



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

**Dipartimento di Scienze Giuridiche
Dottorato di ricerca in Diritto pubblico
Curriculum di Diritto Penale**

Il modello di illecito di pericolo nei reati in materia di economia

Tutores

Prof. Marco Gambardella

Prof. Antonio Fiorella

Candidata

Marina Poggi d'Angelo

Ciclo XXXII - A/A 2018/2019

Anche quando l'atto criminale è con certezza nocivo alla società, il grado di dannosità che presenta è lungi dall'essere regolarmente in rapporto con l'intensità della repressione che lo colpisce. Nel diritto penale dei popoli più civili, l'assassinio è universalmente considerato il maggiore dei reati: tuttavia, una crisi economica, un colpo di borsa, persino un fallimento possono disorganizzare molto più gravemente il corpo sociale che non un omicidio isolato.

(Émile Durkheim, *La divisione sociale del lavoro*, 1893)

Non m'importava che cosa fosse il mondo. Volevo soltanto sapere come viverci. Forse, se scoprivi come viverci, imparavi anche che cos'era.

(Ernest Hemingway, *Fiesta*, 1926)

SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO.....	6
TECNICHE DI INCRIMINAZIONE NEI REATI IN MATERIA DI ECONOMIA.....	6
1.1. La categoria dei reati “economici”.....	6
1.1.1. Origine: “ <i>white - collar crimes</i> ” di stampo anglosassone.....	6
1.1.2. I reati economici in Italia: il volto moderno del diritto penale d’impresa.....	10
1.2. Le tecniche di incriminazione: il modello del reato di danno nel diritto penale “classico”.....	12
1.2.1. Il modello di reato di pericolo nella moderna legislazione d’impresa: una prima ricognizione.....	13
1.3. Il problema del rispetto del generale principio di offensività.....	15
1.3.1. Cenni sul principio di offensività nel diritto penale italiano.....	15
1.3.2. <i>The Harm Principle</i> nel diritto anglosassone.....	21
1.3.2.1. <i>Premessa: lo scopo della comparazione giuridico-penalistica</i>	21
1.3.2.1.1. La necessità di un confronto con la <i>Common Law</i>	23
1.3.2.2. <i>Rapporti tra morale e diritto: origine dello Harm Principle</i>	27
1.3.2.3. <i>La concezione liberale di Mill e Feinberg</i>	32
1.3.2.3.1. Lo <i>Harm principle</i> inteso come prevenzione dei danni (<i>harm prevention</i>).....	38
1.3.2.4. <i>La necessaria estensione del principio: “Fair Imputation Principle”</i>	41
1.3.2.5. <i>La necessaria estensione del principio: “Principle of Welfare”</i>	43
CAPITOLO SECONDO.....	46
IL MODELLO DEL REATO DI PERICOLO.....	46
2.1. Premessa: origini del concetto di pericolo.....	46
2.2. Dal binomio reati formali/reati materiali all’elaborazione dei reati di pericolo.....	47
2.2.1. La distinzione tra reati formali e materiali nel sistema francese.....	51
2.3. La qualificazione dei reati di pericolo nella dogmatica giuridica italiana: il pericolo concreto nella fattispecie tipica.....	54
2.3.1. Condotta pericolosa.....	54
2.3.2. Evento di pericolo: l’esempio paradigmatico della qualificazione del “disastro” nei delitti contro l’incolumità pubblica e nei delitti contro l’ambiente.....	56
2.3.3. L’accertamento del pericolo concreto: brevi cenni e rinvio.....	66
2.4. (segue) La qualificazione dei reati di pericolo nella dogmatica giuridica italiana: i reati di pericolo astratto.....	68
2.5. Pericolo astratto e limiti soglia: l’esempio delle “False comunicazioni sociali”.....	70
2.5.1. Argomenti favorevoli alla configurabilità dei reati di pericolo astratto.....	74
2.5.2. Argomenti contrari alla configurazione dei reati di pericolo astratto.....	77

2.5.3. Compatibilità con il principio di offensività nella giurisprudenza di legittimità .	78
2.4.3.1. <i>Recupero del principio attraverso l'art. 49, comma 2 c.p.</i>	79
2.4.3.2. <i>Recupero del principio attraverso il c.d. criterio teleologico</i>	80
2.6. I reati che anticipano la tutela penale o a carattere preventivo nel sistema anglosassone. Una difficile sistematizzazione	83
2.6.1. <i>Conduct crimes v. Result Crimes</i>	85
2.6.2. <i>Remote harms</i>	86
2.6.3. <i>Endangerment harms or offences</i>	90
2.6.4. <i>Crimes of Risk Prevention or Prevention of Harm</i>	93
2.6.5. I “ <i>Mala Prohibita Offences</i> ” e la nascita dei “ <i>Regulatory Offences</i> ”	95
2.6.5.1. <i>Similitudini e differenze con il diritto penale sanzionatorio italiano</i>	101
CAPITOLO TERZO	106
IL MODELLO DI PERICOLO NEI C.D. MARKET ABUSE.....	106
3.1. Il regime eurounitario degli abusi di mercato	106
3.2. Quadro normativo ed evoluzione storica della disciplina italiana	112
3.3. L’abuso di informazioni privilegiate come reato di pericolo astratto	120
3.4. Il delitto di manipolazione del mercato come reato di pericolo concreto	121
3.4.1. La concreta idoneità ad alterare sensibilmente il prezzo degli strumenti finanziari: il caso BNL-Unipol.....	121
3.4.2. Profili problematici sull’accertamento del pericolo concreto di sensibile alterazione del prezzo nella giurisprudenza di legittimità: il giudizio controfattuale ..	125
3.5. Quadro normativo ed evoluzione storica dei “ <i>Criminal Market Abuse</i> ” di stampo anglosassone	128
3.6. <i>Market Manipulation</i>	142
3.6.1. Il problema preliminare della definizione	142
3.6.2. La disciplina anglosassone della <i>Market Manipulation</i>	147
3.7. Il modello di reato della <i>Market manipulation</i> : un principio di analisi	155
CAPITOLO QUARTO	158
IL MODELLO DI PERICOLO NEL DIRITTO PENALE FALLIMENTARE	158
4.1. Evoluzione storica.....	158
4.2. La bancarotta fraudolenta patrimoniale come illecito di pericolo (concreto)	159
4.2.1. La rilevanza del danno patrimoniale: applicabilità delle circostanze di cui all’art. 219 l. fall. ai reati di pericolo	163
4.2.2. La nuova causa di non punibilità prevista dal codice della crisi d’impresa	166
4.3. Il dolo di pericolo: la “tipicità soggettiva” nella bancarotta fraudolenta propria.	167
4.3.1. La bancarotta come reato di condotta pericolosa o reato di evento di pericolo: riflessi sull’oggetto del dolo.....	172
4.3.2. L’accertamento del dolo: l’uso degli “indici di fraudolenza”	178

4.3.3. La valorizzazione dell'elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta patrimoniale: la sfida attuale per conformarla ai principi di offensività e colpevolezza	181
4.4. Compatibilità del reato di cui all'art. 216 come reato di pericolo concreto con le condizioni obiettive di punibilità	183
BIBLIOGRAFIA.....	190

CAPITOLO PRIMO

TECNICHE DI INCRIMINAZIONE NEI REATI IN MATERIA DI ECONOMIA

1.1. La categoria dei reati “economici”

1.1.1. Origine: “white - collar crimes” di stampo anglosassone

Il termine “white-collar crime” è stato coniato negli Stati Uniti d’America negli anni ’30 ed ebbe subito un enorme fortuna¹. Fu introdotto nel pubblico dibattito, precisamente, da Edwin H. Sutherland nel 1939 nel suo discorso presidenziale all’assemblea congiunta della “American Sociology Society” e della “American Economics Association”.

Tuttavia, già prima di tale data è possibile rinvenire una definizione simile: quando Ross scrisse sul concetto di criminaloide (“*criminaloid concept*”), affermando che il criminaloide è il nemico più pericoloso della società, di gran lunga più temibile di un semplice criminale, perché indossa l’uniforme della virtù ed opera su scale enormi («*society’s most dangerous foe, more redoubtable by far than the plain criminal, because he sports the livery of virtue and operates on a titanic scale*»)².

Ad ogni modo, Sutherland nel suo discorso fornisce la prima delle sue tante definizioni di “white-collar crime”: «*Perhaps it should be repeated that “white-collar” (upper) and “lower” classes merely designate persons of high and low socioeconomic status. Income and amount of money involved in the crime are not the sole criteria. Many persons of “low” socioeconomic status are “white-collar” criminals in the sense that they are well-dressed, well-educated. And have high incomes, but “white-collar” as used in this paper means “respected”, “socially accepted and approved”, “looked up to”. Some people in this class may not be well-dressed or well-educated, nor have high incomes, although the “upper” usually exceed the “lower” classes in these respects as well as in the social status*»³.

Meno di un anno dopo il suo discorso presidenziale Sutherland pubblicò un articolo che, da un lato, ribadì molte delle sue precedenti argomentazioni, dall’altro,

¹ Per una panoramica del sistema statunitense dei *white-collar crimes* si veda B.K. PAYNE, *White-Collar Crime. The Essentials*, Sage, 2013.

² E.A. ROSS, *Sin and Society: An analysis of latter-day iniquity*, Houghton Mifflin, 1907.

³ E. H. SUTHERLAND, *White-Collar Criminality*, in *American Sociological Review*, 1940, p. 4.

viceversa, cercò di chiarire l'impressione poco chiara che aveva dato in relazione alle condotte di cui si occupava⁴.

Infine, Sutherland scrisse la sua famosa monografia sugli “*white-collar crime*”, la quale poco aggiunse a ciò che aveva indicato già nei suoi precedenti articoli e convegni. Il suo libro è quasi esclusivamente una compilazione di violazioni di legge- principalmente disposizioni di tipo sanzionatorio- perpetrate da settanta tra le più grandi società americane⁵. Tale approccio di definizione dei “*white-collar crimes*” è stato definito “*offender-based approach*” poiché poneva l'attenzione sulle caratteristiche sociologiche del reo piuttosto che sulle condotte da esso poste in essere⁶.

Nonostante la fondamentale importanza dello sguardo di Sutherland sui reati commessi da soggetti con un elevato status sociale, il significato del concetto di “*white-collar crime*” è mutato radicalmente da quando tale termine è stato coniato. Un diverso approccio concettuale emerse solo poche decadi dopo il primo indirizzo. Tale approccio si concentra sulla natura del reato piuttosto che sull'autore dello stesso. La definizione più influente basata su questa nuova interpretazione, chiamata “*offence-based definition*”, fu introdotta da Edelhertz, che definì il “*white-collar crime*” come “*an illegal act or series of illegal acts committed by nonphysical means and by concealment or guile, to obtain money or property, to avoid the loss of money or property, or to obtain business or personal advantage*”⁷ (una o più azioni illegali commesse senza un sostrato materiale e con dissimulazione o colpa, allo scopo di ottenere denaro, proprietà o altra utilità patrimoniale).

In altre parole, i “*crimes in relation to business*”, come Sutherland li chiamava, hanno oggi ad oggetto distrazioni milionarie, disastri ambientali che distruggono habitat e richiedono milioni per la loro bonifica o morti e lesioni sul posto di lavoro i cui costi fisici e morali sono incalcolabili.

Alla luce della dimensione e della gravità del problema, si potrebbe pensare che il controllo dei “*white-collar crime*” sia una priorità per i governi, ma così non sembra⁸. Differenti sono gli approcci usati per regolare i “*white-collar crime*”; primo

⁴ E. H. SUTHERLAND, *Crime and Business*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1941, pp. 112-118.

⁵ E. H. SUTHERLAND, *White Collar Crime*, Dryden, 1949.

⁶ Cfr. M.L. BENSON – S.S. SIMPSON, *Understanding White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, Routledge, 2015, p. 22 ss.

⁷ H. EDELHERTZ, *The Nature, Impact or Prosecution of White-Collar Crime*, in *U.S. Department of Justice*, 1970, p. 3.

⁸ Si veda anche J. K. STRADER, *Understanding White Collar Crime*, Carolina Academic Press, 2017.

fra tutti il controllo amministrativo messo in atto da agenzie specializzate e correlato da un apparato sanzionatorio. Un ulteriore approccio richiede anche l'utilizzo di sanzioni penali. Tuttavia, la tutela penale apprestata in relazione ai “*white-collar crime*” pone specifici problemi di giustizia criminale.

In primo luogo, le condotte criminose sono di difficile disvelamento perché sono spesso camuffate come legali attività di business. In secondo luogo, anche quando un “*white-collar crime*” viene alla luce, se è commesso all'interno di un organismo, può essere difficile per gli inquirenti individuare il soggetto responsabile, ossia un singolo individuo o un gruppo di individui che possano essere posti sotto processo. Inoltre, le indagini che hanno a oggetto i reati commessi negli ambiti delle organizzazioni societarie possono essere estremamente complesse, durature e dispendiose⁹. Infine, gli imputati hanno abbondanti risorse legali e finanziarie con le quali rispondere alle accuse, prendendo pieno beneficio dalle protezioni procedurali che sono state costruite nei moderni sistemi legali per tutelarsi contro l'uso coercitivo dell'autorità.

I tipici “*white-collar crimes*” includono varie condotte come il peculato da parte di banchieri o “trustees”, corruzione tra i pubblici ufficiali, manipolazioni del mercato, bancarotte fraudolente, false comunicazioni sociali ecc.

Da quando il business moderno e le relazioni professionali si basano largamente sulla fiducia, i “*white-collar crimes*” possono essere definiti inoltre come una frattura della fiducia nel business e nella comunità di professionisti da parte degli stessi professionisti o del pubblico in generale. La fiducia, invero, è un concetto evanescente, ma senza di essa le operazioni del business moderno sarebbero impossibili¹⁰. Il fidarsi ha una genesi sociale che implica anche un'esposizione al rischio: conviene ma al contempo esige preve garanzie. Non solo garanzie giuridiche, le quali assicurano un certo “risarcimento” in caso di perdita, ma ciò che più motiva alla fiducia è l'affidabilità, vale a dire il riconoscimento che vi è qualcuno che mantiene le promesse, che è fedele agli impegni presi¹¹.

⁹ Sul punto si vedano, L. DERVAN – E. PODGOR, *Investigating and Prosecuting White-Collar Criminals*, in S.R. VAN SLYKE- M.L. BENSON- F.T. CULLEN (edited by), *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*, Oxford University Press, 2016, p. 561 e ss.

¹⁰ G. ROBB, *White-Collar Crime in Modern England*, Cambridge University Press, 1992, p. 4.

¹¹ Così S. NATOLI, *Il rischio di fidarsi*, il Mulino, 2016, p. 45.

Tuttavia, è stato brillantemente osservato come il corpo del diritto penale dei “colletti bianchi” sia caratterizzato da un forte ambiguità morale¹². In primo luogo, la maggior parte delle condotte sono punibili mediante sanzioni penali o civili e la discrezionalità di scegliere le une piuttosto che le altre è interamente rimessa nelle mani di coloro che rappresentano la pubblica accusa (Pubblico ministero o agenzie governative). In secondo luogo, molti di questi reati sono, come vedremo, “regulatory” e non illeciti penali veri e propri. Infine, i “white collars crimes” sembrano generalmente soggetti a pene meno severe rispetto ai reati “di strada”¹³.

Certamente sussistono plurime ragioni capaci di spiegare l’enorme sviluppo della regolamentazione dei comportamenti economici e l’espansione del diritto penale in questo campo, ma se ne potrebbero sottolineare due fondamentali: la sempre maggiore divaricazione tra etica ed economia e le recenti e più drammatiche crisi economiche.

Quanto alla prima ragione, la distanza venutasi a creare tra etica ed economia ha portato a considerare che “l’economia del benessere” dipenda unicamente dai suoi consumi e dal suo soddisfacimento individuale. Tuttavia, a causa delle gravi crisi economiche e dei pericoli per la ricchezza delle famiglie e dei piccoli risparmiatori sembra giunto il momento di risolvere il problema della morale nel mercato, abbandonando innanzitutto l’idea di un mercato totalmente deregolamentato come unica fonte di benessere sociale¹⁴. Se è vero che nel “diritto globale dell’economia” si può parlare oggi di una co-regolazione proveniente da soggetti privati (imprese multinazionali e regolatori privati) e soggetti pubblici (regolatori istituzionalizzati e formalizzati), è altrettanto complesso comprendere il contenuto della co-regolazione globale, la quale incide enormemente sull’equilibrio tra logiche di mercato e valori pubblici e sociali¹⁵.

In relazione alla seconda ragione, si è compreso come le moderne condotte economiche provochino, da un lato, la mancata crescita economica dei Paesi (ad es.

¹² S.P. GREEN, *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, Università Bocconi editore Paperback, 2014, p. 19 ss.

¹³ I. NAGEL-J. HAGAN, *The Sentencing of White-Collar Criminals in Federal Courts: A Sociological Exploration of Disparity*, in *Michigan Law Review*, 1982, p. 1427.

¹⁴ Sul rapporto tra etica ed economia si vedano le riflessioni di A. SEN, *Etica ed economia*, Laterza, 2002; A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Giuffrè, 1997 e G. ROSSI, *Il mercato dell’azzardo*, Adelphi, 2008.

¹⁵ Cfr. M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, 2008, p. 116 ss.

per il fenomeno della corruzione) e, dall'altro, ingenti perdite, anche se difficilmente quantificabili, all'economia reale¹⁶.

Invero, non esistono stime comprensive dei costi delle frodi finanziarie come l'insider trading, il cd. schema Ponzi, le frodi dei titoli o dei mutui. In base alle differenti tipologie di frodi, le vittime variano dai semplici consumatori ai sofisticati investitori, quali società, azionisti o governi. Alcune di queste frodi riguardano poche centinaia o migliaia di dollari; altri concernono miliardi¹⁷. Mentre il numero delle vittime è sconosciuto, Cohen ha stimato che il "WTP" (*willingness to pay*) – la "disponibilità a pagare", ossia il prezzo massimo che un individuo sarebbe disposto a pagare per ottenere qualcosa che desidera o per evitare qualcosa di indesiderabile – per ridurre la vittimizzazione di una frode finanziaria si aggira intorno ai 12,000 \$¹⁸.

1.1.2. I reati economici in Italia: il volto moderno del diritto penale d'impresa

In Europa, l'elaborazione organica delle disposizioni in materia di società commerciali venne intrapresa con la Rivoluzione francese e col Codice di commercio napoleonico del 1807. Tuttavia, le prime disposizioni penali speciali furono redatte solo nel XIX secolo: ad esempio, nel Regno Unito furono introdotte con il "*Fraudulent Trustees Act*" del 1857 e con il "*Companies Act*" del 1862¹⁹.

In Italia, dopo l'affermazione della responsabilità penale per bancarotta fraudolenta e semplice degli amministratori di società commerciali cadute in fallimento, si ribadì l'esigenza di inserire disposizioni penali speciali in materia di società. A partire da diversi progetti, dunque, nel 1882 venne compilato il codice Zanardelli, il quale si limitò a legiferare sui casi in cui le sanzioni civilistiche apparivano inadeguate. Altra linea direttrice del nuovo codice fu senza dubbio la sostanziale mitezza delle pene. Infine, le disposizioni penali speciali in materia societaria vennero inserite nella l. n. 107 del 1942, poi inserite negli articoli che vanno dal 2621 al 2642 del codice civile.

