalla volontà di un altro soggetto – l'esecutore materiale – che evidentemente mantiene la propria libertà di autodeterminazione.

Per tale ragione, le linee guida da seguire, in questa peculiare tipologia concorsuale, suggerirebbero che “è sufficiente un apporto qualsiasi capace di favorire il verificarsi dell'evento; o che occorre sostituire al concetto di causalità o di condizione il concetto di azione idonea ad agevolare il verificarsi dell'evento, riducendo – cioè – il concetto di causalità a quello di idoneità; o che il partecipe è punibile quando si è limitato a porre in essere un'azione che *ex ante*, secondo un giudizio di prognosi postuma, appariva idonea a facilitare la commissione del reato, rendendone cioè più probabile il successo,

⁶²⁰ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 560

anche se *ex post* si sia rivelata inutile o addirittura dannosa”⁶²¹, dimostrando, anche in tale caso, che il momento da valorizzare in sede di valutazione della condotta psichica debba essere quello della sua capacità, valutata *ex ante*, di influenzare il reo.

In altre parole, a differenza della fattispecie monosoggettiva, rispetto alla quale tale filone dottrinale ha continuato a sostenere la necessità che il soggetto abbia “causato” il reato, in quella concorsuale, invece, è sufficiente che il partecipe morale lo abbia semplicemente agevolato, nel senso di aver aumentato le probabilità del suo verificarsi, non diversamente da chi – nell’impostazione basata sul criterio prognostico - riteneva sufficiente la mera idoneità della condotta perché sorgesse la responsabilità dell’istigatore⁶²².

- *La critica alla teoria della “realizzazione del volere”*

Tuttavia, anche questa seconda alternativa – in sostanza pur sempre prognostica - al metodo causale, è stata aspramente criticata in dottrina, poiché ammettendo la punibilità dell’istigazione “purché idonea, nonostante la sua comprovata inefficacia”, si è in effetti ricaduti, nuovamente, sull’inammissibile punibilità del tentativo di partecipazione.

In particolare, si è evidenziato - in senso critico rispetto al criterio della “realizzazione del volere” - che non esistendo una differenza, se non meramente formale, tra un’istigazione idonea non seguita dalla commissione di un reato (espressamente non punibile ai sensi dell’art. 115 comma 3 c.p.) e

⁶²¹ DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pag. 231, il quale ha sintetizzato efficacemente le varie posizioni degli autori che rifiutano il paradigma della causalità, in favore di quello della “realizzazione del volere” in materia di causalità psichica. Appartenenti a questo filone dottrinale CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, Giuffrè, 1943, pag. 311 e ss., ONDEI, *Correità e rapporto di causalità*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1946, pag. 49 e ss., GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Giuffrè, 1952, pag. 122 e ss., MUSOTTO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Palermo, 1964, pag. 316 e ss., PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, in *Studi di diritto penale raccolti da Giacomo Delitala*, Milano, 1966, pag. 48 e ss., GIULIANI-BALESTRINO, *I problemi generali dei reati societari*, Giuffrè, 1978, pag. 134 e ss., MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Cedam, 2015, pag. 464

⁶²² D’altronde, l’apprezzamento per il criterio prognostico è stato espressamente manifestato dal principale sostenitore della dottrina della “realizzazione del volere” – Pagliaro – il quale ha affermato che il giudizio di carattere ipotetico mostrerebbe la sua massima importanza proprio nelle ipotesi concorsuali, in cui “il realizzarsi della lesione sfugge alle leggi causali, per dipendere dal volontario apporto degli altri soggetti. Il modo di realizzazione del volere è radicalmente diverso quando ci si avvale di rapporti causali naturalistici e quando ci si avvale dell’opera di altri”, PAGLIARO, *Parte generale. Il reato*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, 2007, pag. 561

un'istigazione idonea, seguita dalla commissione di un reato rispetto al quale essa non abbia avuto, o per lo meno non si sia raggiunta alcun tipo di prova, della sua reale efficacia, incriminare la seconda significherebbe non solo trasformare un reato di evento in un reato di mera condotta ma, nonostante ciò, punirlo comunque alla stregua di un reato di evento, differenziandosi tale evento da una condizione obiettiva di punibilità esclusivamente per il fatto di essere stato voluto dal compartecipe. Anzi, "in effetti esso è soltanto voluto" ⁶²³.

Ma tale operazione, si è osservato, è puramente arbitraria e non suffragata da alcun tipo di fondamento giuridico, poiché il dato formale, sancendo l'equivalenza di tutti i contributi concorsuali dei compartecipi (art. 110 c.p.), e disciplinando in una differente norma l'istigazione e l'accordo (art. 115 c.p.), dimostra l'inequivocabile volontà legislativa di "equiparare in astratto il disvalore di tutte le forme concorsuali" ⁶²⁴ e di escludere il mero accordo e l'istigazione "sterili" da quel medesimo disvalore.

Per questo motivo - oltre che per lo scarso garantismo offerto dalla teoria della "realizzazione del volere" - la dottrina tradizionale e maggioritaria ne sostiene l'inammissibilità nel nostro ordinamento, giacché, in definitiva, essa legittimerebbe l'incriminazione di "ipotesi di compartecipazione del tutto potenziali, senza verificarne l'effettiva influenza sulla psiche dell'autore materiale" ⁶²⁵, fino al punto, secondo alcuni, di stravolgere l'autentico significato giuridico del contributo alla realizzazione della fattispecie plurisoggettiva ⁶²⁶.

⁶²³ DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pag. 232

⁶²⁴ DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pag. 232

⁶²⁵ DE MAGLIE, *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pag. 231

⁶²⁶ In questo senso DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pag. 226

- *Il modello causale e le modalità di accertamento del nesso di causalità nella partecipazione psichica*

La dottrina largamente maggioritaria – seppur, come si vedrà in seguito, con argomentazioni differenti e con vari tentativi di adattamento alle peculiarità delle relazioni di tipo psichico – si è schierata a favore dell'utilizzo del modello causale anche nell'ambito della causalità psichica ⁶²⁷.

Infatti, si è affermato, non esiste alcun tipo di giustificazione per non ritenere che “anche per i c.d. influssi psichici (...) resti valida l'affermazione che un antecedente è causale solo se è condizione *sine qua non*, e che il condizionamento non può essere accertato senza l'aiuto di adeguate generalizzazioni”.

In particolare, l'assunzione in base alla quale il giudice potrebbe giustificare l'utilizzo del modello causale è che “quando il fattore considerato sia una circostanza in presenza della quale gli uomini agiscono, essi generalmente si comportano in modo analogo al modo descritto nell'attribuzione, cosicché l'individuo del quale si discute presumibilmente agì, egli pure, nel modo in cui agì, perché era presente quel dato fattore. In breve, alle spiegazioni di azioni individuali sono richieste generalizzazioni di qualche tipo” ⁶²⁸.

L'unica differenza ammessa, nella causalità psichica, è che non potendosi formulare, in tale ambito, leggi universali rigorosamente certe, le generalizzazioni adottate potranno avere solamente una forma statistica: “asseriranno, per esempio, che la maggior parte degli uomini, o che una percentuale di essi, si comporta, in date circostanze, in un dato modo” ⁶²⁹.

⁶²⁷ Favorevoli all'utilizzo del parametro causale anche in materia di causalità psichica SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1123 e ss.; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2012, pag. 184 e ss.; SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000, pag. 96 e ss., DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pag. 222 e ss.

⁶²⁸ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1990, pag. 102

⁶²⁹ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1990, pag. 102

Ancora più radicale RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, cit. pag. 7: “i processi psichici sfuggono, per loro natura, a qualunque griglia di generalizzazione, ovvero di sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura”.

Un'altra possibile soluzione potrebbe essere quella di “ridurre *ex ante* il ventaglio delle condotte causali rilevanti, in modo da contenere sia il rischio di approssimazione tipico delle leggi statistiche, sia il (maggior) rischio di indeterminatezza, legato alla fase *ex post* dell'accertamento individuale proprio delle fattispecie psicologiche”, SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000, cit. pag. 101

Negando quindi l'ammissibilità di una mera presunzione *ex ante* di idoneità dell'istigazione a produrre l'effetto di condizionamento psicologico in capo al reo – che i sostenitori del criterio prognostico consideravano sufficiente, senza che essa dovesse essere seguita dall'effettiva verifica *ex post* che tale effetto di condizionamento si fosse realmente prodotto – i “causalisti”, invece, hanno difeso *in primis* la necessità di verificare che la condotta sia stata idonea nel caso concreto all'effetto suo proprio, sulla base delle regole esperienziali o scientifiche sopracitate; in secondo luogo, dovrà accertarsi che l'effetto di condizionamento sulla psiche del soggetto agente si sia realmente verificato, perché altrimenti si arriverebbe all'inammissibile risultato di incriminare il tentativo di partecipazione, senza alcun tipo di fondamento normativo.

Solo dopo aver effettuato tali imprescindibili accertamenti potrà subentrare il ragionamento presuntivo.

Infatti, trattandosi pur sempre di fatti che si svolgono interamente all'interno della psiche del soggetto istigato, non è detto che “si raggiunga la ragionevole sicurezza che il *clinamen* dell'autonomia decisionale del reo non avrebbe dettato il medesimo consiglio”⁶³⁰. È solo in questo momento che il ragionamento presuntivo diventa irrinunciabile: non possedendo la prova dell'effetto di condizionamento, “non diremo che del consiglio dato non possiamo accertare l'efficacia. L'assenza di elementi contrari, sempre accoglibili, la certezza dell'esistenza del consiglio e della sua idoneità ad esercitare una causalità psichica sull'istigato, nonché la verifica che esso venne effettivamente posto in essere, sono prove sufficienti per una dichiarazione di responsabilità dell'istigatore, perché sufficienti ad interferire dal noto l'ignoto, cioè il nesso causale. Ma dovendo esprimere tale nesso in termini condizionalistici, potremmo affermare che senza il consiglio la condotta dell'istigato sarebbe stata diversa”⁶³¹.

Secondo questa impostazione, in ultima analisi, quello relativo alla causalità psichica sarebbe un “falso problema”⁶³²: anche ad essa continuerebbe ad applicarsi il giudizio bifasico sancito dalla

⁶³⁰ DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pag. 222

⁶³¹ DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pag. 222

⁶³² AA.VV., AMATO-CERASE-GALADINI, *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla “Commissione Grandi Rischi”*: *Riflessioni sul processo alla “Commissione Grandi Rischi”*, Franco Angeli, 2015

sentenza Franzese ⁶³³, semplicemente sopperendo all'assenza di leggi scientifiche universali di copertura con delle generalizzazioni di carattere statistico del senso comune.

In altre parole, il criterio condizionalistico puro sarebbe perfettamente preservato, con dei leggeri adattamenti, resi indispensabili dalle peculiarità della causalità psichica, soprattutto nelle ipotesi in cui, dovendo rinunciare alla “triangolazione logica che sorregge tale tipo di verifica” ⁶³⁴, cioè allo schema secondo cui all'istigazione e all'accoglimento della stessa, segue la realizzazione del fatto oggetto dell'istigazione – in quanto la condotta istigatrice non si sia tradotta in un dato estrinseco materialmente riscontrabile nella realtà, come accadrebbe nel caso di una variante apportata dall'istigato al proprio piano criminoso, immediatamente percepibile nel fatto di reato da quest'ultimo commesso - la difficoltà di accertamento della responsabilità dell'istigatore si acuisce ulteriormente, esaurendosi sul piano del dolo dell'esecutore materiale.

In ultima analisi, non sembra che nell'ambito della causalità psichica si possa prescindere dall'effettuare tale duplice passaggio del “giudizio bifasico”, arrestandosi - come vorrebbero i sostenitori del criterio prognostico - al solo effetto di presunto condizionamento che la condotta avrebbe esercitato sulla psiche del soggetto agente. Infatti, da un lato, non potendosi escludere a priori che il reo si sia definitivamente determinato all'azione delittuosa per motivi che prescindono *in toto* dall'istigazione ricevuta, e che questa non abbia dunque esplicato alcun tipo di effetto rafforzativo del suo proposito criminoso, non si può fare un salto logico che colleghi automaticamente la condotta istigatrice al fatto di reato, obliterando la fase intermedia, e, parimenti, se anche si raggiungesse la “ragionevole certezza” che l'istigazione abbia realmente prodotto l'effetto suo proprio, non si potrebbe per ciò solo punire l'istigatore, ignorando lo specifico reato commesso dall'istigato, perché altrimenti dovrebbe ammettersi che il primo sia responsabile di “qualunque illecito commesso dall'esecutore, in connessione con l'originario proposito criminoso o, al contrario, che egli risponda solo di quel particolare fatto (in senso storico e naturalistico) che sia stato da lui voluto” ⁶³⁵.

⁶³³ Cass. Pen., S.U., n. 30328/2002

⁶³⁴ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 77

⁶³⁵ SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1127: in particolare, si considerino le ipotesi in cui rispettivamente l'istigazione non sia stata accolta perché il reo era già perfettamente motivato alla commissione del reato e l'istigatore non gli abbia fornito delle motivazioni nuove o differenti rispetto a quelle originarie (in questo caso avremmo un tentativo di istigazione, non punibile), e quella in cui, al contrario, l'istigazione sia stata accolta, ma l'esecutore materiale abbia poi volontariamente commesso un reato diverso da quello voluto dall'istigatore. In quest'ultimo caso, l'autore ha ritenuto che non possa escludersi che l'istigatore sia comunque legato al reato realizzato, perché potrebbe comunque “aver influito sull'iter criminis,

- *La critica al modello causale*

Anche l'impostazione basata sulla difesa incondizionata del modello causale ha tuttavia sollevato una serie di obiezioni in senso critico in letteratura.

Non si può infatti ignorare quella parte della dottrina, seppur minoritaria, che, dopo essersi interrogata sulla possibilità di utilizzare il paradigma causale per fornire una spiegazione al rapporto esistente tra fenomeni immateriali, inconsistenti e psichici come quello in esame⁶³⁶, ha risposto che “la causalità psichica è in realtà figlia di una psicologia indeterministica che ha fatto il suo tempo, se mai ne ha avuto uno, e che sopravvive soltanto nelle pagine di qualche manuale penalistico o di qualche sentenza proclive a motivare ricorrendo a *topoi* concettuali frusti e bislacchi”⁶³⁷, e che sia per questo preferibile ripiegare su criteri alternativi rispetto a quello causale.

In particolare, partendo dal presupposto che la causalità psichica non possa assimilarsi alla causalità materiale, perché è “una categoria quanto mai infida, destinata a tradursi in apriorismi concettuali indimostrabili”, tale dottrina si è chiesta quale “tipo di processo eziologico dovrebbe attivare l'istigazione per assumere un ruolo causale”⁶³⁸.

E a tal fine, dando per scontata l'assoluta inesistenza di autentiche leggi scientifiche di copertura che possano fornire una qualche spiegazione in ordine al nesso presunto causale tra “una condotta comunicativa e la psiche, o, peggio ancora, l'evento eventualmente provocato”⁶³⁹ - come d'altronde aveva ammesso la stessa dottrina sostenitrice del paradigma causale - e pur ammettendo che siano invece rinvenibili delle generalizzazioni di senso comune sulle modalità comportamentali - che secondo la dottrina tradizionale dovrebbero sopperire alla mancanza di leggi scientifiche universali - queste, si è sostenuto, non potrebbero mai consentire l'operatività del meccanismo causale nelle interrelazioni meramente psichiche, *in primis* perché “il tasso di verificabilità empirica delle leggi è, in relazione ai meccanismi psichici, più basso che altrove. Il che di per sé inficia il tasso di scientificità

rimanendo estraneo solo all'ultima volizione dell'esecutore”, cosicché dovrà comunque considerarsi, sul piano causale, perfettamente responsabile

⁶³⁶ In questo senso DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pag. 678 e ss.; PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pag. 405 e ss.

⁶³⁷ PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pag. 405

⁶³⁸ PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pag. 405

⁶³⁹ PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pag. 406

della legge, declassandola a criterio meramente indiziario. In secondo luogo, il ricorso ad assunzioni tacite deve essere abbondante, e quindi tale da svilire ulteriormente la bontà del metodo logico, gettando ombre sulla possibilità stessa di chiarire il singolo fenomeno di condizionamento psicologico”⁶⁴⁰.

Non solo. Se si considera che la prova del condizionamento della condotta istigatrice in capo all’istigato è pressoché impossibile, poiché esso vive e si consuma, nella quasi totalità dei casi - salva ovviamente l’ipotesi della confessione - all’interno della sola psiche di quest’ultimo, e che la medesima condotta istigatrice non potrà mai aspirare a diventare “causa necessaria” dell’evento, “dal momento che qui si interpone il fondamentale postulato di tutto il diritto punitivo, e cioè la libera determinazione dell’agente”, deve senza dubbio concludersi, secondo tale filone dottrinario, che di causalità non possa parlarsi, poiché il giudizio causale, in questo caso, si esaurirebbe nel solo ricorso alla legge, o meglio alla massima di copertura, essendo impossibile recuperare l’ultimo momento della causalità, consistente nella verifica *ex post*, connaturata anch’essa al concetto di causa.