¹⁶ Sullo stretto collegamento tra il tasso di corruzione e la crescita economica di un paese si veda l'importante studio di P. MAURO, *Corruption and Growth*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1995, p. 681 ss.

¹⁷M.A. COHEN, *Willingness to Pay to Reduce White Collar and Corporate Crime*, in *Journal of Benefit-Cost Analysis*, 2015, pp. 305-324.

¹⁸M.A. COHEN, *The Costs of White Collar Crime*, in S.R. VAN SLYKE- M.L. BENSON- F.T. CULLEN (edited by), *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*, Oxford University Press, 2016, pp. 94-95.

¹⁹ L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, Vol. I, Utet, 1965, p. 7 ss.

Dunque, il nucleo storico del diritto penale dell'economia è costituito dalle disposizioni penali della legge fallimentare e da quelle del codice civile sui c.d. reati societari: si tratta, in particolare del “diritto penale commerciale” in senso stretto.

Il diritto penale, in pratica, fino alla metà del '900, si è unicamente occupato della gestione dell'attività d'impresa esercitata in forma societaria (reati societari) e dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale (reati fallimentari)²⁰.

Solo recentemente, accanto al tradizionale complesso dispositivo, la materia penal-economica ha allargato il suo campo di studio, incentrandosi anche su nuove discipline come, ad esempio, quella dei “mercati finanziari”. Sempre più importanza, infatti, ha assunto il regolare funzionamento dei mercati mobiliari, vale a dire l'insieme delle regole e delle istituzioni che consentono alle risorse economiche di ciascuno di circolare con efficienza ed in condizioni di sicurezza²¹.

Tale fenomeno si è sviluppato a causa della globalizzazione dell'economia, ossia all'interdipendenza globale a livello di scambi culturali e finanziari ed al conseguente influsso della legislazione europea ed internazionale volta ad armonizzare le diverse normative penali applicate nei singoli Stati. Invero, nell'era post-industriale, l'industria cessa di essere soggetto per divenire oggetto del mercato: il capitalismo industriale aveva come motore l'industria manifatturiera, si investiva nella produzione di merci; il finanzia-capitalismo, viceversa, ha come motore il sistema finanziario, il quale persegue l'accumulazione di capitale saltando invece la fase intermedia di produzione di merci²².

Le grandi imprese, diventate le principali protagoniste dell'economia globale, hanno acquistato una dimensione transnazionale che le caratterizza come “multinazionali”. Siffatta transnazionalità, richiede, come detto, anche un'armonizzazione della disciplina penale dei singoli Stati in cui si disloca l'organizzazione produttiva e distributiva della grande impresa multinazionale²³. Per tale ragione è diventato di somma importanza comprendere il fenomeno della globalizzazione economica, al fine di rivedere le fattispecie penali in relazione alle nuove condotte illecite poste in essere: condotte articolate e complesse che non

²⁰ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010, p. 251 ss.

²¹ F. VELLA- G. BOSI, *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, il Mulino, 2019, p. 19 ss.

²² Così L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, 2011, p. 7.

²³ V. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018, p. 7 ss.

concernono più il patrimonio individuale staticamente inteso, bensì l'acquisizione, la gestione e la circolazione della ricchezza²⁴.

Si è sostenuto che i reati economici appartengano al paradigma del diritto penale della globalizzazione, da cui deriverebbe un minor "garantismo", il quale favorisce di conseguenza la tendenza espansiva del diritto penale²⁵. Senonché, i principi generali che regolano i reati economici devono possedere la stessa forza e quotazione di quelli che presiedono tutti gli altri illeciti penali.

È necessario, in altre parole, applicare, pur adattandoli, i principi fondamentali e le tecniche di incriminazione propri della materia penalistica al nuovo volto del diritto penale dell'economia, il quale non può non tenere in considerazione «le poderose sollecitazioni della realtà dell'agire economico, che formano e deformano gli istituti»²⁶.

Si dovrà, dunque, ricercare la più efficace tecnica di incriminazione per i nuovi reati economici, al fine di rendere effettiva la tutela di beni superindividuali, come il mercato finanziario, e beni sempre più complessi, come il patrimonio dell'imprenditore posto a garanzia dei creditori.

1.2. Le tecniche di incriminazione: il modello del reato di danno nel diritto penale "classico"

I reati di danno rappresentano i modelli di illecito "classici" e, come tali, costituiscono il nucleo centrale delle legislazioni penali tradizionali.

Il danno, considerato come effetto di una azione o di omissione umana, è una modificazione del mondo esteriore, in quanto produce la perdita o la diminuzione di un bene²⁷. Invero, l'azione umana consiste nella volontaria produzione o nel volontario non impedimento di un risultato, e il danno è quel risultato medesimo.

Si parla di illecito di danno laddove la condotta criminosa arrechi una completa distruzione al bene giuridico tutelato (come esempio paradigmatico si consideri il delitto di omicidio) ovvero una diminuzione del bene (ad es. il reato di lesioni)²⁸.

²⁴ Così E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI – M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2016, pp. 28-30.

²⁵ J. SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Giuffrè, 2004, p. 71 ss.

²⁶ Così A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 7 ss.

²⁷ A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Fratelli Bocca editori, 1913, p. 278.

²⁸ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, pp. 213-214.

In dottrina, si è distinto anche tra reati di danno astratto e reati di danno concreto. Nei reati di danno astratto, il legislatore, descrivendo il fatto di reato, stabilisce che cosa egli considera dannoso e che cosa no. L'interprete, in tali casi, si limita ad esaminare se il fatto commesso possieda il significato incriminato dal legislatore, non potendo invece valutare la sua dannosità in concreto.

Diversamente, nei reati danno concreto, il legislatore non stabilisce egli stesso quale fatto considerare dannoso, ma richiede il verificarsi di un "danno" affinché sia integrata la fattispecie penale: il danno entra nella struttura della fattispecie come elemento normativo, con la conseguenza che il giudice deve stabilire che cosa costituisca danno e se si sia verificato nel caso concreto. Tipico esempio di quest'ultima tipologia è la truffa, dove gli artifici e i raggiri devono aver prodotto un danno nel caso concreto²⁹.

1.2.1. Il modello di reato di pericolo nella moderna legislazione d'impresa: una prima ricognizione

Come appena visto, il nucleo centrale del diritto penale «classico» è costituito dai reati di danno, ossia da reati in cui la condotta criminosa comporta una lesione effettiva o parziale del bene protetto. Parallelamente, si è sviluppato ed espanso il modello incentrato sui reati di pericolo: concreto e, frequentemente, astratto.

Ciò, come prima approssimazione, per effetto di due fenomeni: per un verso, l'evoluzione produttivo-tecnologica ha fatto aumentare le attività rischiose, ancorché socialmente utili, «rispetto alle quali risulta opportuna l'emanazione di norme cautelari penalmente sanzionate dirette ad impedire la trasformazione del rischio in danno»³⁰; per altro verso, i compiti di natura solidaristica, assunti sempre più nelle mani dello Stato, hanno indotto il legislatore ad anticipare la tutela penale, per alcuni beni ritenuti rilevanti per la collettività, ad una soglia precedente alla loro effettiva lesione.

Invero, il legislatore creando fattispecie di pericolo, anticipa la risposta penale ad un momento che precede la concreta lesione del bene giuridico, reprimendo fatti che minacciano l'esistenza o il godimento del bene³¹.

La preferenza per i modelli di incriminazione la cui soglia di rilevanza è fissata al momento di verifica del pericolo, inoltre, discende dalle rilevanti difficoltà

²⁹ Su tale distinzione si veda, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, pp. 244-245.

³⁰ Così G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 214.

³¹ Così G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 252.

dell'accertamento causale, con particolare riferimento alle ipotesi omissive improprie, e dalla necessità di tener conto della dannosità della serialità di alcuni episodi lesivi³².

La definizione tradizionale di pericolo è quella data da Canestrari secondo il quale: «il pericolo, non può che consistere nella probabilità- nel senso di apprezzabile grado di possibilità- giuridicamente rilevante di un certo accadimento dannoso»³³.

All'interno dei reati di pericolo si sogliono distinguere i reati di pericolo concreto da quelli di pericolo astratto³⁴. Nei primi, il pericolo è un elemento tipico del reato³⁵, il quale dunque deve essere accertato dal giudice nel caso di specie. Tuttavia, al contrario del modello utilizzato dal legislatore tedesco per cui il pericolo concreto è sempre ricostruito come pericolo di evento³⁶, nel sistema italiano il ruolo del pericolo quale elemento costitutivo della fattispecie non è riconducibile ad un unico modello. Difatti, vi sono figure criminose in cui lo stato di pericolo rappresenta il presupposto della condotta (come ad esempio l'art. 593 c.p.), altre volte il pericolo qualifica la condotta illecita (artt. 422,432) o le cose oggetto materiale dell'azione (art. 444 c.p.) ed, infine, esso può consistere nell'effetto di una determinata condotta, sia che in esso debba ravvisarsi l'evento del fatto (artt. 500, 583 c.p.) sia che dia luogo ad una mera condizione di punibilità³⁷.

A differenza dei reati di pericolo concreto, nei reati di pericolo astratto il pericolo non integra un elemento costitutivo del reato, ma è soltanto la *ratio* dell'incriminazione: «il legislatore riserva a sé ogni valutazione inerente al pericolo, il reato sussiste anche se il pericolo non si è in concreto realizzato»³⁸. Precisamente, il

³² A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in C. PEDRAZZI – A. ALESSANDRI – L. FOFFANI - S. SEMINARA – G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Monduzzi, 2003, p. 42.

³³ S. CANESTRARI, *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani XXVI*, Roma, 1991, p. 2.

³⁴ Sull'argomento, si vedano F. DEAN, *L'incolumità pubblica nel diritto penale: contributo alla teoria generale dei reati di comune pericolo*, Giuffrè, 1971; G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Scritti in memoria di G. Bellavista, I*, ne *Il Tommaso Natale*, 1977; E. GALLO, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970; M. GALLO, *Reati di pericolo*, in *Foro pen.*, Roma, 1969; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, 1990.

³⁵ Per F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2017, p. 204, l'elemento del pericolo deve essere espresso; diversamente per G. MARINUCCI -E. DOLCINI – G.L. GATTA, *op. cit.*, p. 254, il pericolo concreto può essere anche tacito.

³⁶ Ricostruzione imperniata sul modello legislativo della messa in pericolo della circolazione stradale (§ 315 c, StGB). In tema, si vedano le riflessioni di M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI- D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza sul lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Cedam, 2007, p. 278 ss.

³⁷ Così M. GALLO, *Reati di pericolo*, cit., pp. 2-3; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. p. 205; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Giuffrè, 1982, p. 648.

³⁸ S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 2.

legislatore presume, sulla base di leggi di esperienza, che il compimento di determinate azioni faccia insorgere, nella generalità dei casi, un pericolo. La disposizione normativa, dunque, si limita a tipizzare una condotta, al cui compimento si accompagna generalmente la messa in pericolo di un bene: la pericolosità è insita nella condotta stessa³⁹.

Anche se, come vedremo, tale distinzione non è più così “*tranchant*”, giacché anche nei reati di pericolo non appare oggi conforme a Costituzione l’affermazione della responsabilità penale nella totale assenza della realizzazione di un qualche pericolo per il bene giuridico tutelato.

Esiste in verità una categoria ulteriore, ormai abbandonata dalla maggior parte della dottrina, ma che è necessario menzionare per una più completa trattazione. Si tratta dei reati di pericolo presunto, nei quali il pericolo non è necessariamente insito nella condotta, ma esso viene presunto *juris et de jure*, per cui non è ammessa prova contraria della sua sussistenza⁴⁰.

I reati di pericolo, in particolar modo quelli di pericolo astratto, possono porsi in contrasto con il generale principio di offensività. È utile dunque soffermarsi sulla natura e la *ratio* di tale importantissimo principio, per poi affrontare le problematiche inerenti alla compatibilità dei reati di pericolo con quest’ultimo.

1.3. Il problema del rispetto del generale principio di offensività

1.3.1. Cenni sul principio di offensività nel diritto penale italiano

Si tratta di un principio che risale ad Aristotele e a Epicuro e che accumuna l’intera cultura penale illuministica (da Hobbes a Beccaria). Il principio di offensività identifica nel danno recato agli altri le ragioni, i criteri e le misure delle sanzioni e delle pene. Tale principio tuttavia non è in grado di precisare la natura e la misura dell’offesa tali da giustificare, come vedremo, il ricorso alla risposta penale. Ciononostante, la necessaria offensività del reato è la condizione di qualunque giustificazione utilitaristica del diritto penale quale strumento di tutela⁴¹.

Nella dottrina penalistica italiana, il principio di offensività assume tre diverse accezioni. Nella versione più forte è un criterio di legittimazione dell’intervento penale

³⁹ Così G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 215.

⁴⁰ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 2017, p. 205. Secondo G. M. PALMIERI, *Contributo ad uno studio sull’oggetto della tutela nel diritto penale dell’ambiente*, Edizioni scientifiche italiane, 2007, p. 88, i reati sono di pericolo astratto, quando la disposizione contiene una presunzione di pericolo vincibile; mentre sono di pericolo presunto quando presentano un grado di presunzione assoluto ed invincibile.

⁴¹ Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, p. 468.

e quindi di delimitazione dell'illecito penale, è il prodotto della cultura della *ultima ratio*; nella versione meno pregnante è un canone di politica criminale; a livello intrasistemico funge da criterio interpretativo nell'applicazione delle fattispecie penali ai casi concreti⁴².

Nel seguito del presente contributo, si farà riferimento al principio di offensività quale criterio di legittimazione dell'intervento penale e canone di politica criminale su le cui difficoltà applicative ed interpretative un importante punto di riferimento è stato lo "*Harm Principle*" di stampo anglosassone, di cui si parlerà nei paragrafi successivi (cfr. § 1.3.2 e ss.). Infine, si accennerà alla funzione interpretativa del principio, al fine di poter comprendere la valutazione che devono fare sia il legislatore che il giudice sulla pericolosità del fatto di reato.

Il concetto di offensività, che presuppone logicamente il bene giuridico (vale a dire un oggetto afferrabile e tutelabile con lo strumento penale)⁴³, vuole in linea generale che ogni reato sia offensivo di un bene giuridico, non trovando spazio alcuno i c.d. reati senza offesa: "*nullum crimen sine iniuria*".

Più in particolare, esso ha a che fare con problemi di individuazione e selezione di modalità di offesa e di soglie di intervento. La politica criminale non è una risposta automatica di un'astratta considerazione sui beni che si vogliono tutelare, bensì presuppone anche assunzioni fattuali sulla dannosità o sulla pericolosità di certi fatti per il bene giuridico, nonché sottende bilanciamenti di interessi, di costi e di benefici⁴⁴.

Il concetto di offensività potrebbe evocare un'idea di offesa che si è concretamente realizzata nel fatto di reato: l'offesa è rilevante solo se "effettivamente subita" dal bene giuridico⁴⁵. Sicuramente a tale modello corrispondono le più gravi figure del diritto penale classico, ma l'ordinamento penale conosce anche forme di anticipazione d'intervento penale, ad una soglia che viene definita di "pericolo". Il codice Rocco, con le formule "evento dannoso o pericoloso" (artt. 40, 43, 49 c.p.),

⁴² V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005, p. 242.

⁴³ Così M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 6.

⁴⁴ D. PULITANÒ, voce *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Giuffrè, 2015, p. 672;

⁴⁵ Così A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1988, pp. 793-794; sempre A. FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1316 sottolinea come il legislatore possa tipizzare i comportamenti criminosi unicamente attraverso fatti che rappresentano disvalori.

espressamente riconosce la rilevanza della messa in pericolo quale ragione astrattamente idonea a giustificare divieti rafforzati da sanzioni.

L'esigenza che la tipizzazione normativa del pericolo abbia un fondamento empirico discende proprio dal principio di offensività. Ma fino a che punto è possibile anticipare la tutela penale senza sganciarsi dal principio di offensività?

Negli ordinamenti giuridici moderni, il legislatore ricorre spesso alla costruzione di fattispecie che anticipano la risposta penale ad uno stadio avanzato di tutela: si tratta delle fattispecie di pericolo astratto; dei reati cumulativi e della c.d. tutela di funzioni.

I reati di pericolo astratto, come si vedrà più approfonditamente in seguito, sono precetti penalmente sanzionati che riguardano situazioni valutate dal legislatore come tipicamente pericolose sulla base dell'esperienza, senza che il pericolo sia assunto ad elemento costitutivo di fattispecie⁴⁶.

Quanto ai c.d. reati cumulativi⁴⁷, si fa riferimento ad un danno o ad un pericolo concreto che non è causato da un'unica condotta bensì da una serialità di condotte reiterate e perduranti nel tempo. Questo accade spesso con i beni superindividuali, come l'ambiente, laddove la pericolosità di ogni singola condotta incriminata si aggiunge ad altre azioni analoghe⁴⁸ e l'offesa si presenta come il risultato di effetti connessi derivanti dalle diverse condotte, in relazione alle quali risulta difficile l'accertamento del nesso eziologico⁴⁹.

Infine, il modello di tutela anticipata viene in rilievo con i reati che vengono denominati "di tutela di funzioni": la tutela penale qui viene apprestata da figure di reato che incriminano l'esercizio di determinate attività senza autorizzazione amministrativa ovvero la mancata collaborazione con l'autorità amministrativa preposta ai controlli⁵⁰. Qui lo schema del reato di pericolo è portato al limite, tanto che

⁴⁶D. PULITANÒ, voce *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 675.

⁴⁷ In dottrina si parla anche di "microviolazioni" che acquistano consistenza offensiva in quanto seriali, collegate con altre con effetti cumulativi, cfr. D. PULITANÒ, voce *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 675.

⁴⁸ Così, in materia ambientale, G. DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente: un'ipotesi sistematica*, Giuffrè, 2012, p. 71; F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1116; F. GIUNTA, *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, tomo 2, Giuffrè, 2008, p. 1153.

⁴⁹ Sul punto, tra gli altri, si veda S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 368-369.

⁵⁰ Sul tema si vedano, tra gli altri T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzioni ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 675 ss.; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 456 ss.

si dubita che possa ancora essere giustificato come tutela anticipata del bene giuridico finale⁵¹.

Non si ritengono, invece, rientranti nell'ordinamento penale le incriminazioni di offese di pericolo così arretrato da confondersi con la pericolosità dell'autore o con la mera mancanza di collaborazione con le autorità di controllo ovvero con la violazione di regole precauzionali.

Come detto, l'offensività è considerata dalla dottrina italiana anche come criterio ermeneutico.

L'idea del principio di offensività quale canone ermeneutico è alla base delle sentenze interpretative di rigetto in materia di fattispecie di pericolo, le quali hanno valorizzato il principio di offensività come principio costituzionale. In particolare, sebbene la maggior parte della dottrina ritenga che la Costituzione abbia accolto il principio di offensività (non c'è reato senza offesa ad un bene giuridico)⁵², in giurisprudenza, la rilevanza costituzionale del principio di offensività è stata affermata esplicitamente soltanto a partire dalla sentenza n. 360 del 1995. In tale pronuncia la Corte costituzionale individua nell'attitudine lesiva della condotta astrattamente delineata dal legislatore un limite generale dell'incriminazione, di ordine "costituzionale"⁵³. Con la sentenza n. 354 del 2002, poi, fu per la prima volta dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 688, comma 2 c.p. per contrasto con il principio "costituzionale" di necessaria lesività del reato.

Nel percorso logico-argomentativo della Corte costituzionale, tale principio vincola sia il legislatore sia l'interprete: il legislatore deve configurare le norme incriminatrici come forme di offesa ad un bene giuridico, nel senso che può attribuire rilevanza penale soltanto a fatti che comportano la lesione o l'esposizione a pericolo del bene; l'interprete, dal canto suo, deve ricostruire le fattispecie estromettendo dal fatto di reato i comportamenti non offensivi del bene tutelato dalla norma⁵⁴.

La cautela adoperata dalla giurisprudenza costituzionale nel valutare le norme sottoposte al suo esame sotto il profilo dell'offensività trova la sua giustificazione nella

⁵¹ V. D. PULITANÒ, voce *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 676.

⁵² In tal senso, *ex plurimis*, M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1968, p. 8 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 82 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Giuffrè, 1991, p. 72.

⁵³ Così C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, 2006, p. 93.

⁵⁴ Così G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1. Le fonti. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Giuffrè, 2001, p. 449.

preoccupazione che il riconoscimento del principio di offensività potesse portare all'illegittimità costituzionale di tutte le fattispecie di pericolo astratto o presunto⁵⁵.

In due celebri sentenze del 1991, la n. 144 e la 333, la Corte ribadisce che il giudice di merito deve interpretare la norma incriminatrice alla luce del principio di offensività, legittimando al contempo l'ammissibilità dei reati di pericolo astratto con una serie di ragioni⁵⁶. Tali argomentazioni sono state poi riprese recentemente dalla Corte costituzionale in materia di stupefacenti⁵⁷.

Per la Corte il principio di offensività opera su due piani: il piano astratto e quello concreto. Sul piano dell'offensività "in astratto", il principio opera come precetto rivolto al legislatore, il quale deve circoscrivere la repressione penale a fatti che, nella loro configurazione astratta, presentino un contenuto offensivo di beni o interessi ritenuti meritevoli di tutela. Quanto alla dimensione dell'offensività "in concreto", il principio di necessaria offensività agisce quale criterio interpretativo-applicativo per il giudice comune, il quale, nella verifica della riconducibilità del singolo fatto concreto alla figura astratta di reato, è tenuto ad evitare di sussumere nel reato condotte prive di qualsiasi attitudine lesiva.

L'offensività in astratto non implica tuttavia che l'unico modello di reato costituzionalmente legittimo sia quello del reato di danno. È data al legislatore, nella sua discrezionalità, l'opzione di impiegare modelli che anticipano la tutela penale. Non è perciò precluso in linea di principio il ricorso al modello di reato di pericolo astratto, occorrendo però – al fine di rispettare il principio di necessaria offensività – che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda allo "*id quod plerumque accidit*".

La Corte costituzionale ha confermato inoltre la spettanza al giudice comune del compito di adeguare l'ipotesi criminosa in questione al principio dell'offensività "in concreto", nel momento interpretativo e applicativo. Compete al giudice verificare se la singola condotta antigiuridica sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto e, dunque, sia in concreto inoffensiva, escludendone in tal caso

⁵⁵ Così C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, cit., p. 98.

⁵⁶ Sul tema si vedano altresì le seguenti sentenze, Corte cost. 11 luglio 2000, n. 263, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2951; Id. 21 novembre 2000, n. 519, *ivi*, 2000, p. 2015, con nota di A. BENIGNI; Id. 7 luglio 2005, n. 265, in *Giur. Cost.*, 2005, p. 4; Id. 20 giugno 2008, n. 225, *ivi*, 2008, p. 2528, con nota di V. MANES.

⁵⁷ Corte cost. 20 maggio 2016, n. 109, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3192, con osservazioni di E. APRILE; in dottrina da ultimo si veda, M. GAMBARDELLA, *La legge n. 242 del 2016 e la liceità della commercializzazione dei prodotti ottenuti dalla coltivazione di cannabis sativa L. Per le sezioni unite la sostanza ceduta deve avere una reale efficacia drogante*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3581 ss.

la punibilità. Tale risultato è conseguibile sia facendo leva sulla figura del reato impossibile ex art. 49 c.p. sia tramite il riconoscimento del difetto di tipicità del comportamento oggetto di giudizio.

Dunque, anche grazie all'orientamento della Corte costituzionale sul principio di offensività si aprì negli anni un ampio dibattito sul tema, fino al punto in cui il principio di offensività entrò anche nei progetti di riforma del codice penale. Nello Schema di legge delega elaborato tra il 1988 e il 1992 dalla c.d. Commissione Pagliaro il suddetto principio venne recepito sia come criterio di interpretazione della fattispecie sia come indicazione di politica legislativa⁵⁸. Le sentenze di quegli anni, prime fra tutte la n. 360 del 1995 e la n. 263 del 2000, spianarono la strada all'accoglimento del principio di offensività come regola dell'ordinamento, tanto che entrò anche nel progetto di riforma legislativa c.d. Progetto Riz (1995)⁵⁹ e nel progetto di revisione costituzionale della Commissione bicamerale alle Presidenze di Camera e Senato (1997). Il principio di offensività, in seguito, trovò spazio anche nella c.d. Commissione Grosso (1998)⁶⁰; nel Progetto Nordio (2005)⁶¹ e nel Progetto Pisapia (2007).

La giurisprudenza costituzionale in seguito ha delineato più precisamente le norme costituzionali su cui il principio di offensività si fonda: art. 13, comma 1; art. 25, comma 2; art. 27, commi 1 e 3 Cost. Il principio di offensività è, innanzitutto, desunto dall'art. 13 Cost., secondo il quale il diritto supremo della libertà personale non può subire sacrifici attraverso l'irrogazione della pena, se non per la tutela di un altro bene rilevante. È poi desunto dal principio di legalità di cui all'art. 25 comma 2, Cost., che vincola il legislatore anche sul piano della determinatezza, obbligandolo a tipizzare le condotte in modo chiaro e comprensibile per i consociati, anche in relazione all'offesa derivante dal reato. Finanche l'art. 27 comma 1, Cost., il quale disciplina il principio di personalità della responsabilità penale, può essere un valido strumento esegetico poiché può considerarsi violato il principio di offensività nei casi in cui, a causa della formulazione della fattispecie, il reo non viene messo in condizione di poter percepire il disvalore di evento⁶². Infine, può essere desunto

⁵⁸ Relazione e testo in *Documento Giustizia*, 1992, n. 3, p. 306 ss.

⁵⁹ Testo e relazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 927 ss.

⁶⁰ Testo della Relazione al progetto e articolato definitivo in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 575 ss. e 661 ss.

⁶¹ Consultabile in *Cass. pen.*, 2005, p. 252.

⁶² Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 343-344

dall'art. 27 comma 3, Cost., il quale esclude l'utilizzo dello strumento penale nei casi in cui questo non risulti finalizzato alla rieducazione dell'autore, quanto piuttosto all'intimidazione degli altri consociati⁶³.

Questione affine all'offensività ma diversa ontologicamente è quella prevista dalla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui al nuovo art. 131-*bis* c.p.

Il nuovo istituto infatti non solo presuppone un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, ma anche offensivo: l'autore non è punito sulla scorta di una valutazione di opportunità legata al caso concreto perché il fatto è di particolare tenuità. Si tratta di una causa di non punibilità generale, "oggettiva" e in senso stretto: l'offesa, pur essendo "esigua", deve comunque ricorrere.

È quindi netta la distinzione con il reato impossibile (art. 49, comma 2, c.p.) in cui vi è una mancanza totale di offensività, e pertanto il fatto è "atipico": manca qui un requisito costitutivo del reato e il fatto di conseguenza non costituisce reato⁶⁴.

A ben vedere, tra le due norme sembra sussistere un rapporto di progressione: mentre l'art. 49, comma 2 c.p. stabilisce l'esclusione della tipicità di qualsiasi fatto in concreto inoffensivo, a prescindere da sbarramenti edittali, l'art. 131-*bis* c.p. prevede l'esclusione della sola punibilità (in senso stretto) per quei reati puniti fino a 5 anni di pena detentiva e dotati in concreto di un'offensività tenue e di un disvalore di azione esiguo⁶⁵.

1.3.2. *The Harm Principle* nel diritto anglosassone

1.3.2.1. Premessa: lo scopo della comparazione giuridico-penalistica

È utile domandarsi preliminarmente quale siano le motivazioni che spingono la comparazione del sistema giuridico italiano con un altro sistema giuridico, e segnatamente quello anglosassone.

Una buona comparazione può farsi in diversi modi e sono diversi i motivi che si rinvergono dietro qualsiasi apertura al diritto straniero. Mentre alcuni possono essere spronati da una grande curiosità su qualsiasi tematica concernente un

⁶³ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 182-183.

⁶⁴ V. M. GAMBARDELLA, *Chi ha paura dell'art. 131-bis c.p.? Sull'applicabilità della nuova causa di non punibilità ai reati di competenza del giudice di pace*, in *Arch. Pen.*, 2017, n. 2, p. 4.

⁶⁵ In tal senso, cfr. G. AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto ed offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in AA. VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. CAVALIERE – C. LONGOBARDO – V. MASARONE – F. SCHIAFFO – A. SESSA, Edizioni scientifiche italiane, 2017, p. 400.

ordinamento “straniero” (prospettiva conosciuta come “*getting-to-know*”); altri possono essere più interessati ad una riflessione sul proprio sistema giuridico. Inoltre, se vengono posti sotto esame solamente le similitudini o le differenze dei rispettivi fenomeni giuridici, la ricerca ha luogo all’interno di una struttura comparatistica statica che è stata definita “*museum-like comparative law*”⁶⁶.

Forse più illuminante appare la seconda prospettiva, la quale valorizza gli effetti della comparazione sulla riflessione del proprio diritto: attraverso le considerazioni di un diritto diverso, “altro”, il livello di coscienza e conoscenza del proprio cresce. Nello stesso modo in cui una persona riconosce pienamente se stesso paragonandosi con gli altri e l’altruità, l’esperienza del diritto estero aiuta a capire meglio il proprio diritto.

In più, vi è da evidenziare come la circolazione delle informazioni sullo stato degli ordinamenti è un potente fattore di internalizzazione del sapere giuridico. Se ne giova anche la politica del diritto penale o la politica criminale, cioè lo studio delle misure idonee ad ottimizzare un ordinamento penale⁶⁷.

Inoltre, la politica criminale di una determinata area geografica è condizionata anche dalla finalità di armonizzazione degli ordinamenti nella prospettiva di una loro unificazione (come per esempio nella Federazione di stati). In quest’ottica scopo del diritto comparato è quello di trarre dal complesso dei diritti diversi un filone di idee comuni, che possano eventualmente valere alla futura formazione di leggi⁶⁸. È il caso dell’Unione Europea in cui la comparazione è destinata a svolgere un ruolo insostituibile per guidare le trasformazioni destinate ad investire gli ordinamenti penali nella loro totalità⁶⁹.

Nel presente contributo, è apparso utile analizzare e confrontare la disciplina sui reati finanziari di stampo anglosassone per meglio comprendere i vantaggi e i limiti della nostra disciplina in tale settore. Si è scelto in particolare la comparazione con il diritto anglosassone perché i delitti di insider trading e di manipolazione del mercato hanno preso in misura considerevole a proprio paradigma la ben più longeva previsione dei “*market abuse*” di stampo anglosassone.

⁶⁶ A. ESER, *Comparative Criminal Law: development, aims, methods*, Beck-Hart-Nomos, 2017, pp. 28-29.

⁶⁷ C. PEDRAZZI, *Apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, in AA.VV., *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di R. Sacco, Giuffrè, 1980, p. 175.

⁶⁸ Così già M. SARFATTI, *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Giappichelli, 1933, p. 39.

⁶⁹ S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato: i principi*, Cedam, 2002, p. 41.

1.3.2.1.1. La necessità di un confronto con la *Common Law*

Una piccola premessa sul sistema giuridico anglosassone di “*common law*” appare utile per comprendere le somiglianze e le diversità rispetto al sistema italiano di “*civil law*”, per la particolare esigenza di tener presente le relative caratteristiche al momento della comparazione.

Occorre, innanzitutto, evidenziare che il diritto della Gran Bretagna è attualmente il diritto inglese, a cui gli Stati Uniti nord americani e le colonie hanno improntato il loro. Pertanto, i singoli diritti dell’Impero britannico e dell’Unione americana rientrano nel diritto comune di lingua inglese, denominato per l’appunto anglo-sassone o anglo-americano, a seconda che lo si consideri per le sue origini ovvero per la sua espansione⁷⁰.

La “*common law*” può assumere tre diversi significati all’interno del discorso giuridico. In senso strettissimo, esso indica la parte del diritto inglese che sino all’800 era opposta alla “*equity*”, ossia alla ricerca della giustizia “caso per caso” attraverso il rispetto del principio di eguaglianza in base al quale casi analoghi devono essere risolti in modo uguale⁷¹; in senso stretto, indica la parte giudiziale del diritto inglese opposta allo “*statute law*”, vale a dire alla legislazione scritta; ed infine, in senso lato, indica il sistema giuridico formatosi in Gran Bretagna e nelle ex colonie, opposto al “*civil law*”⁷².

La *common law* è un diritto consuetudinario tipicamente anglosassone che sorge direttamente dai rapporti sociali che intercorrano nel territorio di riferimento e che viene accolto dai giudici nominati dal Re. In una seconda fase diventa un diritto di elaborazione giudiziaria, in quanto è costitutivo di regole predisposte dai giudici al fine di risolvere le singole controversie che devono risolvere. Tali regole diventano poi vincolanti per i giudizi successivi, secondo il sistema del precedente obbligatorio.

Alla *common law* si contrappone il diritto statutario posto dal potere sovrano, vale a dire dal Re dal IX al XIII sec. e, a partire dal 1295, dal Re e dal Parlamento. Nel Regno Unito vale il principio per cui il diritto statutario vale in quanto non sia in contrasto con il diritto comune: il potere del Re e del Parlamento infatti incontrano il limite invalicabile nella *common law*. Ciò spiega perché la monarchia inglese non

⁷⁰ M. SARFATTI, *op. cit.*, pp. 106-107.

⁷¹ A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Utet, 2018, p. 30.

⁷² M. BARBERIS, *Europa del diritto*, il Mulino, 2008, p. 93, n. 1.

abbia mai avuto un potere illimitato, diversamente dalle monarchie assolute continentali e perché nel Regno Unito si sia sviluppata la separazione dei poteri, trasferita poi in Europa grazie alla teorizzazione di Montesquieu, nonché il motivo per cui questo Paese sia la patria del liberalismo (inteso come la dottrina dei limiti giuridici del potere dello Stato)⁷³.

Dunque, attualmente le fonti del diritto inglese sono la *Common Law*, la *Legislation*, l'*European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms* e lo *Human Rights Act 1998*.

Come anticipato, per *common law* (o anche *judge-made law*)⁷⁴ s'intende, nell'accezione in senso stretto, quella parte del diritto inglese e americano che non è prodotta dal Parlamento nella forma della legge (*statute law*), ma che viene ricavata dai precedenti giudiziari.

Per precedente giudiziale s'intende qualsiasi pronuncia resa in passato da un giudice su un caso simile a quello di cui si discute e alla quale il giudice di quest'ultimo decida di conformarsi, traendone un principio decisionale (*ratio decidendi*)⁷⁵. Nell'ambito del "*criminal law*", sono rari i reati governati ora dalla *common law*: un tipico esempio è l'omicidio.

Ad ogni modo, sebbene i giudici abbiano il potere di "fare diritto", essi non hanno oggi il potere di creare nuovi reati o di estendere la punibilità di quelli già esistenti in modo da rendere punibili condotte che prima non erano punibili.

Dunque, i giudici hanno rinunciato al potere di creare nuovi reati⁷⁶ se non in due casi. Nel primo caso, essi possono applicare la legge presente a nuove circostanze, restando nel confine tra il divieto di creare nuovi reati (illegittimo) e la possibilità di estendere vecchi reati a nuovi fatti (legittimo). Tale confine tuttavia può essere molto ambiguo. Nel secondo caso, essi possono creare nuove "*defences*", vale a dire nuove esimenti. Forse la possibilità di creare nuove "*defences*" dovrebbe essere ristretta alle "*excuses*" dove si guarda allo stato mentale del reo (*mens rea*), e non alla possibilità che il suo comportamento fosse giustificato, giacché è la legge che dovrebbe stabilire

⁷³ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto*, Giappichelli, 1996, pp. 22-23.

⁷⁴ Sul sistema di common law v., F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carocci editore, 2016, p. 151 e ss.

⁷⁵ M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Giappichelli, 1998, pp. 260-261.

⁷⁶ Si vedano le seguenti sentenze sul tema, Knüller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd v DPP [1973] AC 435; DPP v Withers [1975] AC 842, entrambe le decisioni della House of Lords sulla "*conspiracy*". Una più recente sentenza è Jones [2006] UKHL 16.

cosa è giustificato⁷⁷. In altre parole, ragionando con i nostri istituti, i giudici possono produrre nuove cause di esclusione della colpevolezza mentre sarebbe loro vietata la creazione di nuove cause di giustificazione.

È, dunque, la *Legislation* (o *Statute law*) ad essere la principale fonte di reati, in particolare nei c.d. *Acts*. La fonte di alcuni reati minori può essere tuttavia rintracciata anche nella legislazione subordinata. Si è detto, in generale, che a differenza dell'esperienza di *civil law*, gli *statutes* di *common law* sono molto più prolissi e dettagliati, mentre la sistematizzazione risulta più carente. Tale precisione di linguaggio deriva dalla necessità di evitare che i giudici, nell'adottare gli *statutes*, svuotino di significato la riforma che si è avuta negli ultimi anni. Nel Regno Unito, infatti, in ragione del sorgere del “*Welfare State*” si è avuta una proliferazione di legislazione e di creazione di nuove istituzioni, che le Corti non avevano il potere di creare⁷⁸.

Quanto alla legislazione dell'Unione europea, questa allo stato attuale (nel momento in cui è stato appena raggiunto l'accordo per l'uscita della Gran Bretagna dall'Unione Europea, c.d. “*Brexit*”) ha un impatto limitato sul diritto penale inglese e scozzese.

Infine, la *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms* (ECHR) insieme con lo *Human Rights Act* 1998 hanno grande importanza all'interno del sistema delle fonti anglosassoni. Le loro disposizioni hanno grande influenza sia nell'interpretazione sia nello sviluppo del diritto di *common law* e di *statute law*.

Lo *Human Rights Act* 1998 dà forza ai diritti della Convenzione mediante una speciale disposizione sull'interpretazione degli “*statutes*” in modo da renderli compatibili con i diritti della Convenzione. In particolare, l'*Act* prevede che alcune corti possano pronunciare una declaratoria di incompatibilità nel momento in cui la legislazione non possa essere interpretata in modo tale da essere compatibile con la Convenzione e rende illegittimo per la pubblica autorità (come la Corte, le autorità locali e gli ufficiali di polizia) agire in contrasto con i diritti sanciti dalla Convenzione.

Infine, bisogna dare atto che la codificazione del diritto penale è avvenuta solamente negli Stati Uniti grazie all'entrata in vigore del *Model Penal Code* nel 1962; mentre progetti per la codificazione del diritto penale inglese non hanno ancora avuto

⁷⁷ M. JEFFERSON, *Criminal law*, Pearson, 2015, pp. 23-25.