Questo spiegherebbe il motivo per il quale la dottrina che si rifiuta di rinunciare al paradigma causale, pur di giustificare la sua valenza anche nella causalità psichica, “finisce in verità con il ripiegare su schemi di valutazione *ex ante* (facendo applicazione di criteri di imputazione) e, nella difficoltà di operare una verifica del singolo caso, insiste sull’utilità di indici meramente sintomatici, come lo stato di incapacità o di particolare disadattamento dell’istigato (in cui difetterebbe la normale autoresponsabilità) o, per converso, l’utilizzazione di mezzi qualificati (minacce, promesse) da parte dell’istigato”⁶⁴¹.

In conclusione, posto che i fenomeni psichici sarebbero suscettibili solamente di essere compresi, e mai spiegati, in quanto “la variabilità e l’imprevedibilità delle reazioni umane, pur a seguito di identici stimoli istigatori all’azione, ne impedirebbero la generalizzazione all’interno di una classe tipologica ripetibile e riproducibile secondo schemi di regolarità sussumibile in leggi”⁶⁴², l’unica soluzione possibile sarebbe quella di ripiegare su criteri di imputazione oggettiva, quale quello dell’aumento

⁶⁴⁰ DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pag. 679

⁶⁴¹ Ancora DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pag. 680

⁶⁴² M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 81

del rischio, che viene costantemente utilizzato dalla giurisprudenza che, riconoscendo l'impossibilità, in caso di istigazione meramente rafforzativa del proposito criminoso del reo, di esigere la prova positiva che senza di essa il proposito non sarebbe mai stato attuato, è costretta a considerare "sufficiente la prova della obiettiva idoneità, in base alle regole della comune esperienza, della condotta consapevolmente posta in essere dal concorrente a produrre, sia pure in misura modesta, il suddetto rafforzamento"⁶⁴³.

È evidente, tuttavia, che seguendo tale linea di pensiero si ritorni nuovamente al punto di partenza: l'utilizzo, in materia di causalità psichica, di un giudizio di carattere meramente prognostico, come se potesse identificarsi la condotta di partecipazione psichica in base alla sua generica attitudine a rinsaldare l'altrui proposito criminoso.

Criterio che abbiamo detto essere valevole nelle sole ipotesi in cui il legislatore abbia scelto di anticipare la soglia di punibilità al momento della messa in pericolo del bene protetto, cosa che evidentemente non accade nelle varie ipotesi di concorso di persone - materiale o morale che sia - in cui non sembra che egli abbia voluto rinunciare alla necessaria sussistenza di un effettivo legame dell'azione istigatrice, non solo con la psiche del soggetto agente - in termini di accoglimento dell'istigazione - ma anche col reato da lui infine realizzato.

- *Una soluzione a metà strada tra il modello causale e il criterio prognostico*

Una diversa soluzione al problema della causalità nell'ambito della partecipazione psichica è stata prospettata da un'altra dottrina, la cui massima esponente è stata Lucia Vignale.

Quest'ultima, dopo aver ammesso che il criterio prognostico "può bastare a fondare la tipicità di un certo comportamento" in tutti quei casi in cui, utilizzando espressioni come "tale da", "in modo da", "idonea a" e simili, "la valutazione di idoneità è fondata su di un'espressa previsione legislativa, perché lo stesso dettato normativo impone di prescindere dagli sviluppi reali e di indagare sulla pericolosità dell'azione o sulla sua attitudine a produrre determinati effetti"⁶⁴⁴ - come avviene nelle

⁶⁴³ Cass. Pen., Sez. III, 8 luglio 1999, in *Cass. Pen.*, 2000, pag. 1088-1089

⁶⁴⁴ VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1389

ipotesi del tentativo, in cui la fattispecie è costruita proprio in funzione della circostanza che l'azione non si compia o il fatto non si verifichi, e dei reati di pericolo, in cui il legislatore anticipa il momento di tutela del bene a quello della sua messa in pericolo – ed aver negato che il medesimo criterio possa essere legittimo al di fuori di tali ipotesi, e in particolare, per quanto di interesse in questa sede, in materia concorsuale, ha proposto una lettura del tutto innovativa dell'istigazione a delinquere.

Infatti, pur concordando con la conclusione già raggiunta dalla maggior parte della dottrina rispetto al fatto che sancire la non punibilità ai sensi dell'art. 115 comma 3 dell'istigazione rimasta “sterile” dimostri la chiara volontà legislativa di incriminare a titolo di concorso l'istigazione che sia invece stata accolta e seguita dalla commissione del reato, tale dottrina ne ha tratto tuttavia delle ulteriori conclusioni totalmente difformi.

Il termine istigazione utilizzato dal legislatore, infatti, non avrebbe, in tale prospettiva, l'ambito ristretto che la dottrina tradizionale vorrebbe far credere, poiché in realtà viene utilizzato dal legislatore in un'accezione estremamente ampia, quasi onnicomprensiva, che include “ogni forma di partecipazione psichica (...) che va dalla vera e propria determinazione al semplice rafforzamento dell'altrui proposito criminoso”. Perciò è errato ritenere che esista un'equazione tra istigazione e antecedente causale: la condotta istigatoria potrà concretamente manifestarsi come antecedente causale, nella misura in cui, facendo sorgere un proposito criminoso prima inesistente ed essendosi tradotta nella realizzazione di un reato, che altrimenti non sarebbe stato commesso, abbia assunto i connotati della “determinazione”; al contrario, verrà in considerazione come fattispecie di reato autonoma, nel caso in cui, essendosi limitata a rinsaldare un proposito criminoso che già era nato indipendentemente in capo al reo (istigazione in senso stretto), non potrà considerarsi legata da alcun nesso eziologico con la condotta delittuosa di quest'ultimo.

L'art. 115 comma 3 esplicherebbe allora “una funzione di estensione dell'ordinamento che è analoga a quella dell'art. 110 c.p., anche se attuata attraverso una formula negativa (di non punibilità), ma nel contempo è più specifica, giacché crea, accanto ad ogni fattispecie di reato, una particolare fattispecie di concorso, che non consiste genericamente nel concorrere a quel reato, bensì nel concorrervi mediante l'istigazione di altri a commetterlo”⁶⁴⁵.

⁶⁴⁵ VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1405

Ma se ciò è vero, si è affermato, non possono non mettersi in discussione tutte le posizioni giurisprudenziali che attribuiscono rilevanza al mero rafforzamento del proposito criminoso ai fini della causazione del reato, mascherando dietro al richiamo puramente formale al nesso di causalità l'incriminazione della sola volontà criminosa.

Rappresentando l'art. 115 comma 3 c.p. l'unico fondamento giuridico dell'incriminabilità della condotta istigatoria in senso ampio (includente quindi la determinazione e l'istigazione in senso stretto), e potendosi desumere *a contrario* da tale norma che - al di là della determinazione che è senz'altro punibile perché fa sorgere il proposito - l'istigazione intesa in senso stretto come rafforzamento del proposito criminoso possa essere punita solo se seguita dalla commissione del reato, qualunque ulteriore riferimento alla causalità appare totalmente ridondante e fuori luogo: basterà accertare nei fatti che l'istigazione sia stata accolta e che grazie ad essa il reo abbia attuato il suo piano criminale, in quanto rinsaldato nelle sue motivazioni preesistenti o allettato da motivazioni nuove, per qualificarlo e punirlo come compartecipe morale nell'altrui reato, pur in assenza di un qualche legame eziologico di carattere "convenzionale"⁶⁴⁶.

Tale dottrina, quindi, ha negato la legittimazione tanto al criterio causale quanto a quello prognostico: il primo perché non suscettibile di includere tutte le forme di partecipazione alla fattispecie plurisoggettiva, in quanto adatto alla sola determinazione, ma non all'istigazione in senso stretto; il secondo, perché limitandosi a presumere l'idoneità dell'istigazione senza verificare l'effettivo risultato che questa abbia prodotto nella psiche dell'istigato, non solo andrebbe incontro alle solite critiche mosse contro il criterio prognostico, ma apparirebbe anche "incompatibile con la espressa previsione dell'art. 115, che impone sì, *a contrario*, la persecuzione penale dell'istigazione, ma solo quando essa sia stata effettivamente accolta"⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ Ha affermato testualmente VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1405-1406 che ciò che è fondamentale è "valutare se l'autore materiale, da una parte, abbia effettivamente recepito l'istigazione" e, dall'altra, se "abbia tratto da essa impulso e stimolo per portare a termine l'attività esecutiva o per realizzare un preesistente proposito criminoso. Si tratta, in altri termini, di verificare se l'attività istigatoria abbia fornito un motivo, anche se non determinante, dell'altrui condotta, o abbia consolidato uno dei motivi preesistenti". Ciò, in ultima analisi, basterebbe per classificare quell'attività come "causale",

⁶⁴⁷ VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1406

- *L'adattamento del modello causale alle peculiarità della causalità psichica*

Una prospettiva "relativizzante"

Oltre a chi ha difeso in modo incondizionato la valenza del paradigma causale in materia di causalità psichica, vanno considerati quei filoni dottrinali che, tenendo presenti le peculiarità che connotano intrinsecamente il concorso psichico, si sono schierati a favore del modello causale in una prospettiva che potremmo definire "relativizzante", nei limiti, cioè, di compatibilità con il carattere puramente "interiore" delle relazioni tra i soggetti coinvolti.

In tale senso si è senza dubbio orientato chi, proponendo di differenziare le modalità di accertamento della condotta di determinazione da quella di istigazione, ha finito per proporre un modello causale che potremmo definire "alternativo", poiché basato sul tentativo di contemperamento tra il paradigma condizionalistico puro e il criterio prognostico.

L'idea di partenza di questa peculiare impostazione dottrinarica, infatti, è che solo nelle ipotesi di determinazione, sussistendo un "legame causale effettivo" tra la sua condotta e l'evento lesivo verificatosi, potrà parlarsi di un'autentica "reatità" del compartecipe morale, mentre nel caso della istigazione, intesa appunto come mero rafforzamento del proposito criminoso, "si è in presenza della condotta accessoria per eccellenza, geneticamente legata alla condotta dell'autore e solo indirettamente alla realizzazione dell'evento-reato"⁶⁴⁸.

Derivando da ciò la naturale conseguenza che solamente alla prima, possedendo, si ribadisce, autentica natura causale, sia adattabile il paradigma condizionalistico, l'unica soluzione - posto che invece l'art. 110 c.p. sovrappone in modo totalmente arbitrario, anche dal punto di vista terminologico, condotte principali (determinazione) e accessorie (istigazione) - per non rinunciare in via definitiva a incriminare queste ultime, che evidentemente non possono avere un'efficacia condizionale rispetto all'evento, è, a detta di questa dottrina, quella di integrare il paradigma causale con alcuni "parametri di supporto, idonei a vagliare su basi oggettivamente attendibili i meccanismi di interazione personale"⁶⁴⁹, fermo restando che rimane imprescindibile la differenza tra determinazione e istigazione.

⁶⁴⁸ RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, pag. 75

⁶⁴⁹ RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, pag. 75

A tal fine, nella prima – la determinazione - potranno senz'altro rinvenirsi *ex ante* delle leggi di copertura in cui sussumere il fatto concreto, le quali, tuttavia - come d'altronde già avevano riconosciuto i massimi esponenti della dottrina tradizionale - non potranno essere leggi scientifiche di carattere universale, ma solamente leggi sociali di tipo statistico, che consentano di sostituire ad un giudizio di certezza, delle “valutazioni probabilistiche relative alla normale prevedibilità, nel tempo, dei comportamenti umani”, cosicché potrà affermarsi che “il comportamento di A” sia stato causale rispetto alla “condotta di B” quando, “in base a parametri di probabilità logica e sempre fatto salvo il rigoroso riscontro delle circostanze del caso concreto, potrà ritenersi normalmente in grado di incidere sull'altrui capacità di autodeterminazione, condizionandola”⁶⁵⁰.

Al contrario, nell'ambito delle condotte istigatorie che si siano limitate ad agevolare, tramite il condizionamento in senso rafforzativo della psiche dell'istigato, la commissione del reato da parte di quest'ultimo, non sarà possibile rinvenire neppure delle leggi sociali di copertura, e si dovrà necessariamente ripiegare su “griglie di comportamento” che riconoscano la rilevanza penale, ad esempio, delle condotte di “incitamento, consiglio, promessa o offerta d'aiuto”, fermo restando, anche in questo caso, il necessario riscontro della incidenza effettiva dell'istigazione sulle modalità commissive del reato.

Quello appena descritto sarebbe, a detta di tale posizione dottrina, l'unico sistema che consentirebbe all'interprete di svincolarsi, quando sia in gioco una condotta meramente agevolatoria, da un giudizio causale di tipo “nomologico-generalizzante”, evidentemente impraticabile in questa peculiare fattispecie, per concentrarsi, piuttosto, sulla verifica della “effettiva rispondenza tra contributo istigatorio e fatto commesso”, secondo una logica “descrittiva-individualizzante” che, pur differenziandosi nettamente dal modello causale puro, condivide con esso “le esigenze di obiettività e determinatezza che stanno alla base di ogni criterio di imputazione oggettiva dell'evento”⁶⁵¹.

Ed è proprio in questo che si può riscontrare l'accoglimento di una prospettiva causale che abbiamo definito “relativizzante”, poiché adattata alle peculiarità della causalità psichica: quest'ultima – e non solo – non rientrerebbe, in definitiva, “nello schema della sussunzione sotto leggi, ma neanche in quello – eccessivamente estensivo – della pura prognosi: è semplicemente riscontro materiale, *per facta*, dell'effettività del contributo del compartecipe, nel senso di un suo reale inserimento nella

⁶⁵⁰ RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, pag. 75

⁶⁵¹ RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, pag. 76

dinamica della concreta attuazione criminosa. Si tratta, cioè, di accertare se il partecipe abbia messo qualcosa di suo nella realizzazione criminosa, rendendola quindi parzialmente propria”⁶⁵².

Non molto distante da questo percorso argomentativo che ha teorizzato un modello “alternativo” di causalità, si è collocato un altro indirizzo dottrinale, che pur non rinunciando *in toto* - al pari di quello appena esaminato - al modello causale, ha comunque abbandonato l’idea che in materia di causalità psichica possa raggiungersi lo stesso grado di certezza – in particolare scientifica – esigibile nella causalità materiale.

Ed in effetti, in questa come nelle altre svariate tesi che cercano di adattare il paradigma causale alle peculiarità delle relazioni psichiche, si rinviene come costante la piena consapevolezza della necessità di ripiegare, in sostituzione delle leggi scientifiche di copertura, non rinvenibili in materia, su massime di comune esperienza, leggi sociali di senso comune le quali, non essendo in grado di esprimere “una regolarità di successione tra fenomeni”, evidentemente incompatibile con l’irregolarità e l’imprevedibilità dei fenomeni di carattere psichico, pur essendo suscettibili di “effettuare previsioni in ordine a ciò che normalmente accade”⁶⁵³, costringono ad accontentarsi di un livello di certezza inferiore a quella scientifica, una “certezza definita normo-valutativa, ossia di tipo logico-argomentativo e induttivamente fondata”⁶⁵⁴.

Ora, una volta condotta a termine la prima fase “generalizzante” del giudizio bifasico di accertamento del nesso di causalità, sancito dalla sentenza Franzese, e così individuate, con una valutazione *ex ante* svolta attraverso le massime di copertura, le condotte psichiche potenzialmente in grado di incidere in senso condizionante sulla mente dell’istigato, si potrà passare alla seconda fase dell’accertamento in cui, tramite un giudizio questa volta *ex post*, si cercherà di “fornire la prova della relazione causale in negativo (...), mediante l’esclusione della riconducibilità dell’evento psichico concreto a decorsi causali alternativi rispetto alla condotta selezionata *ex ante*”⁶⁵⁵.

⁶⁵² RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, pag. 77

⁶⁵³ CINGARI, *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pag. 773

⁶⁵⁴ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 84

⁶⁵⁵ CINGARI, *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pag. 773

Solo una volta esclusa l'incidenza sulla condotta criminosa del reo di fattori causali alternativi rispetto all'istigazione, si potrà quindi concludere nel senso della sussistenza della responsabilità a titolo di compartecipe dell'istigatore.

Senonché, anche in questo caso, non possono ignorarsi le obiezioni di quella parte della dottrina che, mettendo in evidenza la profonda differenza tra leggi scientifiche e massime di esperienza, e sul conseguente livello di certezza ottenibile dal loro impiego, ha comprensibilmente manifestato serie perplessità sulla sostenuta validità del giudizio bifasico anche per quelle ipotesi in cui le suddette leggi scientifiche non siano disponibili, e un grado di certezza soddisfacente raggiungibile: “giudicare secondo massime d'esperienza o secondo luoghi comuni è cosa ben diversa dal giudicare secondo conformità a legge. “Massime” e “luoghi” non sono leggi meno forti, adottabili quando non si possa elaborare una legge di carattere scientifico, ma comunque strutturate sul loro modello, bensì sono precipitati storici dell'esperienza, che possono essere confutati e superati in virtù del riferimento a esperienze alternative, più congrue a focalizzare la specificità del caso concreto”⁶⁵⁶.