⁷⁸ Cfr. U. MATTEI – E. ARIANO, *Il modello di Common Law*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Sistemi giuridici comparati*, Giappichelli, 2018, p. 236 ss.

buon esito⁷⁹. La codificazione si riferisce alla formulazione di una branca del diritto all'interno di una serie di disposizioni, le quali sostituiscono tutte le norme esistenti, sia che derivino dalla *common law* sia che derivino dalla legislazione in quella determinata area.

Per Barberis⁸⁰ la mancata codificazione del diritto inglese è semplicemente un fatto, contingente come tutti i fatti, non un destino o una necessità come mostrano esemplarmente le vicende della parziale codificazione penale nel Regno Unito.

Fu principalmente Jeremy Bentham ad aver pensato alla codificazione del diritto penale inglese; e di fatto, proprio in materia penale, la *common law* è stata spesso sul punto di venire codificata. I tentativi in tal senso, da Lord Brougham a James Fitzjames Stephen, sino alla bozza del codice penale prodotta da una équipe di giuristi nel 1985, adottata in una forma rivisitata dalla *Law Commission* nel 1989, si sono sempre arenati ad un passo dall'approvazione definitiva⁸¹. Dopo più di trent'anni ancora non ci sono i segnali di un codice penale e la *Law Commission* ha formalmente abbandonato la codificazione come un progetto in corso⁸². Quest'ultima ha comunque prodotto reports su diversi aspetti del diritto penale, alcuni dei quali hanno portato alla redazione di singoli "*stututes*" sulla materia e la sua intenzione è quella di continuare a proporre riforme in aree definite del diritto penale inglese.

Questa vicenda, tra le altre cose, illustra come il rapporto tra codice, o legge, e decisione giudiziale, sia dopotutto simile nei due sistemi esistenti in Europa: anche nella *common law* una legge nuova, o addirittura un codice, può sempre disciplinare diversamente quanto era prima regolato unicamente da precedenti giudiziali.

Da ultimo, è bene affrontare quale posto occupi all'interno del sistema delle fonti la dottrina, o meglio gli *scholars*. Sino alla legislazione questa è stata considerata fonte suppletiva del diritto: in altri termini, gli scritti e le elaborazioni dottrinali erano considerate una parte dello stesso diritto applicabile nei tribunali. La legislazione ha cambiato radicalmente questa situazione, escludendo la dottrina dal novero delle fonti

⁷⁹ L'ultimo progetto di emanazione di un codice penale inglese risale al 1989 e non si è ancora pervenuti ad un epilogo, v. LAW COMMISSION (n. 177), *Criminal Law, A criminal code for England and Wales*, Vol. I, *Report and draft criminal code bill*, The Stationary Office, 1989.

⁸⁰ M. BARBERIS, *Europa del diritto*, il Mulino, 2008, p. 101.

⁸¹ Per la ricostruzione delle vicende sulla codificazione nel diritto penale inglese, v. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato: i principi*, Cedam, 2002, p. 115 e ss.; R.C. van CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, il Mulino, 2003, pp. 50-52.

⁸² LAW COMMISSION (n. 311), *Tenth Programme of Law Reform*, The Stationary Office, 2008.

del diritto, la quale, ad ogni modo, ha continuato in qualche modo a intervenire su quel diritto che avrebbe dovuto limitarsi a conoscere⁸³.

L'enorme influenza dei giuristi "istituzionali" nei primi anni del diritto penale inglese ha una lunga e ricca storia. Il diritto penale, nel XVII e XVIII secolo, è stato largamente sistematizzato, razionalizzato e anche influenzato dagli scritti di molti studiosi, tra cui soprattutto Sir Edward Coke e Sir William Blackstone⁸⁴. Gli "scholars" continuano ad esercitare un'importante influenza ancora oggi, ma in maniera molto più indiretta rispetto ai sistemi europei continentali. La "Law Commission" spesso riconosce i contributi accademici nei suoi reports di riforma al diritto penale; ma sebbene le argomentazioni della dottrina siano spesso inserite per rivolgersi al tribunale, i giudizi non si riferiscono espressamente a queste fonti. Talvolta un giudizio discute di un importante contributo accademico (libro, articolo ecc.) e talaltra non vi sono specifiche discussioni, anche se appare ovvio che quel tema è stato proposto alla corte⁸⁵.

1.3.2.2. Rapporti tra morale e diritto: origine dello Harm Principle

La teoria del diritto attribuisce fondamentale importanza alla distinzione tra definizione e giustificazione della punizione, del castigo: la prima ne costituisce un presupposto, considerato neutrale dal punto di vista dei valori; la seconda ne rappresenta la parte sostanziale, che al contrario si basa su giudizi⁸⁶.

Ebbene, proprio per la riflessione sui problemi di legittimazione del diritto penale, un importante punto di riferimento è stato il principio dello *Harm* nella formulazione risalente a Mill (cfr. § 1.3.2.3.). Lo *Harm Principle* è considerato ancora il criterio più potente di legittimazione della coercizione legale nonché il limite stesso del diritto penale. Pur se tale principio si inserisce nelle dottrine "liberal" di stampo anglosassone, il suo studio può risultare utile anche per i giuristi continentali, pur se abituati a ragionare con il principio di offensività e con il bene giuridico⁸⁷.

⁸³ M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, 2003, p. 256.

⁸⁴ E. COKE, *Institutes of the Lawes of England* (1618-1624), Societe of Stationers, 1628; W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 4, Clarendon Press, 1773.

⁸⁵ A. ASHWORTH, *United Kingdom*, in K.J. HELLER – M.D. DUBBER (edited by), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford University Press, 2011, p. 534.

⁸⁶ D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, 2018, p. 77.

⁸⁷ Si vedano, sul punto, A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Wolters Kluwer, 2018, p. 115 ss.

Nella storia il diritto penale è stato il più delle volte impiegato per colpire peccati più che reati; violazioni dell'ordine religioso più che di quello sociale; irregolarità morali più che danni ad altri⁸⁸. Con l'Illuminismo si assesta un duro colpo a questa concezione teologico-moraleggiante del diritto penale, in generale, e dei delitti in particolare: il fondamento del diritto penale viene fatto risiedere nel contratto sociale da cui riceve la propria legittimazione⁸⁹. Postulato del positivismo giuridico, che ha recepito il pensiero illuminista, è l'idea che non esiste un legame necessario tra diritto e morale: il diritto non deve riprodurre i dettami della morale o di altri sistemi metagiuridici di valori etici ma deve essere solo il prodotto di convenzioni legali non predeterminate⁹⁰.

Il diritto, la morale e la religione vietano tutte e tre l'omicidio: se un uomo commette un omicidio, il diritto dispone e applica una misura di coercizione organizzata socialmente ed emanata dall'ordinamento giuridico; la morale si limita a chiedere di non uccidere; la religione minaccia l'omicida di punizione trascendente da parte di un'autorità sovrumana⁹¹.

Cionondimeno, soprattutto nei sistemi di *common law*, forse anche per la vicinanza tra tradizione e norme del diritto penale e la vicinanza tra legge penale non scritta ed etica, beni quali la moralità pubblica e il buon costume continuano ad essere in auge ed oggetto di specifiche previsioni penali.

Il rapporto tra morale e diritto, invero, è stato ampiamente trattato da filosofi e penalisti di *common law*, i quali hanno affrontato in particolare le seguenti problematiche. In primo luogo, ci si è interrogati sull'esigenza che non vengano incriminati fatti moralmente leciti; in secondo luogo, si è affrontato il problema del divieto di incriminazione di comportamenti vietati per la loro mera immoralità e dunque non lesivi di un qualche "interesse"⁹².

Forse per questi motivi è stato proprio nell'ambito di tali ordinamenti che la dottrina ha approfondito con particolare efficacia la problematica in questione, elaborando una teoria sui "limiti morali del diritto penale", che rappresenta al

⁸⁸ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 1999, p. 65 e ss.

⁸⁹ S. VINCIGUERRA, *Le fonti culturali del diritto penale italiano*, Cedam, 2008, p. 23.

⁹⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, p. 203.

⁹¹ Così H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, 2009, pp. 20-21.

⁹² M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1562.

contempo una teoria sui limiti della morale, ma anche sulla difesa della stessa, da parte del diritto penale.

A partire dal famoso saggio di J. S. Mill, si è andata maturando da parte di una cospicua dottrina penal-filosofica angloamericana una concezione del diritto penale definita *liberal*. Si tratta di un filone di pensiero che pone le sue radici nel liberismo individualistico anglosassone del secolo scorso e che dà particolare risalto all'individuo ed alla sua dimensione di autonomia personale: l'uomo è un essere libero, in quanto capace di autodeterminarsi e lo Stato non può imporgli scelte personali di vita o di azione, salvo che ciò non si renda necessario per evitare che tali azioni producano un danno ad altri. Rispetto alla concezione continentale del principio di offensività che, come visto, tutela beni giuridici, lo *Harm principle* propone l'idea che il diritto penale sia vincolato a condotte che provocano un danno ad altri⁹³. Un danno a se stessi in tale prospettiva, non sarebbe un torto (*wrong*) per il diritto penale.

Tale principio, nella concezione milliana, ha un doppio indirizzo. Da un lato, cerca di limitare il potere punitivo dello Stato, dando priorità politica alla libertà individuale piuttosto che alla moralità o al benessere collettivo. Dall'altro lato, ricerca una legittimazione del diritto penale⁹⁴. Tutta l'impalcatura della concezione liberale del diritto penale poggia su di un solo pilastro: la considerazione dell'uomo quale essere libero di autodeterminarsi e di effettuare scelte di azione di qualsiasi genere con il solo ed esclusivo limite del divieto di cagionare danno ad altri. L'autonomia personale è un valore di importanza fondamentale nei rapporti tra cittadino e Stato che quest'ultimo deve rigorosamente rispettare⁹⁵.

Il dibattito sul paternalismo statale, sulla moralità e sul liberismo è continuato proficuamente nel Regno Unito ed ha abbracciato varie branche del sapere, mettendo a confronto i più grandi filosofi e giuristi del tempo. Paradigmatico, a tal riguardo, fu la polemica tra Lord Devlin e Herbert Hart⁹⁶.

⁹³ Sulla crisi del modello forte di offensività v. G. FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1514 ss.

⁹⁴ W. WILSON, *Criminal Law*, Pearson, 2017, p. 35.

⁹⁵ Criticamente, sulle elaborazioni del pensiero liberale, v. G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI- C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo I, *Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, Giuffrè, 2006, p. 283 e ss.

⁹⁶ Su tale episodio v. A. CADOPPI, voce *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la) (diritto penale anglo-americano)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Utet, 1994, p. 190 e ss.

A partire dal c.d. *Wolfenden Report* del 1957 sul tema dei reati concernenti l'omosessualità e la prostituzione, nacque invero un acceso dibattito tra il giudice dell'Alta Corte ed il filosofo di Oxford.

Tale report, facendo proprio l'approccio di Mill, descriveva la funzione del diritto penale come uno strumento per indirizzare i cittadini su ciò che è offensivo e pericoloso e non come un mezzo per intervenire nella loro vita privata, giacché la moralità o l'immoralità non sono “*law's business*”⁹⁷.

In risposta, il giudice Devlin scrisse che le condotte repute “intollerabili” dalla moralità pubblica, anche se realizzate in privato tra consenzienti, dovrebbero essere represses penalmente, giacché potrebbero portare alla disintegrazione della società. Pertanto, non si possono porre limiti al potere dello Stato di legiferare contro l'immoralità⁹⁸. Nella sua replica Hart, viceversa, affermava che anche se la mera conoscenza dell'immoralità altrui (anche privata) possa urtare i sentimenti dei consociati, tuttavia ciò non è paragonabile alla libertà degli individui che il diritto penale è in grado di limitare⁹⁹.

L'origine dello *Harm principle* dunque, si deve rinvenire nel dibattito che è iniziato (e perdura tuttora) sui limiti morali e sulla legittimazione del diritto penale. È necessario a questo punto domandarsi, in quale fonte oggi possiamo rinvenire tale principio.

È noto come ogni ordinamento giuridico preveda due specie di principi: quelli espressi e quelli impliciti. I principi espressi sono esplicitamente formulati in un'apposita disposizione costituzionale o legislativa; mentre i principi inespressi non sono contenuti in disposizioni ma elaborati o costruiti dagli interpreti, i quali assumono che tale principio sia implicito, latente, nel discorso delle fonti¹⁰⁰.

In particolare, il diritto penale inglese è formato da un numero di principi, norme ed altre dottrine: alcuni principi sono stati ufficialmente riconosciuti e possono talvolta giocare un ruolo importante nello sviluppo del diritto giurisprudenziale o della legislazione; altri principi, viceversa, possono essere inseriti in una norma o in altri strumenti che spesso mettono in pratica il principio¹⁰¹. Ebbene, lo *Harm principle* è il

⁹⁷ *Report of the Committee on Sexual Offences and Prostitution*, Cmnd. 9213, London, 1957, par. 61.

⁹⁸ P. DEVLIN, *The enforcement of Morals*, Oxford, 1959, p. 12 e ss.

⁹⁹ H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1963.

¹⁰⁰ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, 1993, p. 452-453.

¹⁰¹ A. ASHWORTH -J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 44-45.

prodotto della dottrina giuridica e non trova alcuna espressa previsione all'interno delle fonti principali del diritto penale inglese.

Anzi il diritto penale inglese sembra talvolta essere lontano dal suo riconoscimento. Le Corti inglesi mostrano una tenace resistenza alla sua piena applicazione e sembrano non voler abbandonare ancora la possibilità di utilizzare il diritto penale per rafforzare la morale¹⁰².

Viceversa, tale principio ha ottenuto un enorme successo nel sistema statunitense, tanto da aver influenzato addirittura il linguaggio del *Model Penal Code* del 1962 nella parte in cui si specifica che l'obiettivo principale del codice è quello di impedire e prevenire condotte che, senza giustificazioni o esimenti, provocano o minacciano un danno concreto alle persone e ai pubblici interessi¹⁰³. Sempre oltreoceano, l'analisi più dettagliata dello status costituzionale o meno dello *Harm principle* appare in un caso canadese, *R v. Malmö- Levine*¹⁰⁴, il quale nega a detto principio la definizione di "*principle of fundamental justice*". Accanto a questo un caso dello Stato della Pennsylvania, *Commonwealth v. Bonadio*¹⁰⁵, ha fatto talmente tanto affidamento sullo *Harm Principle*, al punto da citare in modo esteso lo scritto di John Stuart Mill "*On Liberty*"¹⁰⁶.

Il suddetto principio è penetrato anche nella giurisprudenza sovranazionale, in cui è stato utilizzato come parametro interpretativo dalla Corte Edu, la quale in un caso riguardante il sadomasochismo omosessuale ha affermato che: «*One of the role which the state is unquestionably entitle to undertake is to seek to regulate, through the operation of the criminal law, activities which involve the infliction of physical harm*»¹⁰⁷.

In conclusione, è stato evidenziato come nei paesi di "*common law*" tale principio sia volto a perseguire schematicamente i seguenti obiettivi:

¹⁰² Si vedano sul punto le decisioni della *House of Lords* collazionate da L. PASCULLI, "*Harm*", "*Offence*" and "*Offesa*" in the English and Italian Criminal Law, in *Dir. Pen. XXI sec.*, 2016, p. 316 ss.

¹⁰³ Sul punto, cfr. C. DE MAGLIE, *Il declino dell'"harm principle"*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in memoria di Sergio Moccia*, Edizioni scientifiche italiane, 2017, pp. 440-441.

¹⁰⁴ *R. v. Malmö – Levine*, Supreme Court of Canada, [2003] 3 S.C.R. 571.

¹⁰⁵ *Commonwealth v. Bonadio*, Supreme Court of Pennsylvania, 490 Pa. 91, 415 A.2d 47 (1980).

¹⁰⁶ Questo caso è riportato da M.D. DUBBER – T. HÖRNLE, *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, 2016, p. 113.

¹⁰⁷ V. Corte EDU, *Laskey v. United Kingdom*, 1997.

a) è essenziale nel distinguere l'etica del diritto penale (“*penal policy*”) dall'etica pura, giacché lo scopo del diritto non risiede nel punire i peccati ma nel prevenire determinati risultati esterni;

b) provvede a fornire una base razionale per la punizione oltre che per la differenziazione delle pene (per esempio in proporzione alla gravità del danno);

c) funziona come un essenziale costrutto organizzativo. Altri elementi di diritto penale, specialmente quelli concernenti la condotta e il nesso di causalità, presuppongono “*the Harm principle*”: se l'offesa fosse esclusa, condotta e causalità sarebbero irrilevanti¹⁰⁸.

1.3.2.3. La concezione liberale di Mill e Feinberg

«L'opinione che ciaschedun cittadino deve avere di poter fare tutto ciò che non è contrario alle leggi senza temerne altro inconveniente che quello che può nascere dall'azione medesima, questo è il dogma politico che dovrebb'essere dai popoli creduto e dai supremi magistrati colla incorrotta custodia delle leggi predicato»¹⁰⁹. Così scriveva Cesare Beccaria nel '700 in Italia, collegando rigorosamente la predeterminazione legale dei delitti e delle pene con la certezza del diritto e la relativa salvaguardia delle aspettative individuali. Tale impostazione vede nel principio di legalità un irrinunciabile baluardo posto a garanzia della libertà di ciascun individuo¹¹⁰.

Nell'esperienza anglosassone, la principale teorizzazione del contenuto dello *Harm Principle* è stata condotta da John Stuart Mill con il suo famoso saggio del 1859 “*On Liberty*”.

Il Filosofo liberista sostiene che un individuo è libero di raggiungere la propria felicità come meglio ritiene e che nessuno può costringerlo a fare qualcosa con la giustificazione che ciò sarebbe meglio per lui, ma potrà al massimo dargli dei consigli; l'unico caso in cui si può interferire sulla libertà d'azione è quando la libertà di uno provoca danno a qualcun altro: «*the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community against his will is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so,*

¹⁰⁸ In questi termini, J. HALL, *General principles of criminal law*, The Bobbs – Merrill company, 1960, pp. 221-222.

¹⁰⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Einaudi, 2018, p. 24.

¹¹⁰ G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. XV.

*because it will make him happier, because, in the opinion of others, to do so would be wise or even right»*¹¹¹.

Per Mill, l'incidenza sulla libertà individuale è giustificata solo quando un'azione viola un obbligo altrui o quando sussiste un rischio di danno individuale o collettivo («*violets a distinct and assignable obligation to others or where there is a definitive risk of damage, either to an individual or to the public»*)¹¹².

Come detto, il Principio di Mill nasce come limite alla concezione morale del diritto. Esso ha due essenziali caratteristiche: in primo luogo, rigetta il paternalismo statale, vale a dire il divieto di condotte che danneggiano unicamente il soggetto agente (*harm to self*); in secondo luogo, esclude i c.d. *moral harms*.

Mill era dell'idea che la morale fosse insufficiente a fornire una giustificazione del ricorso al diritto penale, egli richiedeva piuttosto – quale legittimazione all'uso coercitivo – un chiaro e tangibile danno ai diritti e agli interessi altrui¹¹³. In altre parole, lo *Harm principle* è ciò che consente ad un individuo di fare e dire cosa più desidera a meno che ciò non causi un'offesa agli interessi altrui.

L'articolazione dello *Harm principle* di Mill pone i seguenti problemi: in primo luogo, l'autore non fornisce una definizione di “*harm*”; in secondo luogo, identificando la giustificazione della coercizione statale nella prevenzione (*prevention*) di danni, si sta dicendo che possono essere punite sia l'inflizione di un danno sia il rischio di un danno; infine, il principio di Mill è espresso come limite negativo.

Primariamente, l'Autore non indica chiaramente quali condotte possano essere legittimamente punite, se quelle che causano o anche rischiano di causare “*harm to others*”, e ciò in poche parole lascia aperta la possibilità di criminalizzare condotte che anticipino di molto la tutela penale, come i c.d. *remote harms*.

Secondariamente, la formulazione di Mill è considerata unicamente un vincolo negativo alla funzione del diritto penale (*negative constraint*)¹¹⁴, giacché indica quali

¹¹¹ J. MILL, *On Liberty*, Penguin, 1979 (opera originale pubblicata nel 1859), p. 68.

¹¹² J. MILL, *On Liberty*, cit., p. 149

¹¹³ *Contra*, J.F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, Cambridge University Press, 1967, p. 152 (prima edizione del 1874). Egli insisteva nel dire che “*criminal law is in the nature of a persecution of the grosser forms of vice*” and that vicious conduct is criminalized and punished “*for the sake of gratifying the feeling of hatred – call it revenge, resentment, or what you will – which the contemplation of such conduct excites in healthily constituted minds*”.

¹¹⁴ J. EDWARDS, *Harm Principles*, in *Legal Theory*, 2014, pp. 253-285; R.A. DUFF – L. FARMER – S.E. MARSHALL – M. RENZO – V. TADROS, *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2010, p. 16.

tipi di comportamento non dovrebbero essere sottoposti a sanzione penale: non si dovrebbero punire le condotte se, così facendo, non si previene l'offesa. Si è obiettato che il fatto che lo scopo di proibire una data condotta sia prevenire un'offesa non può di per sé essere ritenuto la ragione per proibire quella condotta.

Contemporaneamente, Mill ammette un'eccezione al requisito dello “*harm to other*” a proposito dei c.d. gruppi vulnerabili, ossia coloro i quali si trovano ancora in una condizione per cui è necessario prendersi cura di loro tanto che devono essere protetti dalle loro stesse azioni così come dai danni esterni. In particolare, egli scrive: “*this doctrine is meant to apply to human beings in the maturity of their faculties... those who are still in a state to require being taken care of by others, must be protected against their own actions as well as against external injury*”¹¹⁵.

Oltretutto, anche altri filosofi, suoi sostenitori, pur essendo d'accordo con tali osservazioni, hanno sottolineato che l'intervento dello Stato non può ridursi ad un singolo fattore – *harm* – ma la legittimazione alla coercizione è molto più complessa. La formulazione liberale di Mill potrebbe essere troppo semplicistica: i campi in cui si può interferire con la libertà umana sono più vari rispetto a quanto suggerisca il criterio “*harm to others*”. Così ad esempio, la crudeltà verso gli animali o lo sfruttamento della prostituzione non ricadono facilmente nella descrizione dell’*harm to others*. Contrariamente, anche laddove c'è un “*harm to others*” nel senso più letterale, potrebbero esserci altri principi che limitano la sua estensione nei confronti delle attività dannose che dovrebbero essere punite dalla legge. Dunque, a parere di molti autori, sussistono diversi criteri, non un singolo criterio, in grado di determinare quando la libertà umana debba essere limitata¹¹⁶.

Secondo i moderni liberisti poi la libertà richiederebbe deregolamentazione (*deregulation*), ossia l'abolizione di quanta più legislazione possibile¹¹⁷. Il termine libertà, in uno dei suoi significati, indicherebbe i diritti dell'individuo garantiti non solo nei confronti di altri individui, ma anche nei confronti delle stesse leggi e dello stesso Stato: a questo proposito si parla di concezione “negativa” o - visti i rapporti di questa con il liberismo politico- di concezione liberale della libertà¹¹⁸. In questo senso

¹¹⁵ J. MILL, *On Liberty*, cit., p. 24.

¹¹⁶ H.L.A. HART, *Immorality and Treason*, in R.A. WASSERSTROM (edited by), *Morality and the Law*, Wadsworth publishing Company, 1971, p. 51

¹¹⁷ F.A. von HAYEK, *Law, Legislation and Liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Taylor & Francis Group, 2012, pp. 480 ss.

¹¹⁸ M. BARBERIS, *Libertà, liberismo, costituzionalismo*, in *Teoria politica*, 2000, pp. 141-159.

la libertà sembra indicare una situazione prodotta dall'assenza di norme. Senonché, come è stato affermato, in assenza di norme un comportamento non è affatto libero bensì non regolato o indifferente: beninteso, a meno di credere che in natura si diano permessi o libertà, come credeva il giusnaturalismo¹¹⁹. In assenza di norme, in effetti, non si dà affatto libertà bensì indifferenza normativa; la libertà è sempre istituita da norme: anche se non necessariamente da norme giuridiche, ma anche di tipo diverso (moralì, politiche, religiose). Ora, la stessa libertà “negativa” o liberale è garantita da permessi in senso forte, e comunque da norme giuridiche, in particolare costituzionali: legislazione e libertà, dunque, non si escludono affatto. La scelta non è fra normazione e libertà, come pensano i fautori della “*deregulation*”, ma si potrebbe dire, semmai, fra diversi tipi di regolamentazione normativa.

In anni recenti, tuttavia, per reazione alla “inflazione legislativa” (o moltiplicazione delle leggi), la *common law* è stata spesso rivalutata come diritto più favorevole alla libertà individuale, e comunque più certo di una legislazione che muta così spesso¹²⁰.

Oltre all'articolazione di Mill, esistono altre versioni dello *Harm Principle*. Nella seconda metà del '900 Feinberg, con un'opera monumentale in quattro volumi “*The Moral Limits of Criminal Law*”, ha proposto una tesi sulla legittimazione dello Stato alla creazione di illeciti penali. Egli rigetta sia il concetto di danno a se stessi (“*legal paternalism*”) sia l'immoralità (“*legal moralism*”) come possibili campi di incriminazione, argomentando a favore dello *Harm* e dello *Offence principles* quali ragioni sufficienti alla punizione penale (“*liberalism*”)¹²¹.

In particolare, la concezione di Feinberg, rispetto a quella di Mill, risulta “permissiva” giacché il principio viene formulato in senso positivo.

Secondo l'Autore è sempre una buona ragione sostenere la legislazione penale che probabilmente sarebbe efficace nel prevenire “*harm to others*”¹²², ma questo lascia aperta la possibilità che vi siano altre buone ragioni – come la prevenzione di serie molestie (“*offences*”) che non diventano offese vere e proprie¹²³, o le violazioni

¹¹⁹ M. BARBERIS, *Libertà, liberismo, costituzionalismo*, cit., p. 290.

¹²⁰ F.A. von HAYEK, *Law, Legislation and Liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Taylor & Francis Group, 2012, p. 118 e ss.

¹²¹ Sulla teorizzazione di Feinberg si veda anche R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, nt. 73.

¹²² J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, Oxford University Press, 1984, p. 26.

¹²³ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law: Offence to Others*, Oxford University Press, 1985.

motivate dal paternalismo che invadono l'autonomia anche quando non sono nel complesso dannose¹²⁴, oppure addirittura i “*free floating evils*” che né danneggiano né offendono (come la corruzione morale altrui)¹²⁵.

Come abbiamo visto, se l'*Harm principle* è in prima analisi un limite negativo, Feinberg tenta di fornire un nuovo tracciato su cui muoversi al fine di considerare i principi positivi di criminalizzazione. Feinberg dunque inizia a costruire una versione positiva del principio, proponendo la seguente definizione: “*it is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor and there is probably no other means that is equally effective at no greater cost to other values*”¹²⁶. Questa formulazione è un importante passo in avanti rispetto all'apparente esclusiva proposizione usata da Mill (“*the only purpose...*”).

La definizione di Feinberg dunque è sia positiva sia permissiva: la prevenzione di un danno è la ragione per la regolamentazione coercitiva, ma la coercizione può essere ammissibile anche nell'assenza di tale ragione. Successivamente, anche Andreas von Hirsch e Andrew Simester sostengono un *Harm Principle* come limite positivo (*positive constraint*): come Feinberg ritengono che la prevenzione dei danni fornisca un piano positivo (anche se non decisivo) per la punizione; ma, a differenza di Feinberg, ritengono che gli illeciti che falliscono nel prevenire le offese siano inammissibili¹²⁷.

La definizione dello *Harm Principle* formulata da Feinberg include l'offesa (*harm*), l'illegittimità (*wrongdoing*) e l'elemento pubblico (*public element*).

Il primo elemento identificativo del suddetto principio è l'*harm*. Oltre a ciò, Feinberg vi rileva un altro importante elemento, vale a dire l'illegittimità: non è infatti solamente il danno che giustifica la punizione penale, ma la sua ingiusta causazione. L'ingiustizia o illegittimità è intesa nel senso di danneggiamento consapevole degli interessi/diritti altrui.¹²⁸ Pertanto l'elaborazione di Feinberg sul concetto di “*harm*” richiede e si riferisce unicamente al “colpevole” attacco agli interessi di una persona,

¹²⁴ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self*, Oxford University Press, 1986, ch. 18-19.

¹²⁵ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press, 1988, p. 318.

¹²⁶ J. FEINBERG, *Harm to Others*, Oxford University Press, 1984, p. 26.

¹²⁷ A. SIMESTER -A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, 2011, pp. 35 e 117-8.

¹²⁸ A. ASHWORTH- J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, p. 29.

all'arretramento di interessi, quale conseguenza di atti illeciti o omissioni altrui (“*setbacks of interests that are wrongs and wrongs that are setbacks to interest*”)¹²⁹.

Egli afferma che i delitti dovrebbero essere confinati a regolare condotte che sono dannose (*harmful*) e che mostrano un'ingiustizia/illegittimità (*wrongful*): «*a harm is the appropriate sense then will be produced by morally indefensible conduct that not only sets back the victim's interest, but also violates his right... Minor or trivial harms are harms despite their minor magnitude and triviality, but below a certain threshold they are not to count as harms for the purposes of the harm principle, for legal interference with trivia is likely to cause more harm than it prevents... where the kind of conduct in question ... does create a danger to some degree, legislators employing the harm principle must use various rules of thumb as best they can...*»¹³⁰. Ciò non implica che sia una condizione sufficiente, ma semplicemente un prerequisito, dal momento che vi possono essere condotte moralmente sbagliate che, per altre ragioni, non dovrebbero essere punite (come ad esempio l'infedeltà sessuale). Neanche per quel che riguarda quelli che possiamo definire “*coordination offenses*”, ossia i reati necessari a regolare un'attività come ad esempio la guida. Tuttavia, prima che la punizione sia giustificata, non solo la condotta deve essere moralmente sbagliata, ma devono sussistere anche altre considerazioni, come la presenza di un'offesa, la creazione di conseguenze sociali non desiderabili, la riduzione di importanti diritti¹³¹.

Dunque, non tutte le condotte dannose dovrebbero essere punite: la criminalizzazione delle offese minori o irrilevanti causa più danni di quanti ne previene. Per tal motivo Feinberg identifica diverse giustificazioni e limiti alla criminalizzazione delle condotte, quali la gravità, la probabilità e la magnitudine del rischio.

Un terzo aspetto, oltre alla “*harmfulness*” e alla “*wrongfulness*”, consiste nell'elemento pubblico dell'ingiustizia. L'elemento pubblico consiste nel punire le generali obbligazioni in capo ai cittadini talmente importanti che una sanzione penale può essere giustificata al fine di rafforzarle, come ad esempio alcuni reati in materia tributaria o di sicurezza collettiva. Sono “ingiustizie pubbliche” nella misura in cui la

¹²⁹ J. FEINBERG, *Harm to Others*, cit., p. 36; A. SIMESTER -A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs*, cit., p. 22.

¹³⁰ J. FEINBERG, *Harm to Others*, cit., pp. 215-216.

¹³¹ D. HUSAK, *Overcriminalization. The limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, chapters 2 and 3.

vittima non è un individuo ma la comunità intera ed è giusto che la maggiore gravità di tali condotte sia considerata idonea alla penalizzazione; non da ultimo quando il guadagno o il vantaggio ottenuto è maggiore di quello ottenuto in un tipico reato con una vittima specifica. L'elemento pubblico non ha, invece, nulla a che vedere con il luogo in cui viene posto in essere il reato.

Anche l'articolazione dell'*Harm Principle* di Feinberg non suggerisce l'esistenza di confini precisi che dicano o meno se una condotta sia sufficientemente offensiva, o sufficientemente illecita o presenti l'elemento pubblico, tali da giustificare la sua criminalizzazione. Piuttosto, questi elementi dovrebbero essere riconosciuti come criteri idonei ad argomentare in favore alla decisione di punire. In altre parole, i tre elementi suindicati- offesa (*harm*), illecità (*wrongdoing*) ed elemento pubblico (*public element*) - dovrebbero essere almeno provati in ciascun illecito penale ¹³².

1.3.2.3.1. Lo *Harm principle* inteso come prevenzione dei danni (*harm prevention*)

Dunque, l'*Harm Principle* è stato formulato sia da Mill che da Feinberg come principio che giustifica la punizione di condotte, al fine di prevenire un danno ad altri. Il modo ovvio in cui la criminalizzazione previene il danno è nel prevenire condotte offensive: ma ciò lascia aperta la possibilità di punire condotte che non sono in se stesse offensive.

Nel tempo, ad esempio, si è assistito ad una proliferazione di reati che anticipano la tutela penale. Tali reati includono i reati preparatori ("*inchoate offences*") come il tentativo o il reato di incoraggiamento e di assistenza e un numero di condotte senza offesa punite per fini preventivi come i reati pre-preparatori ("*pre-inchoate crimes*"), i reati di possesso, i reati associativi, i reati di pericolo¹³³, alcuni dei quali si ritiene creino o aumentino il rischio di un danno in relazione alla possibilità di future condotte o in relazione a terzi soggetti.

Dalla prospettiva dell'*Harm Principle*, la condotta deve sicuramente essere in se stessa offensiva. Anche se si tratta solo di condotte pericolose, si è detto che l'*Harm Principle* deve permettere la criminalizzazione anche di condotte che creano un rischio di offesa: la condotta è illecita, e punibile, in virtù della sua pericolosità anche quando non causa esplicitamente un danno materiale. Si potrebbe argomentare che la condotta

¹³² A. ASHWORTH -J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, p 28 e ss.

¹³³ Tale categorizzazione è presa da A. ASHWORTH -L. ZEDNER, *Preventive Justice*, Oxford University Press, 2014.

pericolosa sempre causa un'offesa: l'offesa di essere esposto al rischio di un danno effettivo¹³⁴.

Viceversa, si è affermato che, in primo luogo, si tratterebbe soltanto di un'offesa "secondaria", il cui carattere offensivo deriva dall'offesa "primaria" che è stata messa in pericolo. In secondo luogo, non ogni condotta pericolosa, per la quale sussiste una buona ragione di punizione, effettivamente espone altri ad un rischio di offesa. Piuttosto che portare le condotte pericolose all'interno del perimetro dell'*Harm Principle*, raffigurando il rischio come un'offesa, si dovrebbe più semplicemente affermare che l'*Harm Principle* permette la punibilità di condotte che causano un danno o creano il rischio di un danno¹³⁵. Ma una volta che si inizia per tale crinale, non è chiaro dove si possono fissare i limiti del diritto penale. È facile portare all'interno della *ratio* dell'*Harm Principle* condotte che sono intenzionalmente dirette alla causazione di un'offesa o che la minacciano solamente. Si potrebbe infatti dissentire su quanto ampia possa essere la disciplina sul tentativo; sul fatto che il diritto anglosassone dovrebbe contenere un reato generale di pericolo ("*reckless endangerment*") o su quando e quanto la mera condotta negligente debba essere punita e così via. Ad ogni modo, se il generale interesse è quello di prevenire offese o di punire condotte offensive, è chiaramente ragionevole punire anche le condotte pericolose¹³⁶.

Si è detto, tuttavia, che l'attuale legislazione va molto più lontano di così. Si puniscono condotte che sono solamente preparatorie alla commissione di un danno o che semplicemente rendono maggiormente possibile che un delitto venga commesso, come succede nei numerosi reati di possesso (si veda ad esempio nelle leggi in materia di stupefacenti e di possesso di armi: *Misuse of Drugs Act* 1971; *Firearms Act* 1968).

Vi sono condotte la cui connessione con un'offesa è ancora più remota, come il rifiuto di mostrare i documenti di guida quando sono richiesti da un ufficiale di polizia (v. *Road Traffic Act* 1988). Si potrebbe sostenere per la maggior parte di questi reati che essi contribuiscono indirettamente ed in ultima analisi alla prevenzione di un'offesa, ma questo è il problema: se l'*Harm Principle* estende la copertura a condotte

¹³⁴ C.O. FINKELSTEIN, *Is Risk a Harm?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2003, p. 963.

¹³⁵ R.A. DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart publishing, 2007, pp. 125-126.

¹³⁶ H. GROSS, *A Theory of Criminal Justice*, Oxford University Press, 1979, pp. 427-430.

che non sono per se stesse direttamente offensive o pericolose, è difficile vedere come esso possa porre confini stretti o determinare limiti all'utilizzo del diritto penale¹³⁷.

Comprendere la reale ampiezza del diritto penale può essere importante per due ragioni. In primo luogo, al fine di determinare quando una certa condotta è sufficientemente dannosa tanto da essere criminalizzata; in secondo luogo, per decidere la gerarchia dei reati. Generalmente più è dannosa la condotta, più è grave il reato e più alta la pena che ci si aspetta. Ma come graduare il danno è difficile e controverso¹³⁸. Si è detto che uno dei vantaggi del Principio è proprio questo: vincolando a considerare le condotte che devono essere criminalizzate, fornisce anche gli strumenti con cui classificare la gravità dei reati e decidere quindi quale livello di pena, se vi dev'essere, risulta appropriato¹³⁹.

La questione più generale è che per molto tempo l'*Harm Principle* è stato più o meno dato per scontato come il centrale criterio per la punibilità: è stato accettato sia dai teorici sia nel pubblico dibattito, che per giustificare la criminalizzazione di ogni tipo di condotta, tale condotta dovesse generalmente essere considerata almeno una fonte potenziale di offesa/danno.

L'avverbio "generalmente" è necessario perché esiste anche un'ampia accettazione del supplementare principio, lo "*Offence principle*", che legittima la criminalizzazione di condotte che causano gravi molestie (*offense*) agli altri, anche se queste non possono essere considerate un danno¹⁴⁰.

Il termine "*offence*" delimita una serie di fatti che producono molestie di tipo pubblico o che aggrediscono diritti comuni a tutti i cittadini ("*public*" o "*common nuisance*") ed, in particolare, arrecano disturbo, fastidio, imbarazzo, dispiacere, umiliazione, spavento, irritazione, allarme, inquietudine, ansia, ostruzione fisica temporanea, disagio, disgusto, vergogna, nausea, ribrezzo¹⁴¹.