- ***La qualificazione della causalità psichica alla stregua della disciplina del tentativo***

Sempre in una posizione che possiamo considerare “intermedia” – in quanto non riconducibile né al paradigma causale né al criterio prognostico -, ma allo stesso tempo decisamente innovativa e atipica, va apprezzata quella dottrina che, nel tentativo di conciliare il carattere intrinsecamente aleatorio dell'indagine sulla causalità psichica con la pericolosità sottesa alla scelta di ripiegare su criteri meramente prognostici, ai fini dell'accertamento della condotta psichica punibile a titolo di concorso, ha da un lato abbandonato il paradigma condizionalistico, e al contempo ha richiesto – come *quid pluris* del tutto innovativo rispetto alle vecchie impostazioni basate sul criterio prognostico o sulla “realizzazione del volere” – alcuni minimi e irrinunciabili requisiti di rilevanza penale della condotta istigatrice, come delle “soglie di sbarramento”⁶⁵⁷ al di sotto delle quali l'istigazione non è punibile.

⁶⁵⁶ RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, pag. 842

⁶⁵⁷ L'espressione è di RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, pag. 32

La teoria in questione, dopo aver approfonditamente analizzato la differenza di pensiero tra la posizione dei c.d. “causalisti”⁶⁵⁸ - i quali, pur ammettendo una qualche differenza tra eventi fisici e psichici, in ogni caso hanno ricondotto entrambi al modello causale - e gli “intenzionalisti” o “dualisti” - i quali, invece, hanno negato la valenza in materia di causalità psichica del paradigma causale, poiché “le descrizioni mentali della condotta umana e, cioè, le asserzioni circa le azioni riconducibili ad uno stato spirituale (sentimenti, opinioni, scopi, particolarità caratteriali, aspirazioni), sono distinguibili nella loro struttura fondamentale dalle descrizioni di evento di tipo oggettivo ed esteriore”⁶⁵⁹, cosicché il legame logico tra tali elementi soggettivi e l’evento di reato non può certamente essere di tipo causale - ha preso una chiara posizione a favore di questa seconda impostazione, cercando di superare, quando si parli di condotte psichiche, il “concetto nomologico di causa”, concentrandosi piuttosto sulle “ragioni” dell’agire umano.

Secondo Ronco - il principale esponente di tale impostazione - infatti, i causalisti sarebbero vittime di un equivoco, poiché quella che viene spacciata come causalità in realtà non è altro che una causalità meramente apparente, che nasconde un ragionamento di carattere “ipotetico-congetturale”: laddove si afferma che “l’*extraneus*, fornendo il mezzo inutile, avrebbe favorito la realizzazione del reato compiuto dall’autore, non attraverso un contributo materiale, bensì psichico, giacché quest’ultimo, senza lo strumento, non si sarebbe “forse” recato sul luogo del fatto”⁶⁶⁰, si utilizza in realtà una formula di carattere congetturale – dimostrata inequivocabilmente dall’avverbio “forse” – poiché “nessuno, neppure l’autore – in quanto la sua opinione postuma sarebbe inevitabilmente pregiudicata da ciò che egli effettivamente ha compiuto – potrebbe dire, a cose fatte, se egli si sarebbe o meno astenuto dalla condotta illecita, ove non avesse ricevuto il grimaldello per scassinare la porta”⁶⁶¹.

Di conseguenza, essendo i processi interiori che dominano l’assunzione delle decisioni, non di carattere deterministico, ma dominati al contrario dall’assoluta incertezza, imprevedibilità e indeterminabilità, è necessario, secondo l’autore, abbandonare il paradigma causale.

Questo, infatti, si rivela *in primis* “privo di effettivo valore informativo, perché confonde la relazione tra eventi con la relazione tra azioni umane, alla cui base v’è il concetto di agente spontaneo come entità fondamentali”, in secondo luogo insufficiente, poiché trascura “l’intenzionalità come fattore

⁶⁵⁸ Soprattutto autori tedeschi quali ENGLISH, *Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn, 1963, pag. 247 e ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil B.I. Grundlagen Aufbau der Verbrechen*, 3^a Auf., München, 1997, pag. 305

⁶⁵⁹ RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, pag. 837

⁶⁶⁰ Si tratta della c.d. formula di *Baumann*, riportata da RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, pag. 839

⁶⁶¹ RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, pag. 840

dinamico (con)costitutivo dell'azione" e il ruolo attivo dell'agente nelle scelte motivazionali e, infine, "intrinsecamente contraddittorio, perché spiega il corso degli avvenimenti in base a pseudo-leggi naturalistiche che non hanno alcun oggetto referenziale *in se*"⁶⁶².

Per non parlare delle conseguenze pratiche che l'arbitraria estensione dello schema causale comporterebbe in *subiecta* materia: quest'ultimo, quando la condotta psichica si sia limitata a rafforzare il proposito criminoso dell'autore, sarebbe un mero "artificio verbalistico" di cui si avvale la giurisprudenza dominante – aggirando in tal modo il principio di legalità, che impedirebbe di attribuire rilevanza penale a una simile condotta – al fine di individuare un qualche nesso, "quando sia assente un rapporto effettivamente significativo tra la condotta e l'evento criminoso"⁶⁶³, posto che il contributo apportato non va oltre l'infusione di un senso di sicurezza, o la manifestazione di una certa disponibilità o solidarietà all'azione criminosa.

È per tali motivi che la tesi in argomento ha proposto di cambiare angolo visuale e di interrogarsi, piuttosto che sulle cause che hanno determinato un certo evento, sulle motivazioni (*reasons*) che stanno alla base di una determinata decisione. Ma impostando in tal modo la questione, non è corretto concentrarsi – come fanno i "condizionalisti" - sullo "stato mentale dell'autore dell'azione tipica, onde verificare se, tra i motivi che hanno trovato ingresso nella sua psiche, ve ne sia stato qualcuno indotto dal comportamento, fattuale o verbale, del terzo"⁶⁶⁴. Bisogna invece spostare lo sguardo sul concorrente atipico, su colui che ha istigato l'autore materiale ad agire, "onde sondarne il rapporto con l'evento criminoso, nonché l'impegno che egli prende con se stesso, attraverso il dispiegamento dell'azione, in ordine alla realizzazione del fatto".

A tal fine - recuperando parzialmente la ricostruzione avanzata dai sostenitori del criterio prognostico - si è ritenuto che la valutazione della condotta psichica debba essere effettuata, non *ex post* rispetto alla commissione del reato – come invece sostengono i causalisti – ma piuttosto collocandosi mentalmente nel momento antecedente rispetto alla sua realizzazione, fermo restando che il criterio di cui valersi non può essere circoscritto alla mera idoneità *ex ante* della condotta istigatrice, poiché

⁶⁶² RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, pag. 843

⁶⁶³ Ancora RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, pag. 843-844

⁶⁶⁴ Seguendo tale percorso argomentativo è infatti scontato che si arrivi ad affermare che il terzo è un responsabile quando abbia posto in essere una *conditio sine qua non* dell'evento, poiché si postula erroneamente che anche nelle relazioni di tipo psichico esista una qualche regolarità che in realtà è esclusa dal carattere imprevedibile delle decisioni umane, RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, pag. 845

quest'ultimo estende in modo eccessivo l'ambito di rilevanza penale del contributo concorsuale, ma – e in ciò consiste la grande novità di questa impostazione dottrinaia – il parametro da utilizzare dev'essere quello del tentativo *ex art. 56 c.p.*

Ciò che conta, infatti, affinché la condotta istigatrice sia punibile a titolo concorsuale è che “il tenore del messaggio comunicato all'esecutore sia non soltanto congruo e proporzionato rispetto all'offesa concretamente realizzata, ma altresì diretto – soggettivamente e oggettivamente – in modo non equivoco a realizzare tale offesa” ⁶⁶⁵, in modo non dissimile dai requisiti dell'idoneità e della inequivocità degli atti diretti a commettere un delitto che costituiscono gli estremi della fattispecie di tentativo ai sensi dell'art. 56 c.p.

Dal punto di vista soggettivo, infatti, non potrebbe ammettersi la punibilità del concorrente morale nel caso in cui quest'ultimo non si sia rappresentato la finalità della sua condotta, consistente nel condizionamento psichico dell'istigato; dal punto di vista oggettivo, invece, la sua condotta dev'essere inequivocabilmente diretta alla realizzazione dell'evento lesivo – in questo caso la commissione del reato da parte dell'istigato - “nel senso che la condotta deve sostanziarsi in atti che, per la loro coerenza ed omogeneità con l'azione tipica, ne costituiscano, in qualche modo, una parte integrante” ⁶⁶⁶.

Solo se la valutazione effettuata *ex ante* sulla intenzionalità della condotta atipica si combinerà con il suo obiettivo “carattere di mezzo rispetto alla consumazione del reato”, potrà legittimamente concludersi nel senso di una responsabilità concorsuale del concorrente atipico.

La principale critica mossa a questa impostazione – alla quale, in ogni caso, va riconosciuto il merito di “aver finalmente indicato una possibile via di fuga da una prospettiva puramente causale” ⁶⁶⁷ - verte essenzialmente sull'arbitraria confusione di piani tra il tentativo e il concorso morale, che sono irriducibilmente differenziati dal verificarsi o meno dell'evento di reato, all'interno di un ordinamento penale, come il nostro, “connotato, proprio grazie a disposizioni come gli artt. 56 e 115 c.p., da una considerazione privilegiata del disvalore di evento rispetto al disvalore oggettivo di azione”, cosicché “ridimensionare gli elementi differenziali tra tentativo e delitto consumato equivale ad annichilire il

⁶⁶⁵ RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, pag. 846

⁶⁶⁶ RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, pag. 847

⁶⁶⁷ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 86

profilo dell'offesa a vantaggio di quello relativo alla condotta, con tutte le pericolose conseguenze che tale operazione comporta”⁶⁶⁸.

Ciò nonostante, c'è chi ha ritenuto che tale critica possa essere agevolmente ridimensionata se si considera che il fatto di richiedere, ai fini della punibilità della condotta istigatrice, che questa possieda i medesimi requisiti necessari per l'integrazione del tentativo, non significa vanificare la differenza tra il disvalore di evento e il disvalore di azione. Al contrario, “l'esigenza di un disvalore (anche) di azione potrebbe perfino apparire in linea con la scelta di non punire il tentativo di partecipazione operata dall'art. 115 c.p., che consente, tuttavia, nel caso in cui l'istigazione non sia stata accolta (se rivolta a commettere un delitto), l'applicazione di una misura di sicurezza, evidentemente per la possibile pericolosità sociale del reo, desunta dalla condotta in sé”⁶⁶⁹.

- *Un cambio di prospettiva sulla causalità psichica: dal piano sostanziale a quello probatorio*

Le varie difficoltà incontrate dalla dottrina nella ricostruzione della causalità psichica alla stregua del modello causale hanno indotto, infine, alcuni autori a spostarsi dal piano sostanziale a quello pratico, tramite la riqualificazione del tema come un problema probatorio.

Si è affermato, in tal senso, che anche volendo ammettere l'esistenza di leggi sociali, generalizzazioni, o massime di senso comune che possano fungere da leggi di copertura, non è tanto sulla prima fase - che abbiamo definito “generalizzante” - del giudizio bifasico che ci si deve soffermare, poiché la concretizzazione nella realtà materiale di tale legge causale, “almeno nel senso forte di un riscontro *ex post* del suo positivo operare”⁶⁷⁰, non solo non è sempre necessaria, ma in un elevatissimo numero di casi non è nemmeno possibile. Ciò perché - si ricorda - la causalità morale, a differenza di quella

⁶⁶⁸ RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, pag. 33. Da considerare, inoltre, che il fatto di richiedere i due requisiti – idoneità e univocità degli atti – necessari per l'integrazione del tentativo implicherebbe, secondo l'autrice, “delimitare la rilevanza penale delle interrelazioni psichiche alle sole condotte dolose”, conclusione smentita dal capoverso dell'art. 113 c.p., che prevedendo un aumento della pena nei confronti di chi abbia “determinato altri a cooperare nel delitto”, richiamando le circostanze di cui all'art. 111 c.p. e 112 nn. 3 e 4 c.p., renderebbe “legittimamente prospettabili meccanismi di interazione psichica anche nelle ipotesi di concorso colposo”

⁶⁶⁹ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 87

⁶⁷⁰ ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Vol. I, Napoli, 2007, pag. 921

materiale, agendo solo ed esclusivamente sul piano puramente interno e motivazionale del reo, non lascia quasi mai, quando consista nella forma istigatoria, proprie tracce percepibili sul piano del fatto di reato materialmente commesso.

Se, cioè, si sceglie di accogliere l'impostazione che differenzia le due modalità operative della condotta di partecipazione morale – determinazione e istigazione - è evidente che anche la “prospettiva probatoria” non possa essere la medesima: mentre la condotta del determinatore apparirà “più esplicita e dettagliata nelle forme del messaggio comunicativo impartito, consentendo, pur attraverso il passaggio obbligato da un evento intermedio (la psiche altrui), di poterne verificare l'efficacia causale anche sul momento dell'evento finale, riscontrando che vi sia corrispondenza, nel fatto realizzato, tra quanto compiuto dall'esecutore e quanto “richiesto” dal determinatore”⁶⁷¹, nella condotta istigatoria, invece, dato che si scende “ad un livello più basso dell'influsso sull'altrui volontà”, tale possibilità di “verifica per corrispondenza” non può che essere nettamente sfumata, poiché, dovendo compiere l'indagine sulla condotta di un soggetto che si era già autonomamente e precedentemente determinato alla commissione di un delitto, che sarebbe stato realizzato anche in assenza dell'intervento istigatore altrui, non sarà mai possibile – salvo il caso della variante apportata al piano criminale originario - rinvenire nel reato materialmente posto in essere delle tracce concrete dell'istigazione, e non si potrà quindi escludere con certezza, sul piano probatorio, che il reo abbia agito per motivi differenti dall'istigazione ricevuta.

Ed è proprio per tale motivo che la prova di un concorso morale che si sia sostanziato nel solo rafforzamento del proposito criminoso altrui, a sua volta riconducibile ad una condotta di tipo istigatorio, non potrà superare il piano meramente indiziario, cosicché è inevitabile che “l'accertamento del nesso psicologico finisca per essere attratto esclusivamente nel perimetro di verifica della probabilità logica, ossia sul versante dell'accertamento fattuale, mentre il riferimento alla probabilità statistica della legge di copertura, anche solo di tipo esperienziale o sociologico – da cui non sembra comunque potersi prescindere – si limiterebbe a svolgere un ruolo poco più che argomentativo”⁶⁷².

⁶⁷¹ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 36-37

⁶⁷² M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 87, la quale ha così sintetizzato il pensiero di CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in DE FRANCESCO-PIEMONTESE-VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, pag. 200

Non solo. Anche quando si passa alla seconda fase dell'accertamento causale, consistente nella ricostruzione del fatto concreto, seguendo tale linea di pensiero, si arriverebbe, in definitiva, a sostituire l'oggetto dell'accertamento – il reato commesso – con degli “indicatori esterni”, cioè degli elementi indiziari dai quali possa trarsi un qualche convincimento probatorio in ordine all'influenza che l'istigazione possa aver esercitato sulla psiche del soggetto agente.

In altre parole, quando l'oggetto della prova è incerto, la prova va a surrogare l'oggetto, cosicché “si verifica un interscambio dei piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato all'esigenza probatoria), come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto di essa si confondono, poi, si alternano, ed infine si sovvertono”⁶⁷³.

Sembra quindi che l'obiettivo perseguito da tale dottrina fosse in realtà quello di estendere all'istigazione il medesimo criterio, basato sugli “indicatori esterni”, che si utilizza per l'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo – che presenta senza dubbio vari punti di contatto con il rafforzamento del proposito criminoso derivante da istigazione – rispetto al quale, infatti, “ai fini della prova, non sono significative tanto l'insondabilità o meno della sfera interiore, oppure la maggiore o minore suscettibilità alla standardizzazione della componente psichica, quanto piuttosto la capacità di ricostruire in termini univoci e concordanti degli elementi diretti”⁶⁷⁴.

In ultima analisi, data l'impossibilità di un giudizio formulato in termini di certezza o alta probabilità scientifica, gli “indicatori esterni” di carattere indiziaro sarebbero gli unici, nella fase di ricostruzione del fatto concreto, che consentirebbero di escludere l'incidenza sul percorso motivazionale dell'istigato di fattori causali esterni e alternativi rispetto all'istigazione, conducendo in questo modo il giudice “verso una soluzione tendenziale del problema della causa psichica e del suo accertamento in sede penale. Tendenziale, non definitiva, perché è chiaro che si tratta di un metodo di verifica articolato per approssimazioni successive che mira, in ultima analisi, alla dimostrazione del controfattuale”⁶⁷⁵.

⁶⁷³ PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, pag. 527

⁶⁷⁴ BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in DE FRANCESCO-PIEMONTESE-VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, pag. 228

⁶⁷⁵ MESSINA, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale. Percorsi giurisprudenziali e nuovi orizzonti di confronto tra scienza e diritto*, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. I, Napoli, 2011, pag. 1143

- *La recente presa di posizione della giurisprudenza di legittimità in ordine alla valenza del modello causale nelle relazioni psichiche*

Fondamentale per comprendere come le perplessità manifestate dalla dottrina a proposito dell'utilizzabilità del modello causale in materia di concorso psichico siano state perfettamente recepite e affrontate anche dalla giurisprudenza, è fondamentale analizzare una recente pronuncia della Cassazione, del Novembre 2015 ⁶⁷⁶, successiva al terremoto verificatosi all'Aquila, in cui la Corte ha preso posizione in ordine al problema del nesso di causalità psicologica, sorto, nella specie, a causa della condotta del Vice Presidente della Protezione Civile, il quale era stato accusato di aver fornito agli abitanti delle informazioni a tal punto vaghe, imprecise e contraddittorie sulla pericolosità del terremoto, da indurre alcune delle vittime a non lasciare le proprie abitazioni, nonostante il protrarsi delle scosse sismiche, "cagionando" in tal modo la loro morte.

Uno dei punti di maggiore delicatezza all'interno della presente sentenza riguardava, infatti, l'utilizzo della paradigma causale nell'ambito delle interrelazioni psichiche tra soggetti, in particolare "le condizioni che circoscrivono la rinvenibilità di un rapporto qualificabile alla stregua di un nesso di derivazione causale tra la condotta determinativa o induttiva dell'agente e la successiva condotta del soggetto asseritamente determinato o indotto ad agire, a seguito del condizionamento subito sul piano psicologico" ⁶⁷⁷.

Nella specie, secondo le prospettazioni della difesa che aveva presentato ricorso in Cassazione ⁶⁷⁸, pur ammettendo che le vittime avessero ricevuto dei messaggi tranquillizzanti da parte dell'imputato, nel senso della non pericolosità del sisma, la loro decisione di rimanere all'interno delle proprie abitazioni, anzi che allontanarsi dalla zona, nonostante le prime e piccole manifestazioni del terremoto, "non avrebbe potuto ricevere alcuna spiegazione alternativa a quella legata alla libera esplicazione delle proprie facoltà di autodeterminazione, idonee a risolvere in termini decisivi ogni eventuale nesso di derivazione con il messaggio informativo dell'imputato". Nesso di causalità che invece le Corti di primo e secondo grado avevano ritenuto sussistente, condannando perciò l'imputato.

⁶⁷⁶ Cass. Pen., Sez. IV, n. 12478/2015, in *De Jure*

⁶⁷⁷ Cass. Pen., Sez. IV, n. 12478/2015, in *De Jure*

⁶⁷⁸ Infatti il Vice Presidente della Protezione Civile era stato condannato in primo e secondo grado

La premessa fondamentale da cui è partita la Corte di Cassazione è che “il tema della causalità, calato nel contesto delle interazioni psichiche tra soggetti, si ponga in termini del tutto peculiari, rispetto alle forme tradizionali in cui il rapporto di causalità risulta trattato e risolto in relazione ai fenomeni d'indole fisico-naturalistica, apparendo d'intuitiva evidenza la difficile indagabilità di fenomeni che totalmente si combinano e risolvono nel chiuso della dimensione spirituale della persona, fuori da ogni possibile e concreta opportunità di osservazione o di verifica”.

Il problema, quindi, nasce dal fatto che, se da un lato il legislatore non ha esitato ad accogliere la tradizionale categoria della causalità, allo stesso tempo ha introdotto una serie di fattispecie di reato senza dubbio riconducibili al condizionamento di tipo psichico - basti pensare alle figure di induzione, determinazione, istigazione, nell'ambito della concussione, truffa, circonvenzione di incapace ecc. - e infine ha disciplinato il concorso di persone - indistintamente - come fattispecie dominata dal modello causale, senza considerare le irriducibili differenze tra il concorso materiale e quello morale.

Quando ad essere in gioco sia quest'ultimo, infatti, si riscontra un'evidente tendenza della giurisprudenza ad ammettere la rilevanza penalistica di condotte di mero condizionamento psichico che, a detta della Corte, troverebbe giustificazione “nell'inspiegabilità del condizionamento psichico attraverso gli schemi tradizionali del modello causale fisico-naturalistico: nel caso delle interazioni psichiche, infatti, non si tratterebbe (propriamente) di “causare” un comportamento altrui, bensì di fornire, al destinatario del condizionamento, ragionevoli o plausibili motivi dell'azione”.

Ed è proprio in tale contesto che s'inserisce il tema della irriducibilità della causalità psichica al “modello nomologico-deduttivo”, tipico invece della causalità naturalistica, “posta l'assenza - in capo ai fenomeni psicologici - della regolarità che contraddistingue il mondo fisico, e data la natura sostanzialmente libera del volere ed il carattere irripetibile degli accertamenti della psiche”.

Per questo motivo, a della Cassazione, è fondamentale l'elaborazione di un criterio alternativo, che però non comporti la violazione dei principi di legalità e di personalità della responsabilità penale, come evidentemente accade nelle ipotesi in cui, sposando il criterio prognostico, la responsabilità penale dell'autore della condotta psichica venga ricollegata alla mera presunta idoneità o adeguatezza della stessa, finendo così *in primis* per anticipare eccessivamente la soglia di rilevanza penale della condotta - trasformando, si ribadisce, un reato di evento in un reato di mera condotta, in chiara violazione del principio di legalità - e in secondo luogo per sacrificare il “carattere individualizzante dell'accertamento penale”.

Né, allo stesso tempo, può ritenersi accettabile quella impostazione che, rinunciando all'individuazione di una qualche legge di copertura – che costituisce la prima fase del giudizio bifasico - ritiene che si debba procedere esclusivamente ad una ricostruzione del caso concreto, deducendo il legame causale da “fattori solo psicologici e legati al contesto del caso specifico (come l'esperienza di vita dei soggetti coinvolti) o, addirittura, dallo svolgersi di eventi uno dopo l'altro (secondo la logica del *post hoc, ergo propter hoc*)”.

Secondo i giudici di legittimità, piuttosto, “per la spiegazione delle azioni individuali è indispensabile procedere all'individuazione di generalizzazioni di qualche tipo, capaci di selezionare *ex ante* le condotte condizionanti (per così dire, socialmente o culturalmente tipizzate), da sottoporre all'accertamento causale *ex post*”, fermo restando – come già aveva riconosciuto la quasi totalità della dottrina che si è occupata del tema – che tali generalizzazioni potranno avere “solo una forma statistica, in luogo di una forma rigorosamente universale; asseriranno, per esempio, che la maggior parte degli uomini, o che una percentuale di essi, si comporta, in date circostanze, in un dato modo, fornendo una base ipotetica di carattere generale e astratto che, solo attraverso il confronto con le evidenze del caso concreto, si propongono di assicurare (non soltanto l'attestazione di un avvenuto condizionamento psichico, bensì) la “spiegazione” stessa del condizionamento in ipotesi accertato. Una volta ammessa la possibilità di una spiegazione in termini causali del condizionamento psichico attraverso il ricorso a forme di generalizzazione astratta (e, dunque, a ipotesi di tipizzazione socialmente o culturalmente accreditate di condotte psicologicamente condizionanti), cade conseguentemente, tanto l'esigenza di una preventiva tipizzazione legislativa delle condotte astrattamente “idonee” o “adeguate”, quanto la limitazione della rilevanza penale della causalità psichica alle sole fattispecie dolose o a quelle di concorso, apparendo viceversa necessario unicamente procedere alla rigorosa verifica, in relazione a ciascuna fattispecie concreta, del ricorso di un condizionamento psichico causalmente giustificato alla luce della corrispondente generalizzazione della condotta indicata come condizionante”.

Eppure – come abbiamo in precedenza riscontrato - non sono mancate aspre obiezioni in letteratura in ordine alla possibilità di elevare a leggi di copertura delle semplici massime di esperienza, al di fuori dei casi in cui queste costituiscano “traduzione, nei termini del senso comune e della cultura media, di leggi scientifiche di carattere generale, ovvero l'espressione, secondo un linguaggio comune, di frequenze statistiche di grado molto elevato”. In altre parole, ci si è chiesti se “l'esperienza

comune sia in grado di costruire induttivamente generalizzazioni dotate di una forma logica e di un contenuto conoscitivo equiparabile al sapere scientifico”⁶⁷⁹.

Senonché, tali perplessità espresse dalla dottrina sono state superate grazie all'impostazione esegetica adottata dai giudici di legittimità: escludendo infatti l'utilizzo del rigido e automatico ragionamento sillogistico che, basandosi sulla eliminazione mentale della condotta umana incriminata, esclude la sua rilevanza penale se, in assenza di tale fattore condizionante, l'evento si sarebbe comunque verificato – poiché non costituirebbe condizione necessaria dell'evento – la Corte ha preferito optare per un'integrazione dialogica tra abduzione e induzione, ossia tra “l'ipotesi (abduzione) circa la spiegazione degli accadimenti e la concreta, copiosa caratterizzazione del fatto storico (induzione)”.

In altre parole, induzione e abduzione si intreccerebbero dialetticamente in un rapporto secondo cui “l'induzione (il fatto) costituisce il banco di prova critica intorno all'ipotesi esplicativa, nella prospettiva di una ricostruzione del fatto dotata di alta probabilità logica, ovvero di elevata credibilità razionale”.

Perciò “l'obiettivo non è sostituire il modello condizionalistico con le massime d'esperienza, ma integrarlo con parametri di supporto idonei a vagliare su basi oggettivamente attendibili i meccanismi di interazione personale, tramite il ricorso a leggi sociali di copertura. Nella consapevolezza che la causalità psichica non è qualitativamente o quantitativamente diversa dalla causalità materiale, e come tale può essere accertata solo secondo metodi di indagine più coerenti con la natura dei processi internazionali, secondo un modello causale differenziato”⁶⁸⁰.

Da qui il principio di diritto espresso dalla Corte, secondo cui “la c.d. causalità psichica, pur ponendosi in termini del tutto peculiari, rispetto alle forme tradizionali della causalità relativa ai fenomeni di indole fisico-naturalistica (trattandosi di vicende che si combinano e risolvono integralmente nel chiuso della dimensione spirituale della persona, fuori da ogni possibile e concreta opportunità di osservazione o di verifica), non sfugge, ai fini del giudizio penale, alla necessità della preventiva ricerca di possibili generalizzazioni esplicative delle azioni individuali, sulla base di consolidate e riscontrabili massime di esperienza, capaci di selezionare *ex ante* le condotte condizionanti (socialmente o culturalmente tipizzabili), da sottoporre successivamente

⁶⁷⁹ Cass. Pen., Sez. IV, n. 12478/2015, in *Cass. pen.*, 2016, pag. 4444, che ha riportato la critica a tale impostazione “epidemiologica” accolta dalla Cassazione, espressa da TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in AA. VV., *Scienza e causalità*, (a cura di) DE MAGLIE-SEMINARA, Cedam, 2006, pag. 101

⁶⁸⁰ Cass. pen., Sez. IV, n. 12478/2015, in *Cass. pen.*, 2016, pag. 4444

all'accertamento causale *ex post*. Le massime di esperienza — al pari delle leggi scientifiche di tipo probabilistico (e dunque di ogni forma di sapere incerto) — possono essere utilizzate allo scopo di alimentare la concretezza di un'ipotesi causale, secondo il procedimento logico dell'abduzione. Alla posizione (in termini congetturali) di tale ipotesi deve peraltro necessariamente far seguito, ai fini dell'affermazione concreta della relazione causale, il rigoroso e puntuale riscontro critico fornito dalle evidenze probatorie e dalle contingenze del caso concreto (secondo il procedimento logico dell'induzione), suscettibili di convalidare o falsificare l'ipotesi originaria e, contestualmente, di escludere o meno la plausibilità di ogni altro decorso causale alternativo, al di là di ogni ragionevole dubbio”⁶⁸¹.

- ***Una peculiare posizione dottrina: l'irrelevanza penale del contributo meramente agevolatore alla realizzazione del reato***

Una volta analizzate le varie teorie formatesi, in tempi più o meno recenti, in ordine alla natura dell'istigazione e alla sua riconducibilità o meno al paradigma causale, e constatato che la letteratura dominante è orientata nel senso della riconducibilità del concorso morale al paradigma causale - salvi i necessari adattamenti resi indispensabili dalla immaterialità delle relazioni psichiche - non si può prescindere dal considerare quella dottrina, per quanto certamente minoritaria che, pur accogliendo il criterio causale, ha negato in assoluto – in difformità rispetto alla dottrina e alla giurisprudenza dominante - la possibilità di attribuire rilevanza penale all'istigazione che si sia limitata ad agevolare la realizzazione del reato, in quanto abbia semplicemente rafforzato un proposito criminoso già esistente.

Tema, come già accennato, fondamentale per i suoi risvolti pratici in materia di connivenza, poiché quest'ultima, identificando – per come la si è intesa in tale trattazione – la condotta di chi abbia tollerato, assistendo inerte, alla commissione di un reato, non può che acquisire un'eventuale rilevanza penale esclusivamente in senso rafforzativo del proposito criminoso, nella misura in cui la presenza passiva del connivente sul luogo del reato abbia infuso un senso di maggiore sicurezza

⁶⁸¹ Cass. Pen., Sez. IV, n. 12478/2015, in *De Jure*

nell'esecutore materiale, eliminando le possibili remore che l'avrebbero potuto distogliere dall'attuare il suo piano criminoso.

È ovvio, perciò, che negando la punibilità dell'istigazione che, non essendo stata *conditio sine qua non* dell'evento di reato, l'abbia solo in qualche modo agevolato, automaticamente si bandisce qualsiasi spazio operativo della connivenza.

Il punto di partenza per comprendere se e in che misura si possa ascrivere anche all'istigatore la responsabilità per la decisione criminosa adottata dall'istigato, si dovrebbe rinvenire, secondo un primo orientamento, nel "principio di autoresponsabilità"⁶⁸², nella sua connessione tra rischio e iniziativa deferita"⁶⁸³ al soggetto agente, "nel senso che la libertà accordata all'individuo di scegliere fra l'agire e il non agire, fra il contegno conforme alle regole e il contegno non conforme, vuol dire necessità di sopportare lui solo le conseguenze della propria condotta. (...) E siccome un soggetto può autodeterminarsi nel mondo di relazione solo se garantito nella sua capacità di scegliere liberamente (profilo della libertà "negativa"), ne segue che la corresponsabilità di altri per la scelta operata dipende dal tipo di interferenza o di condizionamento esercitato"⁶⁸⁴.

Già da questa premessa emergono i motivi per i quali, fondandosi sul principio di autoresponsabilità, si è negata rilevanza penale ad atteggiamenti – quale appunto l'istigazione – che, essendosi limitati a mostrare una qualche solidarietà all'azione criminosa, non abbiano contribuito in modo rilevante dal punto di vista materiale alla sua realizzazione. Infatti, se n'è ammessa la punibilità esclusivamente nella misura in cui "l'incitamento all'azione criminosa venga effettuato in maniera tale da poter essere considerato esso stesso azione"⁶⁸⁵. È evidente, in tale prospettiva, che una condotta comunicativa di carattere meramente persuasivo non possa fare il salto qualitativo richiesto per divenire un'autentica "azione istigativa", cosicché la decisione criminosa adottata da parte del reo dovrà considerarsi

⁶⁸² Inteso come espressione del principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 comma 1 Cost.*

⁶⁸³ IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, 1984, pag. 134

⁶⁸⁴ SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000, pag. 141-142

Dello stesso parere RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e istigazione*, Torino, 2007, pag. 8: "la causalità psichica presuppone infatti un'interazione tra (almeno) due soggetti normalmente autoresponsabili: l'atto istigato proviene solo idealmente dall'istigatore, ma è materialmente opera di un autore capace di comprendere il significato delle proprie azioni e di abbracciarne, sul piano della colpevolezza, la portata. Se così non fosse, ci troveremmo di fronte ad un'ipotesi di reità mediata *lato sensu* intesa, in cui il determinatore è autore (unico) del reato"

⁶⁸⁵ SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000, pag. 144, il quale ha aggiunto – sul punto conformandosi a gran parte dottrina - che i requisiti richiesti per assegnare rilievo penale all'istigazione sono "da un lato l'intenzione di provocare il fatto oggetto di istigazione, dall'altro l'idoneità causale (valutata in concreto) della manifestazione istigativa a raggiungere l'intento prefisso"

perfettamente libera e consapevole - proprio in virtù dell'autoresponsabilità di quest'ultimo - e non certamente ascrivibile al "persuasore".

Alla luce di ciò, dopo aver espressamente elencato tutte le tipologie di condotte, pubbliche e private, che al contrario possiederebbero i connotati delle azioni autenticamente istigatorie - o perché hanno determinato il soggetto al reato, o perché hanno sciolto i suoi ultimi dubbi in ordine alla realizzazione dello stesso ⁶⁸⁶ - si è concluso nel senso che non possa residuare alcun tipo di spazio operativo per il "rafforzamento psichico strettamente inteso", derivante da condotte di mera "adesione, solidarietà o di stabilizzazione del proposito altrui", negando in tal modo rilevanza penale alle condotte - per quanto di interesse ai fini del presente lavoro, in quanto qualificabili come "condotte conniventi" - consistenti nella "mera presenza sul luogo del reato" o nella "tolleranza all'azione altrui", considerate certamente non punibili, sia per la loro "indimostrabilità causale, sia per l'assenza di una condotta significativa di condizionamento" ⁶⁸⁷.