Più recentemente l'*Harm Principle* ha perso la sua posizione dominante nei dibattiti, almeno nella dottrina. Una delle ragioni di ciò è il ritorno del "*legal*

¹³⁷ B.E. HARTCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1999, p. 109 e ss.; Per Duff l'*Harm Principle*, quale principio di efficace prevenzione di offese di un certo tipo di condotte può fare poco nel limitare l'espansione del diritto penale, cfr. R.A. DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart publishing, 2007, pp. 136-138.

¹³⁸ J. HERRING, *Criminal Law*, Palgrave, 2017, pp. 4-5.

¹³⁹ A.P. SIMESTER- G.R. SULLIVAN, *Criminal Law Theory and Doctrine*, Hart publishing, 2007, p. 585.

¹⁴⁰ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law: Offence to Others*, Oxford University Press, 1985; H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, 1963, p. 45.

¹⁴¹ J. FEINBERG, *Offence to Others*, cit., p. 6.

moralism”. Per alcuni moralisti l’illeceità della condotta fornisce da sola una ragione positiva, o una ragione significativa, per la sua punibilità. Per altri moralisti esiste una buona ragione per punire ogni tipo di illecito morale, tuttavia altri principi e considerazioni dovrebbero dissuadere dall’effettiva punizione di molte condotte ingiuste¹⁴². Per altri, ancora, solo alcuni tipi di illecito sono dei candidati appropriati alla criminalizzazione¹⁴³. Inoltre, all’interno della discussione sull’harm si è posto il problema sul c.d. *Moral luck*¹⁴⁴: questa si verifica quando ad un soggetto viene attribuito il biasimo morale o il giudizio negativo per una sua azione anche se egli non aveva il pieno controllo né sulla azione né sulle sue conseguenze¹⁴⁵.

1.3.2.4. *La necessaria estensione del principio: “Fair Imputation Principle”*

È stato evidenziato che l’*Harm Principle* è al contempo sotto-inclusivo (“*underinclusive*”), dal momento che non può includere tutti tipi di condotta che dovrebbero essere criminalizzati e al tempo stesso è sovra-inclusivo (“*overinclusive*”), perché rende punibili tipi di condotta che non dovrebbero essere puniti¹⁴⁶.

Come visto, ben si comprende come il concetto di offesa -il cuore dell’*Harm Principle*- è un concetto lontano dall’essere chiaro nel suo significato. Ci si chiede, in particolare, se un’offesa è un danno ovvero se un danno alle future generazioni può considerarsi tale e, da ultimo, se i “danni potenziali” siano veri e propri danni («*Is offence harm? Is harm to future generations harm? Are potential harms harm?*»)¹⁴⁷.

Cosa succede se la condotta in sé per sé non è dannosa, ma porta con sé il rischio di causare un danno? Per alcuni autori sussistono gravi inconvenienti nell’accettare i “*potential harms*” quali veri e propri danni, giacché ogni tipo di attività può considerarsi in ultima analisi potenzialmente dannosa¹⁴⁸.

Ulteriore problematica consiste nel fatto che il diritto penale non ha solamente a che fare con la causazione di danni diretti ad altre persone, ma proibisce, ad esempio,

¹⁴² M.S. MOORE, *Placing Blame*, Oxford University Press, 1997, p. 16.

¹⁴³ S.E. MARSHALL – R.A. DUFF, *Criminalization and Sharing Wrongs*, in *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1998, pp. 7-22.

¹⁴⁴ In generale sull’argomento, T. NAGEL, *Mortal Questions*, Cambridge University Press, 2012, p. 24 ss.; B. WILLIAMS, *Moral Luck*, Cambridge University Press, 1981, p. 20 e ss.

¹⁴⁵ A. CORNFORD, *Resultant Luck and Criminal Liability*, in R.A. DUFF – L. FARMER – S.E. MARSHALL – M. RENZO – V. TADROS (edited by), *The Structures of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2012, p. 36 e ss.

¹⁴⁶ R.A. DUFF – L. FARMER – S.E. MARSHALL – M. RENZO – V. TADROS, *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2010, p. 20.

¹⁴⁷ J. HERRING, *Criminal Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2008, p. 22 ss.

¹⁴⁸ J. HERRING, *Criminal Law. Text, Cases, and Materials*, cit., p. 22 ss.

anche la causazione di danni allo Stato, alla morale pubblica e all'ambiente. In tali casi, sarebbe necessario calcolare la gravità del danno che la condotta ha causato.

Si è detto che il diritto penale dovrebbe cercare di punire solo le condotte che causano “*harm to others*” e non condotte che pongono in pericolo altri. Vi sono tuttavia molti reati che non causano “*harm to others*”. Il *Terrorism Act* del 2006, ad esempio, ha creato il reato di “glorificazione del terrorismo”: un sintagma vago, ma che non richiede che alcuna vittima sia ferita o uccisa. Nessuno poi deve essere danneggiato negli “*inchoate offences*” come il tentativo o la guida pericolosa ed esiste un vivace dibattito sui c.d. “*victimless offences*” come il possesso di marijuana, anche se alcuni “*victimless offences*” sono trattati come i reati in cui un danno effettivo vi è stato¹⁴⁹.

Molta dell'attrattiva dello *Harm Principle* risiede nella sua facile applicazione nei confronti di reati di danno verso singoli individui. Quando si applica a danni “con vittima” anche l'attribuzione della responsabilità penale sembra un'operazione alquanto lineare, dato lo stretto legame tra la condotta colpevole del soggetto agente e l'evento dannoso.

Viceversa, in relazione ai “*remote harms*” appare più difficile ritenere penalmente responsabile un individuo per le possibili conseguenze dannose della sua azione. Come è possibile imputare un danno remoto ed eventuale ad un dato soggetto? Anche quando la condotta antigiuridica è posta in essere intenzionalmente o quando aumenta empiricamente il rischio di eventuali conseguenze dannose, è necessario determinare se ed in che modo tali conseguenze dovrebbero essere imputate soggettivamente al soggetto agente. Tale è l'idea di “*fair imputation*”.

Nel suo scritto Von Hirsch ha tentato di dimostrare l'importanza dello sviluppo dei “*Fair imputation Principles*” quando si ha a che fare con i “*remote risks*”. Tale principio nasce dalla distinzione esistente tra gli illeciti penali applicabili alla collettività generalmente intesa e quelli che hanno a che fare con soggetti più specializzati. Per quel che concerne gli illeciti che cercano di prevenire i “*remote harms*”, è importante rinforzare questa distinzione.

Inoltre, distinguendo tra misure penali generali e speciali si può anche attenuare il problema dell'utilizzo dei reati seriali (*cumulative prohibitions*). In altre parole, può la nozione di “*fair imputability*” dare supporto alla distinzione tra responsabilità generale e speciale? È vero che sussistono alcuni basilari doveri di cooperazione che

¹⁴⁹M. JEFFERSON, *Criminal law*, Pearson, 2015, pp. 9-10.

ognuno deve rispettare in quanto cittadino, ma, al di là di questi doveri, la responsabilità di cooperare nel prevenire “*remote harms*” dovrebbe essere legata al ruolo che si ha all’interno della società. Nella concezione dell’imputabilità legata al ruolo, il dovere di cooperare per prevenire un eventuale rischio sembra ricadere, più logicamente, su coloro che sono più strettamente associati alla attività coinvolta¹⁵⁰.

Ed allora, seguendo tale visione, l’ambito dei reati generali dovrebbe essere limitato: la condotta dovrebbe essere sufficientemente repressibile per la sua illecità da essere evidente alle persone ordinarie. Sarebbero inclusi i reati “*mala in se*” di ordinaria vittimizzazione, più le violazioni di alcuni basilari doveri pubblici. Viceversa, l’ambito dei reati che attengono alle attività specializzate non dovrebbero essere grandemente limitati. Potrebbero essere puniti sia gli “*accumulative harms*” che i reati di pericolo astratto. Tuttavia, dovrebbero essere ancora riconosciuti anche i vincoli della “giusta imputazione”: se non possono essere fornite giuste motivazioni per giudicare colpevole il soggetto per l’eventuale danno, allora il reato non dovrebbe sussistere.

1.3.2.5. *La necessaria estensione del principio: “Principle of Welfare”*

Come si è visto, secondo la tradizionale visione liberale, un’estesa nozione di “danno-offesa” indebolisce in modo significativo l’*Harm principle* nel suo significato di massimizzare la libertà e di frenare il potere statale. In aggiunta ai problemi di indeterminatezza ed elasticità, un altro limite del principio è che possiede una natura principalmente antropocentrica. Ciò significa, ad esempio, che è difficile giustificare i divieti penali laddove le condotte causino danni all’ambiente ma senza effetti dannosi sulle persone¹⁵¹.

Invero, il suo fulcro individualistico tende a confinare il diritto penale a valutare la prevenzione di danni verso individui piuttosto che prevenire danni verso l’intera società o singoli gruppi.

Come risorsa normativa per il diritto penale, il principio opera come una guida *ad excludendum*. Spiega perché certe attività non dovrebbero essere punite, ma non spiega perché altre dovrebbero esserlo. Non sussistono problemi soltanto nel definire il concetto di “*harm*”, ma lo *Harm principle* è altresì difficilmente descrittivo del

¹⁵⁰ A. von HIRCH, *Extending the Harm Principle: “Remote Harms” and Fair Imputation*, in A.P. SIMESTER – A.T.H. SMITH, *Harm and Culpability*, Oxford University Press, 1996, p. 272.

¹⁵¹ S. BRONITT, B. MCSHERRY, *Principles of Criminal Law*, LBC Information Services, 2001, pp. 49 e ss.

diritto penale moderno. Ciò nonostante, tale principio mantiene un'enorme influenza nel dibattito all'interno del diritto penale.

Il problema sorto nelle società moderne consiste nel fatto che il diritto penale punisce un più vasto ambito di comportamenti criminosi, facendo largo uso di illeciti minori aventi ad oggetto eventi remoti che possono porre in pericolo il regolare svolgimento di alcune attività (come per esempio la regolazione finanziaria). E tali regolamentazioni si ritengono necessarie nella misura in cui il funzionamento della società moderna fa adeguate previsioni per la realizzazione dei propri obiettivi individuali e sociali (*basic to proper social functioning*).

Tra questi illeciti minori, molti sono “*regulatory offences*” (il diritto penale sanzionatorio), i quali proibiscono condotte che non causano “*direct harm to others*”, mentre altri reati puniscono condotte che causano solamente danni indiretti.

Essi, infatti, hanno spesso a che fare con l'omesso rispetto delle disposizioni disciplinate dalle agenzie di settore. Qui il diritto penale è spesso invocato come un settore del diritto utile e rapido nel rinforzare il sistema di regolamentazione amministrativa. Tale scopo, tuttavia, non consente di affermare se l'azione o l'omissione abbia raggiunto o meno un sufficiente livello di offesa sociale tale da giustificare l'intervento della sanzione penale.

Si è evidenziato che sarebbe sufficiente accettare con cautela la suddivisione dei reati in “*real*” e “*regulatory offences*” quale base per decidere dove il confine del diritto penale dovrebbe risiedere¹⁵².

Nel Regno Unito, il diritto penale include molte offese non classificabili come reati, anche se la colpevolezza è frequentemente non identificabile, trattandosi spesso di *strict liability*. Gli illeciti sanzionatori a responsabilità oggettiva sono accompagnati di solito da pene severe. Qui la violazione consiste in una condotta che è penalmente rilevante semplicemente perché è stata proibita (per esempio nei reati contro la salute): si tratta, come si vedrà, dei reati di “*mala prohibita*” (cfr. § 2.6.5.).

Sia il danno che il torto (*wrongdoing*) sono utilizzati per giustificare i reati sanzionatori per il rischio che essi causano al benessere di una società e all'interferenza delle libertà altrui. Tuttavia, è necessario chiedersi se attualmente è necessario rafforzare il diritto penale sanzionatorio piuttosto che la compagine degli illeciti civili o amministrativi. Ciò è particolarmente vero nella concezione di Mill la quale richiede

¹⁵² A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Clarendon Press, 1991, p. 19 e ss.

la necessità di un danno serio e grave per giustificare l'imposizione di una sanzione penale. Ad ogni modo, l'idea che gli illeciti sanzionatori non siano veri e propri reati implica talvolta un giudizio carico di valore (*value-laden judgement*)¹⁵³.

La tradizione individualistico-liberale ha seguito l'approccio di Mill nel proclamare che l'unica ragione accettabile per criminalizzare un comportamento è che questo causi "harm to others". Secondo questo punto di vista, la legge dovrebbe rispettare l'autonomia di ciascun individuo sopra ogni cosa.

È incerto se tale argomentazione possa avere sempre successo: quando il concetto di danno viene esteso per coprire il rischio di un danno indiretto, il principio di Mill risulta inadeguato. A tal proposito è stato teorizzato un altro principio: si tratta del "Principle of Welfare" di Nicola Lacey¹⁵⁴. Il concetto di welfare si riferisce a quei valori, bisogni e interessi che una società - mediante il suo procedimento democratico - ha deciso essere fondamentali per il suo funzionamento. Le considerazioni sul benessere influenzano anche le decisioni nell'ambito del diritto penale. Sebbene rimanga da decidere come le violazioni di queste norme dovrebbero essere punite, la legittimazione di una qualche criminalizzazione sulla base del "welfare" non può essere messa in dubbio¹⁵⁵.

Anche Ashworth afferma che il dibattito sulla legge e la morale dovrebbe essere vista soprattutto in termini di interazione tra una visione liberale e individualistica, che promuova l'autonomia, e una concezione più sociale di benessere. Mentre le questioni relative a "law and morals" sono state attratte dall'importante dibattito accademico e non solo, la più ampia e profonda questione sulla gravità dei reati ha ricevuto minore attenzione. Sebbene sia difficile ricercare una esatta gerarchia dei reati - in relazione alla loro gravità - anche all'interno di una società omogenea, è possibile fare alcuni progressi nella teoria di questi rilevanti argomenti.

¹⁵³ J. LOVELESS, *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2016, p. 5.

¹⁵⁴ N. LACEY, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, Routledge, 1988; N. LACEY – C. WELLS, *Reconstructing Criminal Law*, Butterworths, 1998.

¹⁵⁵ A. BRUDNER, *Agency and Welfare in the Penal Law*, in S. SHUTE, J. GARDNER, J. HORDER (edited by), *Action and Value in Criminal Law*, 1993.

CAPITOLO SECONDO

IL MODELLO DEL REATO DI PERICOLO

2.1. Premessa: origini del concetto di pericolo

È difficile risalire alle origini del concetto di pericolo.

Da un punto di vista semantico sicuramente la radice di tale parola viene fatta discendere dalla radice greca “περ”, da cui derivano il sostantivo “πέρας” che significa limite (soprattutto in relazione all’esperienza) ed il verbo “πειράω”, ossia provare, tentare. Anche in latino il “periculum” (dall’antico “périor”) denota il tentativo, la prova, l’esperimento e, ancor più in astratto, il rischio. In altre parole, attraverso il “periculum” si può acquisire un’esperienza, mettere in atto un tentativo o una prova a cui è connesso un certo rischio.

Dal punto di vista concettuale, è possibile affermare che il pericolo ha una storia antichissima che affonda le proprie radici nella filosofia aristotelica: in particolare nel concetto di “potenza” in contrapposizione al concetto di “atto”.

È con Aristotele che la coppia concettuale “potenza/atto” viene messa in relazione sia sul piano della metafisica sia su quello della fisica: un ente è in atto quando possiede la propria perfezione o determinazione rispetto a ciò che è in potenza¹⁵⁶.

La potenza è il luogo della possibilità o della facoltà; ciò che precede l’attuazione concreta o la realizzazione compiuta. In tal senso, la potenza è intesa in relazione all’atto, vale a dire in relazione a ciò che è giunto ad esistenza. È inoltre inteso come sinonimo di facoltà; denota un movimento direzionale, un’attitudine a fare o a diventare.

Nella Metafisica, Aristotele afferma che «ciò che è in potenza, è in potenza qualcosa di determinato, in un tempo determinato e in una maniera determinata»¹⁵⁷.

È la capacità virtualmente in divenire, anche se già connaturata all’essenza dell’ente, che rimanda alla “potenzialità”, vale a dire alla fase precedente alla piena e completa attuazione di una possibilità fino a quel momento inespressa. In realtà, sembra preferibile tenere distinti “potenziale” e “possibile”. Ovviamente, perché qualcosa sia “in potenza” deve essere compatibile con il contesto che ne determinerà

¹⁵⁶ Su tali tematiche, si veda C. ALTINI, *Potenza/Atto*, il Mulino, 2014, p. 21.

¹⁵⁷ ARISTOTELE, *Metafisica*, 1048 a, 1-2.

il passaggio all'atto e ciò significa che essere in potenza implica l'esser possibile. Tuttavia, molte cose sono compatibili con la realtà del mondo e, quindi, possibili pur non essendo "in potenza", vale a dire senza che siano già implicite, o allo stato latente, nella situazione attuale¹⁵⁸.

Aristotele, dunque, concepisce l'agire umano, in particolar modo nell'ambito delle tecniche e nei saperi, attraverso il binomio "potenza-atto". A parte la sua vasta portata ontologica, uno dei principali obiettivi pragmatici è ravvisabile nell'assicurare la paternità delle azioni ad un soggetto: per essere padrone delle proprie azioni, un uomo deve poterle fare o non fare.

Questo è il senso che Aristotele introduce tra la potenza naturale (qual è quella del fuoco che può soltanto bruciare) e la potenza logica (propria delle tecniche umane), la quale è sempre doppia, potendo una cosa e il suo contrario: «ogni potenza è costitutivamente impotenza rispetto alla stessa cosa di cui è potenza»¹⁵⁹. Se la potenza potesse sempre passare all'atto, ciò che l'uomo può fare non sarebbe più padroneggiabile e sarebbe impossibile imputare meriti e "colpe". La sua capacità di agire invece è costitutivamente scissa in potenza e impotenza, fare e non fare, e ciò che rende possibile il passaggio all'atto è proprio la volontà¹⁶⁰. La potenza, intesa quale possibilità o facoltà deve essere, dunque, collegata alla volontà per poter imputare all'individuo la "responsabilità" delle proprie azioni, pur se soltanto possibili o, in altri termini, rischiose.

2.2. Dal binomio reati formali/reati materiali all'elaborazione dei reati di pericolo

È proprio il concetto di "potenza" o di "potenzialità" che sembra essere alla base della categorizzazione giuridica del reato di pericolo.

Originariamente, infatti, la matrice della forma dei reati di pericolo può essere ravvisata nella categoria del "danno potenziale", in contrapposizione al "danno effettivo". Del danno potenziale Carrara scriveva che era il danno quando la perdita del bene, sebbene non fosse del tutto avvenuta, era nel risultato dell'atto esterno la potenza a recarla¹⁶¹. Diversamente, Rocco non riconosceva la distinzione tra danno potenziale e danno effettivo. Invero, secondo la sua opinione, non vi era posto per la

¹⁵⁸ Così M. MUGNAI, *Possibile/Necessario*, il Mulino, 2013, pp. 22-23.

¹⁵⁹ ARISTOTELE, *Metafisica*, 1046 a, 30-31.

¹⁶⁰ G. AGAMBEN, Karman. *Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, Bollati Boringhieri, 2017, pp. 74-76.