In definitiva, si è affermato che non potendo prescindere l'istigazione, nelle fattispecie monosoggettive, da specifiche modalità commissive che influiscono sulla stessa struttura della condotta, di riflesso, anche il contributo concorsuale agevolatore, non potrà certamente esaurirsi in un "comportamento materiale puramente simbolico" ⁶⁸⁸, che influenzi esclusivamente la psiche del soggetto agente, ma dovrà, al contrario, necessariamente incidere su "un aspetto strettamente

⁶⁸⁶ Sono classificabili come condotte istigatrici la comunicazione di istruzioni o di informazioni riservate, lo sfruttamento della capacità di intendere e di volere del reo, la dazione o la promessa di denaro, la minaccia di un male ingiusto ecc., oltre ovviamente alle fattispecie autonome di "istigazione privata" quali l'induzione alla prostituzione (art. 3 n. 5 L. 75/1958), l'istigazione al suicidio (art. 580 c.p.), l'istigazione di militari a disobbedire alle leggi (art. 266 comma 1 c.p.), l'istigazione a commettere delitti contro la personalità dello Stato (art. 302 c.p.), e alle ipotesi di cui agli artt. 414, 415, 303, 266 come forme di "istigazione pubblica", in quanto "contraddistinte da una particolare modalità, influente sulla struttura stessa della condotta: il fatto di comunicare pubblicamente, circostanza questa che per solito moltiplica la capacità persuasiva e suggestiva delle parole. (...) in questa luce, l'istigazione pubblica esprime non soltanto un pericolo di commissione di un illecito da parte dei destinatari del messaggio istigante, ma anche un vero e proprio rischio qualificato dall'effetto moltiplicatore (almeno potenziale) delle suggestioni e interazioni collettive". Per tale motivo, anche l'istigazione pubblica può far sorgere una responsabilità di tipo concorsuale quando alla "richiesta" dell'istigatore faccia seguito la materiale realizzazione del reato da parte degli istigati

⁶⁸⁷ SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000, pag. 152, ferma restando la riconducibilità del rafforzamento psichico all'accordo criminoso ex art. 115 c.p., rispetto al quale, tuttavia, sono richiesti requisiti molto rigorosi, poiché quest'ultimo dovrà includere non soltanto "una divisione di ruoli, e uno scambio negoziale di utilità tra i concorrenti, ma anche una linea di "intransigenza" che lasci fuori dal raggio dell'art. 115 c.p. il concorrente che non acceda al cuore organizzativo del reato". In definitiva, il mero contributo agevolatore poi non utilizzato non rientrerà, secondo l'autore, neppure nell'ambito applicativo dell'accordo ex art. 115 c.p. Dello stesso parere anche CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Laterza, 2006, pag. 667-668. In giurisprudenza, Cass. Pen., sez. VI, 7240/1998: "Il segretario di un partito politico, il quale conosca ed aderisca ai meccanismi delittuosi attraverso cui il partito viene economicamente sostenuto, non risponde di concorso nei singoli illeciti penali commessi dai soggetti che a vario titolo operano per esso"

⁶⁸⁸ SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000, pag. 169

materiale, preparatorio od esecutivo” in modo che realmente abbia reso più agevole la commissione del reato.

Ancora più radicale la posizione di chi, prendendo le distanze dalla impostazione della dottrina dominante che da sempre differenzia la determinazione e l’istigazione sulla base della circostanza che abbiano rispettivamente fatto sorgere o solamente rafforzato il proposito criminoso, ha al contrario riferito l’art. 115 c.p. a un novero di condotte estremamente ampio, includente tutte le “ipotesi di induzione a tenere un comportamento giudicato sfavorevole dall’ordinamento”, negando così qualsiasi differenza strutturale fra le due condotte, e facendo rientrare nell’ambito applicativo dell’istigazione anche la determinazione, “cosicché, quand’anche si volesse riferire quest’ultima al soggetto che ha originato la risoluzione criminosa, la prima (istigazione), per converso, non potrebbe essere adoperata per individuare l’attività di chi si limita a rafforzare *sic et simpliciter* il proposito già esistente, poiché ciò risulta fin troppo evidentemente contrastato dagli artt. 302, 303 e 414 c.p., nei quali la condotta istigatoria si tipizza in relazione alla sua direzione verso l’insorgenza della risoluzione delittuosa”⁶⁸⁹.

Ma l’elemento davvero determinante per dimostrare l’assoluta equivalenza tra le due fattispecie – e allo stesso tempo fondamentale per negare rilevanza concorsuale al mero rafforzamento del proposito criminoso che abbia agevolato la realizzazione del reato – si desumerebbe *a contrario* dall’art. 580 c.p. e dalla disciplina in esso contenuta dell’istigazione al suicidio.

⁶⁸⁹ MORMANDO, *L’istigazione. I problemi generali della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995, pag. 30-31

Appartenenti al filone dottrinale che nega la differenza strutturale tra istigazione e determinazione anche VIOLANTE, voce *Istigazione*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1972; TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi Delitala*, III, Milano, 1985, pag. 1571, i quali hanno affermato che i due termini sono stati utilizzati dai compilatori del codice penale come sinonimi, e che il termine “istigazione” di cui all’art. 115 c.p. comprenderebbe tutte le forme di partecipazione morale all’altrui reato

Contra RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e istigazione*, Torino, 2007, pag. 10 e ss., il quale ha invece affermato *in primis* che allora “non si comprenderebbe la ragione dell’uso specifico del solo termine “determinazione” come elemento costitutivo delle circostanze aggravanti previste dall’art. 111 c.p. e dai nn. 3 e 4 dell’art. 112 c.p.”.

In secondo luogo, non si può ritenere, a detta dell’autore, che l’art. 115 c.p. sia una norma “onnicomprensiva” suscettibile di includere tutte le forme di concorso morale nell’altrui reato, poiché, in realtà, ha “contenuto e funzione ben diversi dalla definizione del concetto di istigazione nel sistema penale italiano, rappresentando al contrario un importante limite esegetico alla configurabilità del tentativo in una manifestazione plurisoggettiva, mai punibile senza un inizio di esecuzione del reato da parte dell’autore, anche in presenza di atti di partecipazione già idonei ed univoci, sebbene atipici”. In definitiva, ciò che si desume dall’art. 115 c.p. non è “l’irrelevanza della distinzione tra determinazione o istigazione, quanto piuttosto – ma è cosa ben diversa – l’impossibilità che tali forme di partecipazione, comunque intese, siano punibili in mancanza di un fatto principale, parzialmente tipico”

Questa, infatti, sarebbe, a detta dell'autore, l'unica ipotesi in cui il legislatore, utilizzando esplicitamente espressioni linguistiche, quali *determinare* e *rafforzare*, non rinvenibili nella descrizione di altre fattispecie autonome di istigazione (artt. 302, 303, 266 ecc. c.p.) dimostrerebbe inequivocabilmente che quando egli ha voluto incriminare anche la condotta più blanda del mero rafforzamento del proposito criminoso, lo ha fatto in modo esplicito.

In altri termini, l'enunciato "chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito", utilizzata solo all'interno della disposizione in discussione (art. 580 c.p.) avvalorerebbe la tesi secondo cui esiste una differenza ontologica tra la condotta di istigazione – intesa come fattispecie ampia che include anche la determinazione – e quella di rafforzamento, e non tra la determinazione e l'istigazione, intesa alla stregua di rafforzamento, come vorrebbe la dottrina dominante.

Infatti, si è affermato, sono le condotte di istigazione/determinazione e di rafforzamento a non poter essere considerate equivalenti, poiché la prima è "una forma di collegamento intellettuale che si perfeziona con l'accoglimento del proposito che a sua volta origina la nuova e autonoma azione dell'istigato. Ora, che rafforzare non possa equivalere ad istigare, ovvero a determinare, risulta proprio dalla sua autonomia, perché descrive una condotta che si dirige verso un soggetto già autonomamente e preventivamente orientato, cosicché la nuova azione, cui il rafforzamento dà origine, non potrà definirsi interamente causa della prima, proprio perché è estranea alla condotta in questione, quella attività di creazione dell'insorgenza motivazionale tipica dell'istigazione"⁶⁹⁰.

In ultima analisi, la circostanza che il legislatore abbia espressamente previsto l'incriminabilità anche del rafforzamento, accanto alla determinazione e alla agevolazione dell'esecuzione, esclusivamente nella fattispecie di istigazione al suicidio, sarebbe la prova inconfutabile del carattere assolutamente eccezionale della rilevanza penale di tale condotta, giustificabile, in questo caso, solamente in virtù della particolare importanza del bene giuridico protetto⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995, cit. pag. 47-48

⁶⁹¹ Non d'accordo con questa impostazione basata sull'art. 580 c.p. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e istigazione*, Torino, 2007, pag. 12-13 il quale, al contrario, ha osservato che è proprio la considerazione separata delle due tipologie di condotte (determinazione e rafforzamento del proposito criminoso altrui) all'interno della medesima disposizione, a dimostrare che anche la seconda abbia, nel nostro ordinamento, una qualche rilevanza penale. In tale prospettiva, "proprio il raffronto tra testuale tra art. 115 c.p. e art. 580 c.p. potrebbe condurre ad una nuova interpretazione del significato, apparentemente amplissimo, attribuito al termine istigazione nella disposizione sul c.d. tentativo di concorso. L'art. 115 c.p., sulla base di questo diverso angolo visuale, contempla con ogni probabilità solo

- *La critica alla non punibilità del “contributo agevolatore” e l’orientamento della Corte di Cassazione*

In realtà, tutte le ipotesi prese in considerazione da tale dottrina a riprova della sostenuta non incriminabilità del contributo agevolatore sono fattispecie in cui, avendo la condotta – basti pensare all’istigazione al suicidio – un carattere particolarmente intenso e pregnante, poiché deve giustificare la scelta legislativa di anticipare la sua soglia di punibilità al momento in cui abbia messo in pericolo il bene giuridico tutelato, passa inevitabilmente in secondo piano il momento della verifica dell’evento.

Al contrario, nell’ambito del concorso di persone, dando oramai per assodato che esso costituisca una fattispecie di evento e non di pericolo, la punibilità dell’istigazione non può certamente prescindere dal risultato da essa prodotto, consistente nella materiale realizzazione del reato conseguente al suo accoglimento. Ecco che, in questa prospettiva di “necessaria finalizzazione al risultato”, diventa ben possibile “rinunciare, senza stravolgimenti del tipo, ad una marcata significatività dal lato della condotta condizionante, esigendo che la stessa si esteriorizzi in modalità comportamentali forti”⁶⁹², e, conseguentemente, far rientrare nell’ambito applicativo dell’art. 110 c.p., a titolo di concorso psichico, anche quelle condotte che abbiamo definito “conniventi”, come il silenzio, la presenza occasionale sul luogo del reato le quali, anche se certamente meno consistenti rispetto ad un consiglio o ad un’esortazione, sono comunque potenzialmente in grado – a seconda, come vedremo, delle circostanze di tempo e di spazio in cui vengono poste in essere e del tipo di relazione psichica intercorrente tra i soggetti coinvolti - di avere un’efficacia condizionante e motivazionale in capo all’esecutore materiale del reato⁶⁹³.

l’istigazione in senso stretto: ciò per l’evidente motivo che, non essendo stato commesso – nemmeno nella veste del tentativo – il reato oggetto dell’istigazione o dell’accordo, manca per definizione il secondo termine di quella (autentica) relazione causale (fondata cioè su un accertamento ex post) in cui consiste la determinazione. Viceversa, nell’art. 580 c.p. la determinazione figura espressamente e primariamente, posto che la struttura della fattispecie richiede quanto meno il tentativo di suicidio”

⁶⁹² M.N MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 76

⁶⁹³ In questo senso anche CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell’interazione psichica*, in DE FRANCESCO-PIEMONTESE-VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, pag. 189, in nota: “In ambito interpersonale un valore “comunicativo” dotato di senso ben può essere riconosciuto anche a condotte o congegni diversi da quelli consistenti nella manifestazione di espressioni linguistiche: per esempio, in considerazione del contesto concreto in cui sono calati, anche l’atteggiamento, la gestualità, la consegna di un oggetto, o il compimento di qualsiasi condotta da parte di un soggetto potrebbero assumere un significato comunicativo *latu sensu* istigatorio, laddove producano effetti psichici corrispondenti su un altro agente”

D'altronde, la punibilità della istigazione che, non essendo stata *conditio sine qua non* dell'evento di reato, l'abbia comunque in qualche modo agevolato, corrisponde all'orientamento da anni granitico della corte di Cassazione.

Quest'ultima, infatti, già nel 1993 aveva affermato per la prima volta, in via ipotetica, che nel caso di concorso morale che si traduca nel solo rafforzamento del proposito criminoso altrui, non essendo possibile raggiungere la "prova positiva" della indispensabilità di quella condotta, come *conditio sine qua non* in ordine all'attuazione del proposito criminoso, fosse sufficiente la prova della sua obiettiva idoneità, sulla base delle regole della comune esperienza, al rafforzamento del proposito stesso, eventualmente anche in misura modesta ⁶⁹⁴, escludendo la punibilità dell'istigatore esclusivamente nel caso in cui il reo si fosse già "fermamente deciso a commettere il crimine", o quando si potesse escludere che egli avesse tratto un qualche senso di maggior sicurezza dalla condotta del terzo.

A seguito di tale sentenza, i giudici di legittimità hanno sempre mantenuto costante nel tempo questa impostazione in tutte pronunce successive, fino a ritenere integrato il concorso *ex* 110 c.p. anche nell'ipotesi di "contributo agevolatore" - senza il quale il reato sarebbe stato ugualmente commesso, ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà - nella misura in cui abbia aumentato le sue possibilità di verificaione ⁶⁹⁵.

Basti pensare, a riprova di ciò, che anche dopo tredici anni dalla prima sentenza in cui la Corte ha ammesso la punibilità del contributo agevolatore del reato, quest'ultima, all'interno di una pronuncia del 2016, ha ribadito la propria granitica posizione, affermando che "per la configurabilità del concorso di persone nel reato è necessario che il concorrente abbia posto in essere un comportamento esteriore idoneo ad arrecare un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti e che il partecipe, per effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l'esecuzione, abbia aumentato la possibilità della produzione del reato" ⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ Cass. Pen., 10 maggio 1993, in *Riv. pen.*, 1994, pag. 1052

⁶⁹⁵ "In tema di concorso di persone nel reato, il contributo concorsuale assume rilevanza non solo quando abbia efficacia causale, ma anche quando assuma la forma di un contributo agevolatore, ovvero quando il reato, senza la condotta di agevolazione sarebbe ugualmente stato commesso ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà. Ne deriva che a tal fine è sufficiente che la condotta di partecipazione si manifesti in un comportamento esteriore idoneo ad arrecare un contributo apprezzabile alla commissione del reato mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti e che il partecipe per effetto della sua condotta idonea a facilitarne l'esecuzione abbia aumentato la possibilità della produzione del reato, perché in forza del rapporto associativo diventano sue anche le condotte degli altri concorrenti"

⁶⁹⁶ Cass. Pen., Sez. VI, n. 1986/2016, in *De Jure*.

- *I risvolti della causalità psichica in materia di “connivenza punibile”*

Si è riscontrato, nel corso della trattazione, come la maggior parte della dottrina ad oggi propenda per l'applicabilità del modello causale ai fini dell'accertamento della responsabilità concorsuale, non solo del concorrente materiale, ma anche di quello morale.

Allo stesso tempo, tuttavia, si sono rilevate le innegabili e gravi problematiche che tale paradigma puramente epistemologico comporta, quando si tenti di adattarlo alle peculiarità della causalità psichica. Infatti, la questione principale che in materia va risolta non è tanto quella - che invece si riscontra nella causalità naturale - di stabilire la soglia di rilevanza penale di condotte che nella realtà materiale si sono già verificate, esplicando così i propri effetti oggettivamente ed immediatamente percepibili, ma piuttosto, quello di comprendere se e fino a che punto una condotta che non fuoriesce dalla sfera interiore del soggetto - quale appunto l'istigazione - abbia realmente condizionato, dapprima la psiche e, secondo poi, il comportamento concretamente tenuto da un altro soggetto (l'istigato).

La difficoltà non può che derivare dalla circostanza che “il giudice non sa, ossia non conosce prima, cosa sia accaduto (e cosa accada) nel processo interiore dell'autore”⁶⁹⁷. Essendo infatti innegabile che l'evento che si verifica consiste in questo caso in un “fatto psichico altrui”, e in particolare nella

Si riportano qui di seguito alcune delle sentenze della Cassazione che da tanti anni è granitica sulla punibilità del contributo agevolatore: Cass. Pen., Sez. VI, n. 4041/1994; Cass. Pen., Sez. I, 30 gennaio 1992; Cass. Pen., Sez. I, n. 177662/1987; Cass. Pen., Sez. VI, 18 maggio 1984; Cass. Pen., Sez. VI, n. 8389/1996, in *De Jure*: “Ai fini della configurazione del concorso di persone nel reato di detenzione di sostanze stupefacenti, è necessario e sufficiente che taluno partecipi all'altrui attività criminosa con la semplice volontà di adesione, che può manifestarsi in forme che agevolino detta detenzione, anche solo assicurando al concorrente una relativa sicurezza”; Cass. Pen., Sez. I, 18 gennaio 1993: “Ai fini della configurabilità del concorso di persone nel reato non è richiesto il previo concerto di tutti i partecipanti essendo necessario e sufficiente l'individuale apporto materiale o anche solo psichico di ognuno nella causazione dell'evento”. L'attività del complice possa influire sulla commissione del reato “o sotto forma di istigazione, in quanto determina o rafforza il proposito criminoso dell'autore materiale di esso, o sotto forma di agevolazione, in quanto ne facilita la preparazione o l'attuazione”. In tempi più recenti Trib. Bari, Sez. I, n. 2154/2016, in *De Jure*: “Al fine di poter ritenere integrata la piena prova del concorso dell'imputata, si richiede, secondo i principi generali in tema in concorso di persone nel reato, che la condotta ascritta al concorrente si risolva in una materiale agevolazione o nella determinazione o nel rafforzamento dell'impulso psichico all'azione; Cass. Pen., Sez. VI, n. 2297/2013, in *De Jure*: “Ai fini della configurazione del concorso di persone nel reato di detenzione di sostanze stupefacenti, è necessario e sufficiente che taluno partecipi all'altrui attività criminosa con la semplice volontà di adesione, che può manifestarsi in forme che agevolino detta detenzione, anche solo assicurando al concorrente una relativa sicurezza”: Cass. Pen., Sez. IV, n. 4383/2013, in *De Jure*: “Per la configurabilità del concorso di persone nel reato è necessario che il concorrente abbia posto in essere un comportamento esteriore idoneo ad arrecare un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti e che il partecipe, per effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l'esecuzione, abbia aumentato la possibilità della produzione del reato”

⁶⁹⁷ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 89-90

decisione del reo di attuare il proprio piano criminoso a seguito dell'impulso ricevuto dalla condotta istigatrice, che abbia rafforzato le sue motivazioni criminali preesistenti, fornito nuove motivazioni per agire, o sciolto le sue ultime remore in ordine alla commissione del reato, è evidente che il verificarsi o meno di tale evento puramente interno all'esecutore materiale, finisca per "rendere imprevedibile immaginare cosa accadrà, al termine di quel processo, nella mente" di quest'ultimo ⁶⁹⁸.

Proprio in ciò si coglie la ragione più profonda della scelta di una parte, per quanto minoritaria, della dottrina, di svincolarsi dal modello di accertamento di tipo causale, per ripiegare su criteri alternativi – quali, si ricorda, quello prognostico e quello della "realizzazione del volere" - che possano fornire una spiegazione considerata più consona al carattere immateriale, inconsistente e totalmente irregolare delle relazioni di tipo psichico.

Per quanto tale tentativo di superare le criticità del modello causale sia senz'altro apprezzabile, non può non ricordarsi che una mera presunzione *ex ante* della idoneità della condotta istigatoria a produrre l'effetto di condizionamento suo proprio, senza che poi la verifica in concreto di tale condizionamento sia stata effettuata, sembra cozzare con alcuni principi fondamentali del nostro ordinamento, quali quello di legalità e quello di personalità della responsabilità penale. Cosicché, ferma restando l'irrinunciabilità del carattere dell'idoneità della condotta psichica a influenzare l'altrui decisione criminosa, dev'essere senz'altro fatto il passaggio ulteriore, che consiste appunto nella verifica in concreto che tale risultato si sia prodotto.

E se si accoglie l'idea di allontanarsi dalla pretesa di adattare necessariamente il modello "nomologico-deduttivo" alla causalità psichica – al massimo, come è stato ammesso dalla dottrina tradizionale, sostituendo le leggi di copertura universali con quelle di carattere statistico-probabilistico – si coglie l'originalità soprattutto di quella impostazione che, senza rinunciare all'aspetto della idoneità della condotta, ha cercato di spostare l'angolo visuale dal lato del concorrente tipico – il quale commette il reato - a quello del concorrente atipico – il quale istiga il reo a commetterlo - ⁶⁹⁹, sulla base del presupposto che rispetto al primo "non è dato (mai) sapere prima se sarà o meno un istigato" ⁷⁰⁰, cioè se la condotta istigatoria realizzerà concretamente il suo effetto di rinsaldamento del suo proposito criminoso.

⁶⁹⁸ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, pag. 90

⁶⁹⁹ In questo senso RONCO, *Le relazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004

⁷⁰⁰ M.N. MASULLO, *L'incriminabilità della connivenza come agevolazione psichica: le coordinate per una stabilizzazione sul piano processuale*, in *Cass. Pen.*, 2015, pag. 3091

Ciò che è certo, invece è che il carattere dell'ideoneità della condotta istigatoria – e, si è aggiunto, quello della univocità della stessa a condizionare l'altrui volontà - costituisca una sorta di “carattere irrinunciabile del tipo”⁷⁰¹, cosicché “il fatto stesso di qualificare una condotta come istigazione presuppone già risolto il problema della sua potenziale ideoneità nel caso concreto”⁷⁰². E di ciò costituirebbe prova, si è affermato, la distinzione per via dottrina e giurisprudenziale tra “tipi meritevoli e immeritevoli” di forme concorsuali, pur sempre morali – rispettivamente, “il consiglio tecnico, il previo accordo, la promessa di prestare assistenza, la presenza non occasionale sul luogo del reato” e, dall'altra “la mera adesione morale, la presenza inattiva sul luogo del reato, il silenzio, la tolleranza” - a dimostrazione del fatto che esistono delle modalità operative del concorso morale di per sé dotate del requisito dell'ideoneità ad esplicare un effetto di condizionamento dell'altrui psiche, come se “questa intrinseca potenzialità appartenga già in qualche modo allo stesso *dna* della condotta di istigazione”⁷⁰³.

È ovvio, tuttavia, che limitandosi alla constatazione della mera intrinseca ideoneità e univocità degli atti istigatori, si ricadrebbe nelle solite contraddizioni e obiezioni – in termini di incriminazione inammissibile del “tentativo di partecipazione”, ovvero di violazione di principi fondamentali di rango costituzionale – che hanno sollevato le teorie che, basandosi sul criterio prognostico e su quello della “realizzazione del volere”, ritenevano sufficiente, per affermare la responsabilità concorsuale dell'istigatore, la mera ideoneità *ex ante* della sua condotta.

Un tentativo per superare tali obiezioni è stato fatto da chi, facendo leva sul principio di autoreponsabilità, che comporta che la decisione criminosa assunta da un determinato soggetto - in questo caso l'istigato - anche se proposta, sollecitata o in qualche modo condizionata dall'istigatore, dia luogo esclusivamente alla responsabilità penale del primo, “da un lato perché difficilmente accessibile è il suo interno percorso di convincimento, dall'altro perché il riconoscimento della libertà di opinione esalta l'aspettativa di una condotta auto responsabile”⁷⁰⁴, ha ammesso la punibilità della sola condotta istigatoria che, non avendo avuto un valore puramente simbolico, abbia inciso materialmente sulla commissione del reato.

⁷⁰¹ M.N. MASULLO, *L'incriminabilità della connivenza come agevolazione psichica: le coordinate per una stabilizzazione sul piano processuale*, in *Cass. Pen.*, 2015, pag. 3091

⁷⁰² RONCO, *Le relazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004

⁷⁰³ M.N. MASULLO, *L'incriminabilità della connivenza come agevolazione psichica: le coordinate per una stabilizzazione sul piano processuale*, in *Cass. Pen.*, 2015, pag. 3091

⁷⁰⁴ Si tratta dell'impostazione di SERENI, *Istigazione al reato e autoreponsabilità*, Padova, 2000, pag. 197

Tale possibile soluzione al superamento del paradigma causale, tuttavia, è stata da molti ritenuta non convincente, in quanto “soluzione riduzionista di tipo politico, proveniente cioè *ab extrinseco*, da un piano di valutazione affatto diverso da quello strutturale e tipico che tenta di cogliere il profilo costitutivo della condotta di istigazione”. In altre parole, “non si tratterebbe di non poter punire l’istigazione perché incapace di produrre un certo evento psichico, quanto piuttosto di non doverla punire perché ciò sarebbe in contraddizione con i valori di libertà presi a parametro di riferimento”⁷⁰⁵.

Un’altra possibile soluzione potrebbe consistere nel fondare il giudizio relativo all’idoneità dell’istigazione su “leggi di tipo cognitivo, o anche solo empirico-sociale”, che mettano da un lato in evidenza le possibili relazioni intercorrenti tra i fenomeni di tipo psichico e, dall’altra, arricchiscano il giudizio di idoneità con i dati provenienti dal contesto ambientale in cui il fatto è avvenuto, quali il contesto sociale di appartenenza del reo, all’interno del quale è nato e ha preso corpo il suo piano criminoso, i legami di parentela, amicizia, professione tra i soggetti coinvolti, e gli eventuali rapporti che leghino il reo alla vittima del reato.

Ritorna quindi il tema – ampiamente affrontato nei capitoli precedenti, a proposito della concussione, dell’induzione indebita a dare o promettere utilità, e dell’estorsione c.d. ambientali - del contesto ambientale di riferimento il quale, senza dubbio, rappresenta un punto di partenza fondamentale per poter scoprire l’intrinseca capacità persuasiva o condizionante della condotta istigatoria e, di conseguenza, per poter attribuire un significato giuridico molto diverso rispetto alla mera irrilevanza penale a condotte – che abbiamo definito conniventi - apparentemente neutre, quali la tolleranza, la presenza occasionale sul luogo del reato, l’assistere passivamente alla sua perpetrazione, che in realtà, potendo essere dotate anch’esse di una capacità motivazionale in capo all’esecutore materiale del reato, dovrebbero essere punite alla stregua di qualsiasi altro contributo causale di tipo psichico alla fattispecie plurisoggettiva.

È ovvio, d’altro canto, che per raggiungere tale risultato sarà necessario condurre la valutazione di idoneità non in astratto – come predicato dal criterio prognostico – ma, al contrario, considerando le circostanze del caso concreto, collocandosi, pur sempre in una prospettiva *ex ante*, al momento della

⁷⁰⁵ M.N. MASULLO, *L’incriminabilità della connivenza come agevolazione psichica: le coordinate per una stabilizzazione sul piano processuale*, in *Cass. Pen.*, 2015, pag. 3092

realizzazione dell'interazione psichica, cioè del recepimento dell'istigazione, al fine di verificare le circostanze conosciute e conoscibili, sia dall'istigato che dall'istigatore.

Ed è proprio in ciò che si coglie una prima essenziale differenza rispetto al criterio prognostico prescritto dall'art. 56 c.p. per il delitto tentato, giustificata dal fatto che “non è concepibile un'interrelazione sul piano psichico non assistita dalla reciproca consapevolezza dell'altro, talché nella valutazione dell'idoneità della condotta di istigazione, anche solo indiretta, ad influire sull'altrui psiche, non si potrà prescindere da questa prospettiva. Diversamente, per valutare l'univocità dell'istigazione si potrà continuare a giudicare, come di consueto, dal lato del soggetto agente, di colui cioè che pone in essere la condotta incentivante”⁷⁰⁶.

Impostando in tal modo la questione, tuttavia, ecco che diventa possibile ritenere soddisfatta per lo meno la prima fase dell'accertamento, attinente all'idoneità della condotta, anche per quella tipologia di contegni apparentemente neutri, insignificanti, e quindi non meritevoli di sanzione penale che, al contrario, quando calati nel contesto concreto di svolgimento dei fatti, e osservati secondo una prospettiva per certi versi “soggettivistica”, che non rinunci alle specifiche relazioni psichiche intercorrenti tra i soggetti coinvolti, possono assumere, anche quando consistano nel semplice silenzio anti doveroso, un concreto valore comunicativo di adesione morale o di assicurazione all'altrui azione criminosa.

Una volta portata a termine questa prima fase di carattere pur sempre “prognostico” e “indiziante”, sarà però fondamentale procedere alla seconda fase c.d. “diagnostica”⁷⁰⁷, nella quale, in definitiva, non sembra possibile rinunciare ad un accertamento *ex post* di tipo causale della effettiva influenza che la condotta valutata - in via prognostica - come idonea, abbia esercitato sulla psiche del reo.

Sembra, tuttavia, che non potendosi rinvenire delle leggi scientifiche di copertura, gli unici elementi sui quali fondare tale giudizio *ex post* siano gli “indizi e, come nel dolo, i *singla facta*”⁷⁰⁸ e, inoltre, che sia raggiungibile in tale fase solamente la prova negativa che siano stati fattori alternativi ed

⁷⁰⁶ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013, cit. pag. 93

⁷⁰⁷ L'espressione è di SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983

⁷⁰⁸ M.N. MASULLO, *L'incriminabilità della connivenza come agevolazione psichica: le coordinate per una stabilizzazione sul piano processuale*, in *Cass. Pen.*, 2015, pag. 3093

esterni rispetto all'istigazione ad aver spinto in via definitiva il reo all'azione ⁷⁰⁹, ovvero che l'istigazione non abbia esplicato alcun effetto condizionante, poiché il reo era già perfettamente e autonomamente risoluto in ordine alla commissione del reato.

Se tali prove negative non sussistono, e si raggiunga in tal modo la ragionevole certezza che alla base della condotta criminosa del reo non vi siano stati fattori esterni e indipendenti rispetto all'istigazione, non si rinviene alcuna valida ragione per negare che la condotta istigatoria – includendo nella sua accezione quelle forme più blande che abbiamo definito come “conniventi” - sia punibile a titolo di concorso, in quanto abbia in qualche modo agevolato la commissione del reato ⁷¹⁰.

3.8 Considerazioni conclusive

All'interno della presente tesi ci si è posti l'obiettivo di indagare sulle forme di connivenza punibili all'interno del nostro ordinamento.

Si è infatti partiti dal constatare come la categoria giuridica della “connivenza”, nell'ordinamento giuridico italiano, sia una figura decisamente ambigua e nebulosa, che sembra possedere una

⁷⁰⁹ Potendosi considerare in questo caso fattori come la personalità del reo, la distanza cronologica tra l'istigazione e la realizzazione del reato, l'esistenza, già prima della condotta istigatoria, di un piano criminale perfettamente definito in tutti i suoi dettagli

⁷¹⁰ Va comunque rilevato che la giurisprudenza continua a negare la punibilità delle condotte “conniventi”: se in un primo momento ha voluto riservare una maggiore attenzione alla idoneità oggettiva del suggerimento o presuntiva della condotta – come ad es. la mera presenza sul luogo e nel tempo del delitto, che “purché non meramente casuale, è sufficiente ad integrare gli estremi della partecipazione criminosa, quante volte sia servita a fornire all'autore del fatto stimolo all'azione o un maggiore senso di sicurezza nella propria condotta, palesando chiara adesione alla condotta delittuosa” – rispetto alla sua incidenza diretta sull'esecuzione del reato (Cass. Pen., Sez. VI, n. 7957/1993), col passare del tempo ha modificato il proprio orientamento precedente, in quanto, punendo il concorso morale la “volontaria contribuzione alla commissione di un illecito”, non ci si può accontentare dell'accertamento della mera influenza sulla psiche del soggetto attivo, e prescindere totalmente dalla valutazione nel caso concreto della incidenza materiale della condotta istigatrice o determinatrice sulla fase esecutiva del reato, in quanto “la circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche (istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) della condotta criminosa, non esime il giudice di merito dall'obbligo di motivare sull'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110 c.p., con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà” (Cass. Pen., Sez. VI, n. 7643/2015, in *De Jure*)

potenzialità applicativa molto più ampia e variegata di quanto la giurisprudenza abbia fino a questo momento voluto far credere. Tradizionalmente utilizzata come argomento *a contrario* per indicare quelle condotte che non assumono una rilevanza tale da poter essere qualificate come contributi causali alla realizzazione della fattispecie plurisoggettiva, poiché consistenti, a detta dei nostri giudici, in una mera tolleranza, in un mero atteggiamento passivo di fronte alla commissione dell'altrui reato, nella mera presenza occasionale sul luogo del reato, sembra, in realtà, che la categoria giuridica in questione racchiuda al suo interno molteplici sfaccettature in senso agevolativo del reato che, ad un'analisi più attenta e approfondita – quale quella che si è cercata di compiere nella presente trattazione - emergono chiaramente all'interno di differenti fattispecie criminose.

La prima figura analizzata - in cui la punibilità della connivenza è senz'altro di più immediata e agevole comprensione - è stata quella dell'induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater*).