¹⁶¹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Vol. I, Utet, 1924, § 96, p. 78.

categoria del danno potenziale come qualcosa di distinto dal danno effettivo e dal pericolo di danno, bensì esso era l'uno o l'altro: perdita o diminuzione di un bene (danno effettivo); possibilità o probabilità di danno, ma non ancora danno (pericolo)¹⁶². Il sintagma “danno potenziale” non rappresenterebbe più dunque un concetto medio fra il danno e il pericolo, bensì diventa il concetto stesso di pericolo, contrapposto al concetto di danno.

Il pericolo è un concetto cardine del diritto penale, preso in considerazione in diverse parti della materia: come elemento tipico di alcuni reati, in rapporto alla causalità ed, ancora, in relazione alla legittima difesa, al tentativo e alla colpa¹⁶³.

Di pericolo si discuteva anche in relazione alla storica distinzione tra delitti produttivi di danno (delitti materiali) e quelli produttivi di pericolo (delitti formali). Originariamente, fu Francesco Carrara a distinguere per primo i delitti in formali e materiali: i primi, scriveva, si consumano con una semplice azione dell'uomo, la quale basta senz'altro a violare la legge; i secondi per essere consumati hanno bisogno di un dato evento, nel quale soltanto si ravvisa la infrazione della legge¹⁶⁴.

Invero, il binomio lessicale “formale/materiale”, utilizzato qui in ambito giuridico, trae la sua origine dalla logica aristotelica: la causa formale e la causa materiale sono due delle quattro cause del mondo del divenire. Nella *Metafisica* - definita dallo stesso Aristotele anche come filosofia che indaga le cause e i principi primi o supremi ¹⁶⁵ - egli precisa che le cause si riducono a quattro: causa formale, causa materiale, causa efficiente e causa finale.

Le prime due in particolare sono la forma e l'essenza della materia, le quali costituiscono tutte le cose. Si faccia l'esempio della statua di marmo: il marmo è la causa materiale; mentre la figura realizzata dallo scultore è la causa formale; l'essenza della statua.

È grazie alla forma che la materia è qualcosa di definito e, dunque, la forma di una cosa è la sua sostanza o essenza. Le cose acquistano realtà acquistando forma; la materia senza forma è soltanto potenzialità¹⁶⁶. Per Aristotele ogni sostanza sensibile presuppone due aspetti: materia e forma (potenzialità e attualità). Nella realtà naturale,

¹⁶² A. ROCCO, *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale*, Fratelli Bocca editori, 1913, p. 284.

¹⁶³ A tal proposito, si veda, ad esempio, D. PULITANÓ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2019, p. 177.

¹⁶⁴ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Vol. I, Utet, 1924, § 50, p. 83.

¹⁶⁵ ARISTOTELE, *Metafisica*, A, α e B.

¹⁶⁶ B. RUSSELL, *Storia della filosofia occidentale*, Longanesi & C., 1948, p. 175 ss.

dunque, non c'è materia senza forma, né forma senza materia¹⁶⁷. Ecco, dunque, come la materia si collega alla potenzialità e tale *liaison* è stata ripresa dalla scienza giuridica al fine di unire la categoria di “reato materiale” con il concetto di “danno potenziale”.

La distinzione tra reati formali e materiali viene in seguito abbandonata o comunque non più utilizzata dalla dottrina giuridica italiana. Ad esempio, Arturo Rocco riteneva tale categorizzazione inammissibile¹⁶⁸. Egli sosteneva che non esiste alcun reato che consista in una semplice azione non produttiva di alcun risultato, effetto o evento. In particolare, riteneva che la legge, per l'esistenza giuridica di un reato, richiedesse che ad una azione o omissione seguisse come suo effetto o risultato, un evento determinato (modificazione del mondo esteriore), fosse esso un danno o un pericolo. E questo è richiesto per ogni delitto, sia per quelli che si dicono materiali sia per quelli formali.

«Ogni pericolo, come ogni danno, ha una causa e causa non può essere che la materia in quanto è forza e energia»¹⁶⁹. Anche qui ritorna il concetto di materia e potenzialità; di materia e pericolo.

Vincenzo Manzini, dal canto suo, evidenzia che ormai la distinzione in reati formali e materiali non risulta più rilevante ma che avesse maggiore importanza quando la legge distingueva, nel tentativo, la figura del delitto tentato da quella del delitto mancato¹⁷⁰. Tuttavia, occorre evidenziare che tale distinzione ancora sussiste in alcuni ordinamenti giuridici, quali ad esempio in quello francese (v. infra § 2.2.1), israeliano ed ungherese¹⁷¹.

È possibile che la distinzione in reati formali e materiali e la consequenziale suddivisione in danno potenziale ed effettivo abbia avuto successo fino all'elaborazione della teoria del bene giuridico, per poi essere sostituita dalla distinzione tra reati di pericolo e di danno in relazione alla forma di offesa che può verificarsi nei confronti del bene giuridico tutelato¹⁷².

¹⁶⁷ E. HOFFMANN, *Il linguaggio e la logica arcaica*, Quodlibet, 2017, p. 106.

¹⁶⁸ A. ROCCO, *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale*, Fratelli Bocca editori, 1913, p. 320 e ss.

¹⁶⁹ A. ROCCO, *op. cit.*, p. 307.

¹⁷⁰ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, Utet, 1981, p. 696.

¹⁷¹ Cfr. G. DELITALA, *I reati di pericolo*, in Idem, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Giuffrè, 1976, p. 423. Nel riassunto che Delitala scrisse nel 1972 sulle relazioni preliminari al Congresso internazionale di diritto penale svoltosi a Roma nel 1969, l'Autore afferma che le relazioni israeliana e ungherese, partendo dalla bipartizione dei reati materiali (con evento naturalistico) e formali (di mera condotta), considerano i reati di pericolo come reati materiali.

¹⁷² Tuttavia, la distinzione tra reati di lesione e reati di pericolo non era ignota ai giureconsulti italiani dell'epoca intermedia: “*cum bonum son solum sit carere malis, sed etiam carere periculis, ideoque*

È proprio grazie ad Arturo Rocco che, in Italia, vi è stata la prima compiuta esposizione della concezione del reato come offesa di un bene giuridico, con la conseguente categorizzazione dei reati di danno e di pericolo. Egli riprende e valorizza le precedenti elaborazioni compiute dagli studiosi tedeschi, con particolare riguardo all'opera di Binding.

Invero, come ci ricorda Florian nel suo Trattato¹⁷³, il primo a categorizzare il modello di reato di pericolo fu Binding¹⁷⁴, il quale ripartì in tre classi le norme proibitive secondo lo scopo della tutela attuato dalle stesse: i divieti di violazione (*Verletzungsverbote*), i divieti di pericolo (*Gefährdungsverbote*), i divieti semplicemente tali (*Verbote schlechthin*).

I primi (divieti di violazione) vietano il prodursi d'una variazione del mondo giuridico, come tale, cioè di un determinato risultato esteriore dannoso ai beni giuridici; i secondi (divieti di pericolo) vietano determinate azioni giacché contengono il pericolo di diventare causa di un determinato risultato lesivo; i semplici divieti concernono certe azioni proibitive per la loro normale pericolosità una volta per tutte, senza riguardo se il pericolo sussista o no in concreto nel caso singolo.

In conseguenza di ciò, ai primi corrispondono i delitti, il cui contenuto consiste in una lesione dei beni giuridici protetti; ai secondi, i delitti, il cui contenuto è rappresentato dal pericolo di lesione dei beni giuridici stessi. Siffatta distinzione corrisponde appunto al concetto secondo il quale i beni giuridici penalmente protetti possono venire direttamente lesi o semplicemente messi in pericolo. E tale pericolosità insita nel reato può riguardare e minacciare il singolo, individualmente considerato, oppure la moltitudine, la generalità, gli interessi collettivi. Di qui l'ulteriore distinzione in delitti di pericolo individuale e delitti di pericolo comune. Quest'ultima categoria, di origine tedesca, fu raccolta a sistema anche in Italia con la diversa formulazione di "delitti contro la incolumità pubblica"¹⁷⁵.

leges publicae non solum damna, sed etiam pericula caveant, cum esse actu in periculo probabili malum certum et actuali". Si veda a tal proposito, P. F. PASSERINUS, *De occidente unum pro alio*, Parmae, 1693, p. 153, n. 32. Con particolare riguardo alle antiche distinzioni dei delitti, si veda A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, Vol. V, *Storia del diritto penale*, Arnaldo Forni editore, 1966, p. 421 e ss.

¹⁷³ E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, Vol. I, pt. I, *Dei reati e delle pene in generale*, Dott. Francesco Vallardi, 1910, pp. 247-248.

¹⁷⁴ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Lipsia, 1916, p. 111 ss. e p. 454 ss., Handbuch, I, p. 170-171.

¹⁷⁵ E. FLORIAN, *Dei delitti contro l'incolumità pubblica*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, diretta dal Prof. Enrico Pessina, Vol. VIII, Società editrice libraria, 1908, p. 168.

Pericolo, come possibilità del danno, è la potenza (attitudine, idoneità, capacità) di un fenomeno a cagionare la perdita o la diminuzione di un bene, il sacrificio o la restrizione di un interesse. Più brevemente, pericolo è la potenza (o potenzialità) dannosa: danno potenziale, danno possibile e pericolo sono quindi concetti equivalenti¹⁷⁶.

2.2.1. La distinzione tra reati formali e materiali nel sistema francese

Come anticipato, in Francia si usa distinguere tra reati materiali e reati formali. Gli autori francesi applicano alle fattispecie criminose la distinzione stabilita dalla dottrina italiana nel XIX sec., riferendosi in particolare agli scritti di Francesco Carrara¹⁷⁷.

L’*“infraction formelle”* è quella che la legge definisce come una condotta che, per natura, attenta ad un interesse protetto, senza preoccuparsi se il danno tipizzato si sia o meno prodotto, come ad esempio le *“crime d’empoisonnement”* (art. 221-5 C. pén.).

L’*“infraction matérielle”* invece è quella nella cui definizione la legge include la realizzazione effettiva di un pregiudizio. Il criterio di tale distinzione si ritrova nello schema dell’*iter criminis*: il reato formale si consuma indipendentemente dal risultato; l’*iter criminis* qui è più breve di quello del reato materiale poiché quest’ultimo si consuma con la verifica di un evento¹⁷⁸.

Secondo Robert il reato formale costituisce una tutela dell’ordine pubblico molto più efficace rispetto al reato materiale. Si dice che codeste incriminazioni, applicabili a degli stadi avanzati di un disegno criminoso che talvolta non è neppure previsto dal soggetto agente, costituiscono dei delitti-ostacolo o di prevenzione ovvero misure avanzate di repressione, come il tentativo stesso al quale assomigliano¹⁷⁹.

Elemento essenziale del reato formale, ma non sufficiente alla sua caratterizzazione, è il mezzo utilizzato. Più precisamente il diritto penale punendo

¹⁷⁶ A. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., p. 304. Il tentativo di un reato di danno, pur consistendo in un fatto pericoloso, non è un reato di pericolo, perché formalmente esso viola un precetto concernente un reato di danno e, sostanzialmente, se il danno minacciato si verifica, non si ha una mera circostanza aggravante, ma la consumazione del reato di danno. Così V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, Utet, 1981, p. 685.

¹⁷⁷ In generale, sulla nozione di reato e sulle relative distinzioni nell’ordinamento francese cfr. S. MANACORDA, voce: *Reato nel diritto penale francese*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Utet, 1996, p. 304 ss.

¹⁷⁸ P. SPITÉRI, *L’infraction formelle*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1966, p. 497 ss.

¹⁷⁹ J.-H. ROBERT, *Droit pénal general*, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 212-213.

l'utilizzo di un mezzo, tenta di prevenire un effetto o evento determinato, come ad esempio la morte nel reato di avvelenamento¹⁸⁰. Inoltre, i reati formali si distinguono dal tentativo giacché i primi possono essere posti in essere anche in modo tentato.

Per alcuni autori il reato formale si caratterizza proprio dalla sua indipendenza da qualsiasi evento (*résultat*); mentre per altri, un risultato ci deve essere anche se è un risultato esclusivamente giuridico¹⁸¹. Seguendo tale impostazione, i reati formali hanno un “*résultat juridique*”, vale a dire un’offesa per l’interesse protetto in opposizione a quelli che hanno un “*résultat naturel*”. In altre parole, a differenza dei reati materiali in cui è richiesto anche l’evento tipico (*résultat typique*), ossia corrispondente alla descrizione dell’evento che si trova nella norma incriminatrice, i reati formali necessitano quantomeno della sussistenza di un evento giuridico (*résultat illicite*). Ed allora la distinzione tra reati materiali e formali non si fonda sulla realizzazione o meno di un evento, ma nella ricerca, nei solo reati materiali, di un evento tipico richiesto dal testo della norma e corrispondente alla conseguenza immediata dell’azione o dell’omissione. Secondo tale impostazione, dunque, è possibile affermare, che il vero evento da individuare nel diritto penale è l’evento giuridico, il quale esiste in tutti reati e non si lega alla condotta vietata, contrariamente all’evento tipico¹⁸².

Si usa distinguere, inoltre, la “*infraction formelle classique*” da quella “*moderne*”. Secondo la definizione classica, come detto, il reato formale è quello che è punito indipendentemente dal risultato effettivo: talvolta, la stessa legge caratterizza tali i reati con espressioni del tipo «... che la corruzione non abbia prodotto il suo effetto...»; talaltra, il legislatore utilizza termini ambigui come “*attentat*”, eredità del diritto penale antico. L’attentato del diritto antico è l’antenato francese del reato formale¹⁸³.

Anche se nel reato formale classico la legge non richiede la realizzazione effettiva di un risultato determinato, sussiste sempre un nesso di causalità tra l’azione criminosa e un evento determinato: il legislatore prende in considerazione unicamente

¹⁸⁰ J.-Y MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l’infraction pénale*, L’Harmattan, 2003, p. 504.

¹⁸¹ J.-Y MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l’infraction pénale*, L’Harmattan, 2003, p. 513.

¹⁸² G. RABUT-BONALDI, *Le Préjudice en droit pénal*, Dalloz, 2016, pp. 208-209.

¹⁸³ S. KEYMAN, *Le résultat pénal*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1968, p. 793.

l'azione che rivela una volontà criminale tendente ad un risultato criminoso; dal punto di vista giuridico, solamente l'evento viene a mancare.

Contrariamente, altra parte della dottrina ha evidenziato l'inutilità della ricerca di un nesso di causalità nei reati formali, giacché solo l'evento naturalistico necessita di un nesso di causalità tra questo e la condotta, mentre l'evento giuridico non risulta distinto dalla condotta stessa¹⁸⁴.

Quanto alla "*infraction formelle moderne*", al fine di prevenire la commissione di un reato, il legislatore non esita a punire alcune attitudini o alcuni stili di vita che possono portare alla commissione di un reato. Questi reati hanno una denominazione differente dal delitto formale. Per meglio evidenziare che la repressione avviene a titolo preventivo, vengono chiamati "*délits-obstacle*". L'esempio più classico di tale categoria è la guida del veicolo in stato d'ebbrezza.

La maggiore differenza tra reati formali e delitti ostacolo risiede in ciò: mentre nel reato formale la legge penale, sanzionando la condotta e il mezzo utilizzato, cerca di prevenire un risultato determinato, nei delitti-ostacolo essa tende unicamente a punire lo stato pericoloso dell'autore del reato (*état dangereux*). Inoltre, si è detto che nei delitti ostacolo la consumazione si situa allo stadio degli atti preparatori o della risoluzione criminosa esteriorizzata, mentre i reati formali si consumano con l'inizio dell'esecuzione¹⁸⁵.

Ad ogni modo, classicamente i reati formali e i reati-ostacolo erano presentati come incriminazioni integrate dalla sussistenza della sola condotta illecita, indipendentemente dalla verifica di un qualche risultato. Ora, all'interno dei suddetti reati, nei quali la condotta assume un posto preponderante, è possibile affermare che tale comportamento è punito perché pone in pericolo un bene giuridico. Si nota, dunque, come la condotta debba essere in qualche modo "pericolosa" per il bene giuridico tutelato, in quanto pur difettando dell'evento naturalistico determinato, comporta ad ogni modo un'offesa al bene.

Da ultimo, è bene evidenziare che, nel sistema francese, è possibile ritrovare il concetto di pericolo declinato in altro modo, e segnatamente nella nozione di "*mise en danger*". Quest'ultima è primariamente una nozione di diritto penale generale corrispondente ad una terza forma di elemento soggettivo rispetto al dolo e alla colpa,

¹⁸⁴ P. -A. BON, *La causalité en droit pénal*, LGDJ, 2006, pp. 60-61.

¹⁸⁵ Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, L'Hermès, 1979, n. 376-377.

ritenuta da alcuni paragonabile al dolo eventuale¹⁸⁶. Essa figura all'articolo 121-3 del codice penale come "*mise en danger délibérée de la personne d'autrui*", il quale tratteggia la suddivisione dei crimini e dei delitti tra intenzionali e non intenzionali. Il diritto penale di parte generale, dunque, ritiene che la "*mise en danger*" sia un'ipotesi di non intenzionalità propria di alcuni delitti, con la particolarità di differenziarsi dalla colpa ma senza raggiungere la vera e propria "intenzione"¹⁸⁷. Secondo Maréchal, il concetto giuridico "*de mise en danger*", da intendersi come un comportamento suscettibile di provocare con alta probabilità un danno che conviene evitare, non è stata utilizzato dal legislatore del 1992 in relazione alla struttura materiale del reato¹⁸⁸, ma unicamente in relazione a "*l'élément moral*".

Inoltre, il concetto giuridico "*de mise en danger*" è utilizzato solamente in relazione alla persona intesa quale individuo e non come collettività. I reati che vi sono raggruppati non sembrano rispondere alla tecnica d'incriminazione della messa in pericolo, giacché i concetti di "*danger*" e di "*péril*" appaiono molto vaghi. Nella parte speciale del codice penale francese si trova un capitolo intero consacrato alla "*mise en danger de la personne*" e una sezione intitolata "*mise en péril des mineurs*", che fa parte del capitolo VII del Titolo II, dedicato agli "*atteintes aux mineurs et à la famille*". Ma oltre a non definire tali concetti, i danni suscettibili di toccare la persona sono di natura diversa, essendovi ricompresi quelli relativi alla vita o all'integrità fisica e quelli relativi alla moralità, libertà o serenità¹⁸⁹.

2.3. La qualificazione dei reati di pericolo nella dogmatica giuridica italiana: il pericolo concreto nella fattispecie tipica

2.3.1. Condotta pericolosa

Nella dogmatica penalistica, la maggior parte della dottrina definisce il pericolo come un concetto relazionale. In tale ottica, il pericolo non è né una situazione né un evento, bensì un attributo di una situazione o di un atto posto in relazione con un'altra

¹⁸⁶ V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 2017, p. 262.

¹⁸⁷ *Mise en danger*, in DALLOZ, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Tome V, Dalloz, 2002.

¹⁸⁸ In generale sul concetto di "*mise en danger*" nel nuovo codice penale francese si veda F. CURI, *Tertium non datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Giuffrè, 2003, p. 111 ss.

¹⁸⁹ J.-Y MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003, p. 352 ss.

situazione o risultato incerto, futuro e sfavorevole¹⁹⁰. Si avrà, in altre parole, una relazione di probabilità tra una situazione data e un risultato dannoso eventuale.

Come già anticipato, il primo termine della relazione di pericolo deve essere esistente o esistito ma nulla vieta che questo, cioè il fatto pericoloso, possa consistere indifferentemente in un'azione in senso tecnico ovvero in un evento in senso tecnico¹⁹¹ (ma non solo: anche in un presupposto o in un oggetto materiale della condotta).