In questa fattispecie, l'inversione di tendenza effettuata dal legislatore italiano con la legge 190/2012, tramite lo "spacchettamento" della tradizionale figura di concussione – fino a quel momento distinta in concussione per costrizione e concussione per induzione – e l'introduzione della punibilità del privato il quale, di fronte ad una condotta pubblica di carattere induttivo, abbia ceduto alla richiesta illecita, acconsentendo al pagamento della tangente, sembra in effetti dimostrare la volontà legislativa di incriminare un comportamento che altro non è se non "connivente". Un comportamento di cedimento, di mancata opposizione e rifiuto alla controparte pubblica, che se certamente non è rimproverabile quando proveniente dal privato concusso, la cui intensità della coartazione psicologica subita è tale da porlo di fronte ad un *aut-aut* - o sottostare alla richiesta illecita o subire il male minacciato - così da non lasciargli nessuna valida alternativa, è invece considerato inaccettabile di fronte ad una condotta decisamente più blanda e soprattutto non minacciosa, che, pur provenendo da un soggetto che si trova in una posizione sovraordinata rispetto al privato, non è tale da comprimere la sua capacità di autodeterminazione e da annullare la pretesa ordinamentale di comportarsi *secundum ius*.

Dati i presupposti appena esposti sulla perseguibilità penale della condotta cedevole del privato indotto, non convince la presa di posizione della Cassazione – adottata all'interno della sentenza

Maldera ⁷¹¹ - sul fatto che il “criterio d’essenza” di inquadramento della induzione indebita sia il perseguimento di un indebito vantaggio da parte del privato, come contropartita rispetto al pagamento della tangente, e non la semplice differenza di intensità, nella fattispecie concussiva e in quella induttiva, tra le due condotte abusive della parte pubblica

L’analisi della giurisprudenza successiva alla sentenza Maldera ha infatti rivelato come molto spesso il criterio che avrebbe dovuto risolvere definitivamente le difficoltà di inquadramento della fattispecie dell’induzione indebita, a seguito dello spacchettamento della concussione, non abbia in realtà assolto a tale funzione, sia perché molte pronunce di legittimità successive al 2014 hanno spesso preferito prescindere dal criterio del perseguimento del vantaggio, per concentrarsi piuttosto sull’intensità della minaccia subita dal privato – condannando a volte per concussione, nonostante il perseguimento di un profitto illecito da parte di quest’ultimo – sia perché il criterio sancito dalle Sezioni Unite ha lasciato fuori dall’ambito applicativo di entrambe le norme, garantendo di fatto l’impunità, a tutte quelle ipotesi in cui, fermo restando l’abuso della qualità o dei poteri da parte del pubblico funzionario, la sua condotta non avesse un’intensità tale da poter essere qualificata come minacciosa – con conseguente esclusione della concussione – e allo stesso tempo il privato non avesse agito nella prospettiva dell’ottenimento di un indebito vantaggio – con conseguente esclusione dell’induzione indebita.

In definitiva, nonostante la pronuncia a Sezioni Unite, si ritiene che il criterio del danno/vantaggio individuato come *discrimen* tra le due fattispecie non sia identificativo della reale essenza della scelta legislativa di punire il privato indotto. Se si parte dal presupposto inconfutabile che la condotta concussiva comporti una compressione quasi totale della volontà del privato, mentre quella induttiva, essendo molto più blanda, lasci a quest’ultimo la capacità di autodeterminazione necessaria per poter resistere ed opporsi alla stessa, è proprio in ciò che deve ravvisarsi la *ratio* della punibilità della sua condotta cedevole: la concreta possibilità di dissociarsi dal reato e, nonostante ciò, la scelta di non farlo.

Ecco che, in materia di induzione indebita, possiamo rinvenire il primo esempio di “connivenza punibile” implicitamente riconosciuto dal nostro legislatore, il quale, se anche non ha espressamente previsto la “punibilità della condotta connivente” del privato, sembra comunque aver voluto perseguire esattamente tale condotta. La scelta ordinamentale è stata, infatti, quella di responsabilizzare il privato e non consentire che la sua posizione di inferiorità possa giustificare

⁷¹¹ Cass. Pen., Sez. VI, n. 21026/2014, Maldera

l'assecondamento della parte pubblica, a prescindere dalla circostanza che alla base della sua scelta ci fosse o meno la prospettiva dell'ottenimento di un vantaggio illecito.

Un discorso per certi versi parallelo rispetto a quello relativo alla persona fisica indotta/connivente è stato fatto a proposito dell'ente, anch'esso, si è sostenuto, "condannabile per connivenza". Al di là della innegabile e irriducibile differenza basata sulla diversa natura dei protagonisti coinvolti – persona fisica in un caso e giuridica nell'altro – il paragone tra le due figure è in realtà molto più pertinente di quanto possa apparire in via di prima approssimazione.

Anche a proposito della *societas*, infatti, nel momento in cui la scelta legislativa – col D. lgs. 231/2001 – si è orientata nel senso di porre a carico dell'ente un obbligo di dissociazione preventiva dal reato e, correlativamente, di non agevolazione dello stesso, tramite l'adozione di idonee cautele organizzative – in particolare di un modello di organizzazione e gestione – che, dopo aver calcolato il rischio-reato all'interno della compagine societaria, consenta anche di prevenirlo, si comprende il motivo della equiparazione effettuata all'interno della presente trattazione tra il privato indotto e l'ente, sotto il profilo del contegno che l'ordinamento ritiene dagli stessi esigibile: anche per l'ente, infatti, è la decisione di restare inerte di fronte al rischio di commissione di un reato, di non opporsi allo stesso tramite l'adozione delle necessarie cautele organizzative che avrebbero consentito di evitarlo, a costituire la *ratio* della scelta ordinamentale di punirlo per la sua condotta omissiva/agevolativa.

In altre parole, volendo intendere la connivenza come condotta passiva antigiuridica penalmente rilevante, è proprio il contegno inerte appena descritto che, in definitiva, al di là del *nomen iuris* utilizzato dal legislatore, viene rimproverato e sanzionato, assumendo così la connivenza punibile dei contorni sempre più ampi rispetto alla mera adesione psichica ad un fatto di reato, totalmente irrilevante sul piano penale perché non trascendente la sfera interiore del soggetto.

Proseguendo nella trattazione, si è analizzata la figura della connivenza in una forma differente rispetto alle ipotesi precedenti, più sfumata e allo stesso tempo costante nelle sue modalità di manifestazione. Ci si riferisce alla condotta connivente posta in essere nei fenomeni di criminalità ambientale, all'interno di quei contesti territoriali caratterizzati da una criminalità diffusa al punto tale da rendere le modalità comunicative tra reo e vittima molto più sfumate e meno percepibili rispetto alle modalità ordinarie.

Il problema che si è posto rispetto ai reati tipicamente caratterizzati da modalità realizzative atipiche rispetto a quelle descritte dalle norme incriminatrici – e in particolare l'estorsione e la concussione ambientale – è se in presenza di una condotta che abbiamo definito anche in questo caso come “connivente”, poiché pur sempre adesiva e arrendevole di fronte ad un fatto di reato, per quanto perpetrato con modalità totalmente atipiche – infatti la violenza o la minaccia vengono di fatto sostituite dall'effetto coercitivo derivante dal clima di intimidazione diffusa – questa debba sempre considerarsi come proveniente dalla autentica “vittima” del reato, ovvero se, a determinate condizioni, possa formularsi un giudizio di rimproverabilità a carico dell'estorto o del concusso ambientale. In altri termini, se il motivo “culturale” alla base dell'azione di quest'ultimo possa attenuare o addirittura annullare lo stato di coazione morale in cui egli si trovava al momento dell'adesione alla “richiesta” del *pizzo* o della tangente.

Ebbene, al di là di qualche sporadica eccezione manifestata dalla giurisprudenza di legittimità, abbiamo riscontrato come la giurisprudenza pressoché unanime - a differenza dell'opzione ordinamentale relativa all'induzione indebita - abbia preferito qualificare l'estorto o il concusso ambientale alla stregua di una vittima e non di un partecipante del reato che contribuisce a integrare.

Considerando infatti le zone territoriali in cui tali reati assumono un *modus operandi* totalmente atipico, in virtù dell'assoluto e indiscusso dominio del territorio da parte delle organizzazioni criminali, la giurisprudenza ha concluso nel senso che ritenere inesistente il requisito della minaccia, e quindi non integrato il reato, per la sola assenza di una condotta formalmente rispondente a tale requisito, sarebbe una soluzione non conforme a giustizia, se si considera che il medesimo effetto di coazione psicologica che vessa la vittima fino al punto di farle temere per la propria incolumità, fisica e/o professionale, e “costringerla” così a pagare il *pizzo* o la tangente, può essere ottenuto in modo indiretto come conseguenza della mera consapevolezza da parte dell'intera popolazione della tacita convenzione di pagamento vigente nel territorio. Ed ecco che, collegando l'estorsione o la concussione al contesto ambientale di riferimento, è possibile rinunciare ad una condotta oggettivamente significativa per accontentarsi del semplice effetto che la prassi di illegalità diffusa abbia suscitato in quella che continua ad essere pacificamente considerata come vittima.

Volendo fare un confronto con la precedente figura dell'induzione indebita, sembra che il criterio utilizzato dal legislatore e dalla giurisprudenza di legittimità per decidere se sanzionare o meno una condotta connivente, in quanto non dissociativa dal reato commesso dalla controparte – prescindendo,

per il momento, dal risultato ottenuto – sia stato il medesimo: l'intensità della condotta coercitiva e la conseguente capacità di autodeterminazione conservata dal soggetto debole del rapporto. Con la differenza che mentre nell'induzione indebita si è ritenuto che la condotta induttiva non abbia una portata coercitiva tale da escludere una responsabilità connivente in capo al privato, che non si sia avvalso dei mezzi a sua disposizione per contrastare la richiesta illecita, nella estorsione e nella concussione ambientale, al contrario, in virtù del medesimo criterio, si è arrivati al risultato esattamente opposto: una condotta di quella gravità, non perché espressamente minacciosa, ma poiché oggettivamente percepibile come tale in virtù della convenzione tacita di illegalità perfettamente nota alla vittima, rende totalmente illegittima l'incriminabilità di qualsiasi forma di connivenza, a costo del possibile sacrificio dell'incolumità di chi la subisce.

Se una qualche forma di responsabilizzazione della parte debole può essere ammessa, questa va ricercata solamente al di fuori dell'area di rilevanza penale, come dimostrato in modo inequivocabile dalla ferma opposizione del Senato all'introduzione del reato di omessa denuncia della estorsione o concussione subita, e dalla sola introduzione del corrispondente illecito amministrativo, a pena di esclusione dalle gare di appalti pubblici.

Questa è stata l'unica presa di posizione legislativa in senso responsabilizzante del privato: non chiedere a quest'ultimo di resistere e di opporsi alla richiesta criminosa, nel momento in cui questa è stata avanzata, a costo di rispondere a titolo di compartecipe nel medesimo reato – come accade per il privato indotto che abbia acconsentito al pagamento della tangente – o di un diverso reato conseguente all'omessa denuncia, ma giustificare il cedimento e penalizzare a livello professionale la vittima non per non aver resistito, ma per non essersi successivamente dissociata dal delitto commesso a suo danno.

Proseguendo nell'indagine abbiamo riscontrato come la figura che mostra maggiori punti di contatto con la connivenza punibile sia quella del concorso di persone.

La scelta del legislatore italiano, infatti, a differenza di quella effettuata in altri ordinamenti – e in particolare in quello tedesco – è stata quella di sancire, all'interno dell'art. 110 c.p., la punibilità di tutti i contributi causali alla realizzazione della fattispecie plurisoggettiva, senza differenziare e tipizzare le varie tipologie di apporto – agevolazione, determinazione, istigazione ecc. – lasciando in questo modo un amplissimo spazio di manovra alla giurisprudenza, la quale, tuttavia, ha preferito restringere l'ambito applicativo della norma, escludendo dall'art. 110 c.p. tutte quelle condotte che,

in quanto meramente conniventi – quali la presenza sul luogo del reato, il silenzio, la tolleranza, l'inerzia ecc. – si siano arrestate ad una fase precedente rispetto alla condotta qualificabile come causale rispetto all'evento di reato, in quanto rivelatrici di una mera adesione psichica al fatto, senza alcun tipo di rilevanza sul piano materiale.

Eppure, analizzando due differenti forme attraverso le quali può esplicarsi il concorso di persone, cioè il concorso omissivo e quello morale, abbiamo rilevato come, in realtà, la connivenza rivesta un ruolo, in termini di punibilità, molto più ampio di quello che la giurisprudenza vuole far credere.

In entrambi i casi, la chiave di volta per riconoscere la punibilità della connivenza consiste nell'individuare il limite minimo di rilevanza penale del contributo concorsuale nell'agevolazione del fatto di reato, criterio già ampiamente adoperato dalla giurisprudenza nell'ambito della causalità commissiva, al fine di espandere i confini della punibilità rispetto a quanto consentito dal paradigma condizionalistico puro.

Partendo dal concorso omissivo, è evidente come la condotta di chi, pur rivestendo una posizione di garanzia e avendo un obbligo giuridico impeditivo dell'evento, non sia intervenuto al fine di impedirlo, abbia per lo meno agevolato la sua realizzazione e debba per ciò essere punito alla stregua di un compartecipe. Ebbene, non si vede alcun valido motivo per negare a tale soggetto la qualifica di "connivente": d'altronde, ciò che in definitiva viene rimproverato al soggetto è di non essere intervenuto, di essere rimasto inerte di fronte alla commissione del reato, pur avendo non solo l'obbligo, ma anche la concreta possibilità di impedirlo, e quindi di averne per lo meno agevolato, nel senso di aver più semplice la sua realizzazione. Nel concorso per omissione è dunque la sussistenza o meno di una posizione di garanzia a costituire l'autentico *discrimen* tra ciò che è penalmente rilevante o irrilevante. Solo quest'ultima, con i poteri giuridici impeditivi ai quali essa è inscindibilmente connessa, potrà trasformare in contributi concorsuali delle condotte conniventi di per sé ancora totalmente insignificanti, ove si dimostri che il tempestivo intervento, omissivo da parte del garante, avrebbe potuto impedire, o anche solo non agevolare, la realizzazione del reato.

Anche nel concorso morale il punto focale è sempre la teoria agevolatrice. Anzi, in questa fattispecie la connivenza sembra possedere ancora più *chances* di incriminazione, posto che essa non è vincolata alla sussistenza di una posizione di garanzia in capo al soggetto agente, ma ciò che viene richiesto ai fini dell'integrazione di una forma di connivenza punibile è semplicemente di aver agevolato la

commissione del reato, nel senso di aver rafforzato il proposito criminoso del reo. Cosa che concretamente accade con una condotta istigatrice.

Infatti, se si accoglie l'impostazione che differenzia le due forme che può concretamente assumere il concorso morale, cioè la determinazione o l'istigazione, a seconda che abbiano fatto nascere il proposito criminoso, ovvero rafforzato un proposito già esistente, si converrà sul fatto che mentre la prima è senz'altro una condotta particolarmente intensa e materialmente riscontrabile nel reato commesso - poiché senza la determinazione questo non sarebbe stato realizzato, dato che il proposito criminoso non sarebbe neppure sorto - nel caso dell'istigazione, invece, incidendo quest'ultima su un soggetto già motivato all'azione delittuosa, deve necessariamente rinunciarsi a rinvenirne le tracce nel reato commesso - salvo varianti apportate al piano criminoso originario - e ci si deve accontentare del riscontro di un mero effetto psichico sulla volontà del reo, in senso appunto rafforzativo della stessa, e quindi agevolativo del reato.

È evidente, per tale motivo, la pericolosità dell'incriminazione di una condotta istigatoria rispetto alla quale sia quasi sempre impossibile rinvenire una prova pratica degli esatti effetti che essa abbia prodotto, posto che l'evento consiste in questo caso in un fatto psichico altrui, lasciando in ombra il *quando*, il *come* e, in definitiva, il *se* tale effetto rafforzativo si sia realmente prodotto.

Sembra, quindi, che la condotta connivente di chi abbia assistito in modo inerte alla commissione di un reato altrui possa essere concretamente punita in due forme: per aver materialmente agevolato, nel senso di aver reso più semplice, col proprio mancato intervento, la realizzazione del reato - quando a dover impedire il reato dovesse essere il relativo garante dell'interesse giuridico leso - ovvero per aver rafforzato il proposito criminoso del reo, ed eliminato le sue ultime remore a tenere la condotta delittuosa.

Eppure, non può prescindersi dal rilevare come questa differenza tra le due possibili forme di connivenza spesso sfumi per acquisire i connotati di una "responsabilità multilivello"⁷¹², a causa della tendenza della giurisprudenza a "dimenticare", in caso di condotta omissiva, la necessità a fini punitivi della sussistenza di una posizione di garanzia e di un obbligo giuridico impeditivo, e a individuare in ogni caso una responsabilità di agevolazione psichica, al fine di incriminare condotte

⁷¹² M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la tipicità*, Cedam, 2013

che, non avendo apportato un contributo materiale alla realizzazione del fatto, sarebbero state altrimenti penalmente insignificanti.

Ecco che, in questo modo, la condotta omissiva viene trasformata in una condotta di carattere morale, punibile in quanto rafforzativa dell'altrui proposito criminoso, giustificata dal fatto che anche il silenzio o la tolleranza – in altri termini, la connivenza – siano idonee a trasmettere una certa sicurezza al soggetto agente e a rinsaldare, al pari di un'istigazione, il suo piano criminale.

È innegabile, tuttavia, la pericolosità insita in tale operazione di trasposizione di piani, dato il carattere difficilmente afferrabile dell'istigazione e dei suoi esatti effetti condizionanti sulla psiche del soggetto agente. È altrettanto ovvio, allo stesso tempo, che la soluzione non possa essere semplicemente quella di estromettere, come pure ha tentato di fare la giurisprudenza, la connivenza dai contributi causali punibili.

Abbiamo riscontrato come un qualche supporto possa derivare dal contesto ambientale di svolgimento dei fatti, poiché è chiaro che la considerazione dell'ambiente in cui è cresciuto e che ha influenzato il percorso di crescita e di maturazione del connivente, la sua professione, i suoi rapporti con l'esecutore materiale del reato, ma anche i rapporti con la vittima, possano dare un qualche rilievo a messaggi comunicativi – derivanti ad esempio dalla presenza sul luogo del reato, da un “silenzio concludente, di chi cioè sa, ma non fa nulla per impedire il reato”⁷¹³ - che, separati dal contesto di riferimento, non avrebbero alcun tipo di significato giuridico, ma al massimo, sarebbero moralmente riprovevoli, fermo restando, si ricorda, che non è possibile prescindere dalla successiva verifica che il rafforzamento del proposito criminoso si sia effettivamente prodotto, se non si vuole cadere nelle criticità connesse all'utilizzo di un criterio meramente astratto e presuntivo: solo raggiungendo la prova negativa che siano stati dei fattori causali alternativi a spingere il reo all'azione, potrà concludersi nel senso della autentica portata rafforzativa, con conseguente punibilità, della condotta connivente.

Ebbene, questa al momento sembra essere l'unica strada percorribile, dal momento che, nonostante la tendenza giurisprudenziale a incriminare, al di là del differente *nomen iuris* utilizzato, varie forme di connivenza in quanto agevolative del fatto di reato, il legislatore non è ancora intervenuto nel modo che probabilmente sarebbe in assoluto il più conforme a giustizia: o in via di tipizzazione espressa di

⁷¹³ M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la tipicità*, Cedam, 2013, pag. 148

alcune forme di connivenza punibili, ovvero in senso modificativo dell'art. 110 c.p., tramite la tipizzazione dei contributi causali agevolativi idonei a far sorgere una responsabilità concorsuale.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., AMATO-CERASE-GALADINI, *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissione Grandi Rischi": Riflessioni sul processo alla "Commissione Grandi Rischi"*, Franco Angeli, 2015

ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, pag. 187 e ss.

ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. Pen.*, 1997, pag. 403 e ss.

ALDROVANDI, *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Ind. pen.*, 2009, pag. 495 e ss.

AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pag. 151 e ss.

AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in RONCO (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, Zanichelli, Bologna, 2006

AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 320 e ss.

ANGIOINI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, II, Sassari, 1984

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003

ARGIRO', *Le fattispecie di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Jovene, 2012

ARTZ, *Willensmangel bei der Einwilligung*, Frankfurt, 1970

ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Ind. pen.*, 2005, pag. 1003 e ss.

BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in DE FRANCESCO-PIEMONTESE-VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010

BARTOLOMUCCI, *La metamorfosi normativa del modello penal preventivo in obbligatorio e pre-validato: dalle prescrizioni regolamentari per gli emittenti S.T.A.R. al recente art. 30 T.U. sicurezza sul lavoro*, in *Rivista231*, 2008, pag. 157 e ss.

BECCAREDDA BOY, *L'estorsione*, in MARINUCCI-DOLCINI, *Trattato di diritto penale*, VIII, Padova, 2010

BENVENUTI, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, Villa Monastero, 18-20 Settembre 1980, Milano, 1982

BERTOLUCCI, *"I conti della serva". Funzione nomofilattica al banco di prova della giurisprudenza post-Maldera in tema di concussione vs. induzione indebita*, in *Le Società*, 2016, pag. 1029 e ss.

BETTIOL-PETTOELLO-MANTOVANI, *Diritto Penale*, Cedam, 1986

BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 1339 e ss.

BISORI-PROFITI, *Contrasto alla criminalità organizzata e nuova disciplina delle misure di prevenzione*, in GIUNTA-MARZADURI (a cura di), *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, Milano, 2010

BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, pag. 951 e ss.

BUSTOS RAMIREZ, *Manual de derecho penal espanol – Parte general*, Barcelona, 1985

CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pag. 1148 e ss.

CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia*, in *Enc. dir. pen. it.*, in PESSINA (a cura di), Società Editrice Libreria, vol. II, 1906

CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Cedam, 2002

CARMONA, *Verso l'obbligatorietà del modello organizzativo e dei suoi contenuti?*, in AA. VV., *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2010

CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, Giuffrè, 1943

CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989

CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione Europea e principio "societas delinquere non potest"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, pag. 747 e ss.

CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in DE FRANCESCO-PIEMONTESE-VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010

CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pag. 289 e ss.

CINGARI, *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pag. 773 e ss.

CLASS, *Die Kausalitat der Behilfe*, in *Festschrift fur Ulrich Stock*, Wurzburg, 1966

COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pag. 90 e ss.

COLLICA, *La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017

CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Laterza, 2006

CONZ-LEVITA, *Anticorruzione: commento organico alla L. 27 maggio 2015 n.69*, Dike, 2015

CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pag. 1760 e ss.

CORNACCHIA-SPENA, *Sovranità e carattere pubblico del diritto penale discusso durante il workshop: La crisi dei concetti politici nello specchio del diritto penale*, Agrigento, 2-4 aprile 2014

CORVI, *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, in MAZZA-VIGANO' (a cura di), *Il «pacchetto sicurezza»*, Torino, 2009

CREMONESI, *La prova dell'estorsione ambientale. Niente presunzioni, la violenza va accertata in concreto*, in *Dir. e Giust.*, 2003, n. 21,28

D'ALESSANDRO, *Art. 40 c.p.*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, tomo I, Ipsoa, Milano, 2011

DE LA GANDARA VALLEIO, *Consentimiento, bien jiuiridico e imputaciòn*, Madrid, 1995

DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dogmatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990

DE MAGLIE, *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pag. 924 e ss.

DEROMA, *Il delitto di estorsione ambientale*, nota a sentenza Cass. Pen., Sez. II, n. 53652/2014, in *Cass. Pen.*, 2015, pag. 2280 e ss.

DE SIMONE: *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri oggettivi d'imputazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012

DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2008

DE VERO, *Le forme di manifestazione del reato in una prospettiva di nuova codificazione penale*, in AA.VV., *Valore e principi di della codificazione penale: l'esperienza italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995

DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, 1988

DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pag. 634 e ss.

DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di) *Reati e responsabilità degli Enti*, Giuffrè, 2010

DINACCI, *Concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso*, in www.treccani.it

DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pag. 589 e ss.

DOLCINI-VIGANO', *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012

DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pag. 175 e ss.

DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991

DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pag. 494 e ss.

ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986

ENGLISH, *Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn, 1963

FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979

FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. pen.*, 1983, pag. 44 e ss.

FIANDACA, <<*Causalità (Rapporto di)*>>, voce *Digesto penale*, II, Torino, 1988

FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Leg. pen.*, 2003, pag. 685 e ss.

FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, Zanichelli, 2012

FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, 7^a ediz., Zanichelli, 2014

FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull' idoneità del modello organizzativo, Gli speciali, D.Lgs. 231: 10 anni di esperienze*, in *Le società XXX*, pag. 61 e ss.

FIORI, *Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, pag. 29 e ss.

FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990

FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pag. 476 e ss.

FRANKE, *Kriminologische und Strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz*, in *Festschrift für Gunter Blau*, Berlin-New York, 1985

GAMBARDELLA, *Il caso Ruby e le aporie della Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2015, pag. 1315 e ss.

GARGANI, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile per definizione la persona giuridica?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. IV, Napoli, 2011

GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo II, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, 2013

GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013

GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Roma, 2011

GATTA, *“La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un’importante sentenza delle Sezioni Unite”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pag. 1566 e ss.

GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, Aracne, 2013

GIANNINI, *Diritto amministrativo, Vol. II*, 1970, Giuffrè, 1988

GIULIANI-BALESTRINO, *I problemi generali dei reati societari*, Giuffrè, 1978

GIUNTA, *Il reato come rischio d’impresa e la colpevolezza dell’ente collettivo*, in *“Società e modello 231: ma che colpa abbiamo noi?”*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2, Bologna, 2009

GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano, 1983

GRASSO, *Disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, in STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991

GRIMALDI, *I labili confini tra connivenza e concorso di persone nel reato*, in www.diritto.it

GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Giuffrè, 1952

HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1981

HERAUSGEGEBEN, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, in *Festschrift für Gallas, zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1973

HERZBERG, *Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt*, MDR, 1971

HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, in *ZStrW*, 1962

IADECOLA, *Breve commento sulla sentenza Franzese*, in www.sied.it

IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Rivista231*, 2008, pag. 66 e ss.

IMPALLOMENI, *Il codice penale italiano*, vol. I, Civelli, Firenze, 1890

INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, pag. 437 e ss.

INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pag. 563 e ss.

IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, 1984

- KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die Condicio-sine-qua-non-Formel in Strafrecht, in Festschrift fur R.M. Honig*, Gottingen, 1970
- KAUFMANN, <<*Objektive Zurechnung*>> *beim Vorsatzdelikt?*, Festschrift Jescheck I, Berlin, 1985
- LAMPE, *Die Kausalitat und ihre strafrechtliche Funktion, Gedachtinschrift fur Armin Kaufmann*, Koln-Berlin-Bonn-Munchen, 1989
- LA SPINA, *Razionalità, agire sociale e logiche di risposta alla mafia*, in CENTORRINO-LA SPINA-SIGNORINO (a cura di), *Il nodo gordiano. Criminalità mafiosa e sviluppo nel mezzogiorno*, Laterza, Bari, 1999
- LA SPINA-MILITELLO, in LA SPINA-MILITELLO (a cura di), *Un approccio interdisciplinare al fenomeno dell'estorsione*, in *Dinamiche dell'estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, Giappichelli Editore, Torino, 2016
- LATTANZI, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi. Atti del convegno (15-16 marzo 2002, Firenze)*, Cedam, 2003
- LEGRENZI, *Come funziona la mente*, Laterza, 2008
- LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999
- LEONCINI, voce "*Reato omissivo*", in *Enciclopedia giuridica del sole 24 ore*, Bergamo, 2007, pag. 36
- LOTTINI, *I modelli di organizzazione e gestione*, in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010
- MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231 del 2001: una «una truffa delle etichette» davvero innocua?* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002, pag. 879 e ss.
- MANES, *Delitti contro il patrimonio mediante violenza sulle cose o alle persone*, in CANESTRARI-GAMBERINI-INSOLERA-MAZZACUVA-STORTONI-SGUBBI-TAGLIARINI, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 4^a ediz., Bologna, Monduzzi, 2006
- MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 1101 e ss.

MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di concussione e corruzione*, in *Arch. Pen.*, I, 2013, pag. 21 e ss.

MANNA, *Corso di diritto penale, parte generale*, 3^a ediz., Cedam, 2015

MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, cit. pag. 340 e ss.

MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 2009

MARINUCCI, "*Societas punire potest*": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pag. 1192 e ss.

MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pag. 523 e ss.

MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato*, Ipsoa, Milano 2006

MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Ipsoa, Milano, 2009

MARINUCCI-ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pag. 687 e ss.

MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, ESI, Napoli, 2012

MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Cedam, 2013

MASULLO, *L'incriminabilità della connivenza come agevolazione psichica: le coordinate per una stabilizzazione sul piano processuale*, in *Cass. Pen.*, 2015, pag. 3090 e ss.

MECCA, *L'estorsione*, Padova, 2007

MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento "dogmatico" della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in "*Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*", *Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze (15-16 marzo 2002)*, Padova, Cedam, 2003, pag. 227 e ss.

MESSINA, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale. Percorsi giurisprudenziali e nuovi orizzonti di confronto tra scienza e diritto*, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. I, Napoli, 2011

- MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Giuffrè, 1982
- MILITELLO, *Contrasto alle organizzazioni di tipo mafioso e sistema penale italiano*, in LA SPINA-MILITELLO (a cura di), *Dinamiche dell'estorsione e risposte di contrasto tra diritto e società*, Giappichelli, Torino, 2016
- MILITELLO-SIRACUSA, *L'obbligo di denuncia a carico dell'imprenditore estorto fra vecchi e nuovi paradigmi sanzionatori*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2010, pag. 331 e ss.
- MINTZBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1996
- MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992
- MONTARULI, *Concorso di persone nel reato e fattispecie plurisoggettive*, in ABBATTISIA-MONTARULI-POLIGNANO, *I reati associativi e gli strumenti di contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata*, Giappichelli, 2010
- MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995
- MUSELLA, *Criteri e best practices per realizzare e attuare in modo efficace un idoneo modello anticorruzione*, Giuffrè, Milano, 2014
- MUSOTTO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Palermo, 1964
- NOCITO, *Del concorso di più persone in uno stesso reato*, in PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, vol. V, Milano, 1904
- NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, pag. 60 e ss.
- ONDEI, *Correità e rapporto di causalità*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1946, pag. 49 e ss.
- PADOVANI, *Il problema "tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pag. 453 e ss.
- PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pag. 1302 e ss.
- PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, pag. 527 e ss.

PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pag. 395 e ss.

PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, in *Studi di diritto penale raccolti da Giacomo Delitala*, Milano, 1966

PAGLIARO, *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Giust. pen.*, 1993, pag. 243 e ss.

PAGLIARO, Parte generale. *Il reato*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, 2007

PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pag. 41 e ss.

PAGLIARO-PARODI-GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, I*, Giuffrè, Milano, 2008

PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale, 2^a ediz.*, Giappichelli, Torino, 2013

PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pag. 821 e ss.

PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, pag. 1173 e ss.

PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Torino, 2004

PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pag. 1516 e ss.

PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, *Gli speciali, D.Lgs. 231: 10 anni di esperienze*, in *Le società, Gli Speciali*, 2011, pag. 5 e ss.

PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista231*, 2006, pag. 167 e ss.

PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952

PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955

PELISSERO, *La “nuova” responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Vol. 1, 13^a ediz., Giuffrè, 2007

PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001)*, in *Incontro di studio sul tema: Le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28-30 marzo 2011

PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi del lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pag. 829 e ss.

PROSDOCIMI, *Note sul delitto di estorsione*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 2006, pag. 673 e ss.

PULITANÒ, *La responsabilità da “reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, cit. pag. 415 e ss.

PULITANO’, voce *La responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir., Agg.*, VI, Milano, 2002

PULITANO’, *Diritto penale*, 6^a ediz., Giappichelli, Torino, 2015

RINALDI, *L’analogia e l’interpretazione estensiva nell’applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pag. 195 e ss.

RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pag. 1267 e ss.

RISICATO, *Combinazione ed interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001

RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007

ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002, pag. 393 e ss.

ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2004

ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Vol. I, Napoli, 2007

ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013

ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale (Art. 85.149)*, Vol.II, 4^a ediz., Giuffrè, 2012

- ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, 3^a ediz., Giuffrè, 2004
- RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, pag. 821 e ss.
- RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. pen.*, 2013, pag. 42 e ss.
- ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, B.I. Grundlagen Aufbau der Verbrechen*, 3^a Auf., Munchen, 1997
- SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, Milano, 2004
- SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1121 e ss.
- SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pag. 1235 e ss.
- SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000
- SESSA, *Il formante giurisprudenziale tra legalità in the books e critica dottrinale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014
- SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975
- SHUNEMANN, *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, in *NStZ*, 1986
- SINISCALCO, *Dalla depenalizzazione di illeciti penali alla formazione di un sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pag. 11 e ss.
- SIRACUSA, *Diritto penale ed infiltrazioni mafiose nell'economia: tra certezze e ambiguità*, in LA SPINA (a cura di) *I costi dell'illegalità. Mafia ed estorsioni in Sicilia*, Bologna, Il Mulino, 2008
- SIRACUSA, *L'imprenditore estorto "acquiescente". Tra coazione morale e libertà del volere*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, pag. 1803 e ss.
- STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pag. 1217 e ss.

- STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale – Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1990
- STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, pag. 459 e ss.
- STELLA, *Commentario breve al codice penale, art. 40*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALA', Padova, 1999
- STRATENWERTH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerholung*, in *Festschrift für W. Gallas*, Berlin, New York, 1973
- TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in AA. VV., *Scienza e causalità*, (a cura di) DE MAGLIE, SEMINARA, Cedam, 2006
- TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi Delitala*, III, Milano, 1985
- VANNUCCI, *Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi occulti*, in *Etica degli affari e delle professioni*, 1993, pag. 36 e ss.
- VIGANO', *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013
- VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pag. 1358 e ss.
- VINCIGUERRA, *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a reato proprio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, pag. 307 e ss.
- VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in VINCIGUERRA-CERESA-GASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d.lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004
- VIOLANTE, voce *Istigazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Giuffrè, 1972, pag. 988
- VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pag. 695 e ss.
- WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Freiburg, 1991