Ebbene, in alcuni reati il carattere pericoloso è collegato alla condotta vietata, senza che sia richiesta la produzione effettiva del pericolo.

Sono questi i casi previsti, ad esempio, nelle fattispecie codicistiche di aggio (artt. 500 e 501 bis c.p.)¹⁹², in cui le condotte criminose possiedono un'attitudine a cagionare un aumento o una diminuzione dei prezzi.

Per Rocco, addirittura, pericolo e azione pericolosa sono termini corrispondenti: il risultato, il pericolo è il prodotto dell'azione, della manifestazione di volontà¹⁹³.

Tradizionalmente, la categoria dei reati di “mera condotta” era ritenuta configurabile unicamente come di pericolo astratto¹⁹⁴; al contrario il pericolo concreto poteva configurarsi solo come evento di pericolo.

Così nel delitto di aggio – figura criminosa da cui deriva, come vedremo, il delitto di manipolazione del mercato (cfr. infra § 3.2.) – si è rilevato che è la condotta ad essere pericolosa, contrassegnata cioè dall'attitudine a cagionare un aumento o una diminuzione dei prezzi borsistici. Tale attitudine, in particolare, va intesa come pericolosità astratta, in quanto resta una modalità o una qualità dell'azione, senza agganci con l'ambiente circostante¹⁹⁵. In tal senso parlare di idoneità pericolosa dell'azione non vuol dir altro che rilevare la corrispondenza dell'azione al “tipo”.

Come si vedrà in seguito (cfr. § 3.4.1.), tuttavia, dottrina e giurisprudenza non abbracciano più tale concezione, ma ritengono possibile configurare i reati mera condotta anche quali reati di pericolo concreto. La concretezza del pericolo, allora,

¹⁹⁰ Così F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, 1994, p. 36.

¹⁹¹ W. BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Mohr, 1973, p. 14 ss.

¹⁹² In questo senso si veda G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Giuffrè, 1982, p. 656.

¹⁹³ A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Fratelli Bocca editori, 1913, p. 307.

¹⁹⁴ Si è evidenziato che l'esistenza dei reati di pericolo astratto si pone in contraddizione con l'assunto che postula la necessità della sussistenza di un evento in ogni fattispecie criminosa. Cfr. N. MAZZACUVA, voce: *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, 1990, p. 456 ss.

¹⁹⁵ Cfr. C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggio*, Giuffrè, 1958, p. 46 ss.

dovrà essere collegata all'azione criminosa, la quale non potrà più essere soltanto conforme al tipo, ma dovrà nelle circostanze fattuali, aver posto in pericolo il bene giuridico tutelato.

2.3.2. Evento di pericolo: l'esempio paradigmatico della qualificazione del "disastro" nei delitti contro l'incolumità pubblica e nei delitti contro l'ambiente

La nozione di evento è antica quanto la scienza penalistica: essa è entrata nel dibattito specialmente in relazione al tentativo, al dolo, alla colpa, al rapporto causale, come pure in proposito di varie forme di reato: reato materiale (in contrapposizione a quello formale), reato complesso ecc.¹⁹⁶.

L'evento offensivo, ossia l'evento quale elemento di una fattispecie incriminatrice che esprime il disvalore su cui si incentra la dimensione lesiva del fatto, può assumere i connotati dell'evento di danno o dell'evento di pericolo, a seconda del grado dell'offesa¹⁹⁷.

La distinzione tra danno e pericolo infatti può aversi non soltanto con riferimento al concetto di bene giuridico tutelato, ma può essere utilizzata anche in relazione ai reati con effetto naturale. Ed allora il pericolo può connotare la condotta ma altresì l'evento e in tal caso la bipartizione tra evento di danno ed evento di pericolo si riferirebbe a quelle «modificazioni della realtà naturale che distruggono (danno) o mettono in pericolo un bene tutelato (pericolo)»¹⁹⁸.

Anche il pericolo viene considerato come evento nella forma di uno stato che si verifica nel mondo esterno e che acquista importanza per il suo collegamento con un altro stato non ancora verificatosi¹⁹⁹. L'evento di pericolo può essere considerato allora l'attitudine della situazione di fatto verificatasi a produrre un avvenimento dannoso²⁰⁰. Quando il pericolo è inteso quale effetto della condotta il legislatore usa ad esempio i verbi "cagionare" o "derivare" (ad es. "se dal fatto deriva pericolo..." *ex* artt. 427, 429 434 c.p.): in tali ipotesi il pericolo non qualifica un evento ma è l'evento

¹⁹⁶ V. F. ANTOLISEI, *L'evento e il nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, in *Idem, Scritti di diritto penale*, Giuffrè, 1955, p. 263.

¹⁹⁷ Così T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 151.

¹⁹⁸ V. D. SANTAMARIA, voce *Evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, 1967, p. 131.

¹⁹⁹ Sempre D. SANTAMARIA, voce *Evento (diritto penale)*, cit., p. 132.

²⁰⁰ Cfr. C. SALTELLI – E. ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Vol. I, Artt. 2-84, Utet, 1940, pp. 227-228.

stesso²⁰¹. Si aggiunga che quando l'evento è individuato nel pericolo di produzione di un ulteriore risultato pregiudizievole, quest'ultimo in particolare può consistere in una conseguenza naturalistica (così ad esempio, nell'art. 424 c.p. alla condotta incendiaria segue il pericolo di un incendio) ovvero nella stessa offesa al bene giuridico tutelato (come ad esempio nell'art. 423, comma 2 c.p., in cui all'incendio deve seguire il pericolo per la incolumità pubblica). In entrambi i casi, comunque, si tratta di pericolo concreto giacché il "risultato di pericolo" è elemento essenziale del fatto tipico in qualità di evento e dunque di risultato naturalistico della condotta²⁰².

Terreno di elezione per poter ragionare sul concetto di evento di pericolo è la nuova fattispecie di disastro ambientale introdotta nel 2016 all'art. 452-*quater* c.p., con particolare riferimento alla qualificazione del "disastro". Tale elemento costitutivo, infatti, appare paradigmatico per la ricostruzione della categoria di evento di pericolo non solo per i delitti contro l'ambiente ma, più in generale, anche per i delitti contro l'incolumità pubblica.

Invero, l'art. 452-*quater* c.p. stabilisce al comma 2, n. 3 che costituisce disastro ambientale «l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo».

Si è detto che la suddetta previsione è il risultato della positivizzazione delle soluzioni "creative" adottate negli anni dalla "supplenza" giurisprudenziale in relazione al c.d. disastro innominato di cui all'art. 434 c.p.²⁰³: l'art. 452-*quater*, comma 2, n. 3 c.p. mira, in effetti, alla tutela "integrata" dei beni ambiente e incolumità/salute pubblica (disastro ambientale-sanitario)²⁰⁴.

²⁰¹ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., pp. 200-201. Secondo C. SALTELLI – E. ROMANI-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Vol. III, Artt. 24- 498, Utet, 1940, p. 505, nei delitti contro l'incolumità pubblica, l'espressa condizione che dal fatto dovesse derivare un pericolo per la pubblica incolumità configura i delitti come reati di pericolo effettivo o concreto.

²⁰² In tal senso si veda, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 236; v. M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI- D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza sul lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Cedam, 2007, p. 279- 281, il quale differenzia il pericolo concreto come evento da situazioni di pericolosità concreta della condotta.

²⁰³ Tra le più importanti pronunce che si sono occupate della sussunzione del c.d. disastro ambientale nel c.d. disastro innominato di cui all'art. 434 c.p. si vedano Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, in *Foro it.*, 2007, II, c. 550, con nota di R. GUARINIELLO, *Tumori professionali a Porto Marghera*; Sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 2638 ss., con osservazioni di M. POGGI D'ANGELO, *L'estinzione per prescrizione del reato di disastro doloso nel processo "Eternit"*.

²⁰⁴ Così A. GARGANI, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3894.

Ciò che balza immediatamente all'attenzione è il ricorso al sostantivo "offesa", un *unicum* nel nostro codice penale. Vero è che nel codice penale l'offesa al bene protetto è sovente elemento espresso del fatto di reato, nondimeno essa viene esplicitamente menzionata quale verbo e mai come sostantivo²⁰⁵. Si faccia l'esempio di cui all'art. 341 *bis* c.p., il quale punisce «chiunque... offende l'onore e il prestigio di un pubblico ufficiale...»²⁰⁶.

Posta, dunque, la stravaganza di una simile scelta lessicale, si deve verificare, in primo luogo, se l'offesa assuma qui la forma della lesione o del pericolo al bene tutelato e, secondariamente, quale sia l'oggetto della tutela: se l'ambiente o la pubblica incolumità ovvero entrambi.

La connotazione dell'offesa nella terza formula di disastro ambientale, infatti, appare non di poco conto nell'interpretazione della disposizione. Com'è noto l'offesa coincide con il contenuto di disvalore del fatto tipico, attribuendo a tutti gli elementi costitutivi del reato il significato di uno strumento di tutela²⁰⁷. Più nel dettaglio, l'offesa può assumere la forma della lesione ovvero della messa in pericolo dell'interesse protetto e tali differenti gradi di offesa si riflettono a loro volta in precise tecniche di incriminazione, potendo il legislatore configurare i reati come reati di danno ovvero come reati di pericolo.

La natura della terza ipotesi di disastro ambientale appare di non facile lettura e dottrina e giurisprudenza sono ancora in fase di studio e di confronto sulle possibili soluzioni interpretative. La giurisprudenza di legittimità, in particolare, ha avuto scarse occasioni per confrontarsi con la nuova disposizione e, nel momento in cui è stata chiamata a pronunciarsi, si è limitata a letture prive di nette prese di posizione.

Una delle prime pronunce su tali questioni ha evidenziato che, sulla base di una lettura formale, la terza figura presa in considerazione dall'art. 452-*quater* c.p. potrebbe essere ricondotta all'incriminazione del fatto di pericolo concreto piuttosto che al delitto con evento di danno in senso stretto²⁰⁸. E ciò per la considerazione che la lesione/offesa all'incolumità pubblica sia da intendere non solo come distruzione

²⁰⁵ Il termine "offesa" compariva solamente nella rubrica delle fattispecie, ormai quasi tutte depenalizzate, disciplinate nel Titolo I del Libro II sui «Delitti contro la personalità dello Stato».

²⁰⁶ G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 247.

²⁰⁷ V. T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 172.

²⁰⁸ Sez. I, 17 maggio 2017, n. 58023, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2953, con nota di M.C. AMOROSO, *Il disastro ambientale tra passato e futuro* e in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 319 ss., con nota di G. RICCARDI, *I "disastri ambientali": la Cassazione al crocevia tra clausola di salvaguardia, fenomeno successorio e concorso apparente di norme*.

del bene tutelato, ma anche come sua concreta esposizione al pericolo della sua verifica. Questa lettura, continua la Corte, potrebbe essere sorretta inoltre dalla costruzione della fattispecie di cui al comma primo come causalmente orientata (fattispecie con evento naturalistico), mentre l'offesa alla pubblica incolumità potrebbe essere intesa come evento giuridico. Tuttavia, questa ricostruzione non appare del tutto convincente per i seguenti motivi.

In primo luogo, appare evidente che risulta difficilmente immaginabile la ricostruzione dell'offesa alla pubblica incolumità come "distruzione" della stessa, in quanto si estrinsecerebbe in un danno all'integrità fisica di un numero di persone "indeterminato". Inoltre, nel Titolo VI del codice penale, dedicato ai reati contro l'incolumità pubblica, il legislatore fa riferimento unicamente alla "messa in pericolo" del bene giuridico tutelato, anticipando così la tutela penale ad una fase prodromica di offesa²⁰⁹.

In secondo luogo, sembra non risolutiva la ricostruzione dell'offesa alla pubblica incolumità come evento giuridico. Com'è noto, mentre l'evento naturalistico consiste nella modificazione del mondo esterno rilevante per la norma incriminatrice, l'evento giuridico consiste nell'offesa ad un interesse giuridicamente protetto²¹⁰: si potrebbe dire che il concetto di evento giuridico è sinonimo di offesa. La nozione di "evento giuridico" viene fatta discendere, da alcuni autori, dalla formula "evento dannoso o pericoloso" usata negli articoli 40, 43 e 49 c.p. Per tal motivo, si è ritenuto che il codice Rocco ancorasse l'offesa alla sussistenza di un evento da rinvenirsi in tutti i reati²¹¹. Dunque, dal punto di vista naturalistico, l'evento è concepito come modificazione percepibile nel mondo fenomenico; dal punto di vista giuridico, l'evento si configura come un'entità concettuale consistente nella conseguenza lesiva dell'azione²¹². Ne deriva che il cd. risultato giuridico, e cioè l'offesa, non è un'entità materiale che si somma al fatto, ma rappresenta una nota caratteristica del fatto medesimo; non è un elemento, ma un predicato del fatto²¹³.

²⁰⁹ Così A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLAIRO, Giuffrè, 2008, p. 92.

²¹⁰ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Giappichelli, 2014, p. 236.

²¹¹ Così D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2019, pp. 156-157.

²¹² Così anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2017, p. 134.

²¹³ In tali termini, v. F. ANTOLISEI, *L'evento e il nuovo codice penale*, cit., p. 270.

Ora, se si volesse seguire tale dicotomia nella definizione generale di “evento” (concezione naturalistica e concezione giuridica)²¹⁴, si dovrebbe concludere che esistono fattispecie penali prive di evento naturalistico, quali ad esempio quelle di mera condotta; mentre, la maggior parte dei reati presenta come costante l’evento giuridico quale offesa all’interesse protetto²¹⁵. Tuttavia, l’evento in senso giuridico non è un elemento del fatto tipico, una parte dell’accadimento tipizzato dal legislatore²¹⁶, ma rappresenta normalmente il contenuto della fattispecie e per tal ragione non deve essere provato. Devono viceversa essere provati tutti gli elementi della norma incriminatrice tra cui, se previsto, l’evento inteso in senso naturalistico.

Se così è, sembra potersi affermare che nell’ipotesi di disastro ambientale disciplinata al numero 3 il termine “offesa” debba intendersi quale pericolo e, più precisamente, come evento di pericolo. Come visto, infatti, l’evento offensivo può assumere i connotati dell’evento di danno o dell’evento di pericolo, a seconda del grado dell’offesa²¹⁷.

Non convince la ricostruzione avanzata da alcuni autori secondo cui la terza formulazione dell’art. 452-*quater* c.p. non configurerebbe un reato d’evento, bensì un reato di mera condotta nel quale l’azione deve risultare idonea a cagionare la morte o le lesioni di un numero indeterminato di persone²¹⁸.

Non può assumersi come ontologicamente vero che il pericolo è solo ed unicamente un concetto di relazione tra una condotta pericolosa ed un fatto successivo assunto come probabile, avente carattere dannoso²¹⁹.

Nulla vieta che, sul terreno penale, la relazione si ponga tra un evento precedente pericoloso e un evento successivo lesivo. Ciò porta a riconoscere che il pericolo può connotare non solo la condotta ma altresì l’evento, qualificando il reato

²¹⁴ Si parla anche di distinzione tra evento descrittivo ed evento valutativo: quest’ultimo è definito come l’evento naturalistico valutato secondo la prospettiva dell’ordinamento penale, cfr. A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, 2018, p. 200. Per N. MAZZACUVA, voce *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, 1990, p. 451, tale dicotomia dovrebbe essere superata a favore di un “nuovo” concetto di evento proposto da Pagliaro, e segnatamente quello di “evento significativo”.

²¹⁵ Cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 236.

²¹⁶ Così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2018, p. 232.

²¹⁷ Così T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 151.

²¹⁸ In tal senso, G.P. ACCINNI, *Disastro ambientale. (Dall’horror vacui all’horror pleni)*, Giuffrè, 2018, p. 122; A.H. BELL -A. VALSECCHI, *Il nuovo delitto di disastro: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, p. 76.

²¹⁹ Sulla qualificazione del pericolo come relazione, si veda F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, 1994, p. 19 e ss.

come reato di evento di pericolo²²⁰. Come visto, il pericolo viene considerato anche come evento nella forma di uno stato che si verifica nel mondo esterno e che acquista importanza per il suo collegamento con un altro stato non ancora verificatosi²²¹. L'evento di pericolo può essere considerato allora l'attitudine della situazione di fatto verificatasi a produrre un avvenimento dannoso²²².

In definitiva, vi è un'enorme differenza dunque tra offesa ed evento, o se si vuole accogliere tale dicotomia, tra evento giuridico ed evento naturalistico: l'offesa è un'entità concettuale coincidente con il contenuto di disvalore del fatto tipico; l'evento è una modificazione della realtà fenomenica la quale richiede un accertamento. Nell'ambito dei reati di mera condotta, invece, l'offesa non è un'entità materiale che si somma all'azione ma si immedesima e si esaurisce nella realizzazione della condotta tipica: non necessita di un accertamento ulteriore. Così ragionando, è stato evidenziato che si richiederebbe al giudice un doppio accertamento, sovrapponendo il giudizio di offensività al giudizio di lesività espresso dal legislatore²²³.

La terza formula di disastro ambientale allora non può considerarsi un reato di mera condotta bensì di evento. In particolare, il pericolo per la pubblica incolumità non può essere ritenuto l'offesa che è l'essenza stessa della fattispecie ma deve assurgere ad evento di pericolo, il quale essendo elemento costitutivo del reato non può che essere concreto, con la conseguenza che necessita di essere sempre accertato al fine di poter affermare integrata la fattispecie penale.

È questa la differenza con l'offesa, la quale non ha bisogno di essere provata: così ad esempio i reati di pericolo astratto o presunto, sebbene non necessitino della prova della verifica del pericolo, contengono ad ogni modo l'offesa al bene giuridico. In tali casi non si è in presenza di un evento di pericolo ma soltanto di un reato di mera condotta giacché l'evento di pericolo, come detto, è elemento costitutivo del reato e non può essere presunto²²⁴.

Una volta argomentato che il termine offesa debba qui intendersi come pericolo appare necessario analizzare il secondo sintagma della terza ipotesi descritta all'art. 452-*quater* c.p., ossia la "rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o

²²⁰ Cfr. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II, *La struttura della fattispecie penale oggettiva*, Giuffrè, 1952, p. 777.

²²¹ Sempre D. SANTAMARIA, voce *Evento (diritto penale)*, cit., p. 132.

²²² Cfr. C. SALTELLI – E. ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Vol. I, Artt. 2-84, Utet, 1940, pp. 227-228.

²²³ V. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 235.

²²⁴ Così F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 79.

dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo”. In altre parole, bisogna comprendere cosa si intenda per “fatto”, anche al fine di verificare se la condotta antigiuridica ricada sulla pubblica incolumità o anche sull’ambiente.

In una sentenza recente, la Corte di legittimità ha ritenuto che la terza definizione di disastro ambientale dovesse essere necessariamente riferita a condotte ad ogni modo incidenti sull’ambiente, rispetto alle quali il pericolo per la pubblica incolumità rappresenta una conseguenza diretta²²⁵.

Tale assunto viene fatto derivare, in primo luogo, dalla collocazione della condotta tra le varie ipotesi di disastro ambientale; in secondo luogo, giacché in assenza di tale collegamento vi sarebbe una sovrapposizione fra tale fattispecie e il c.d. disastro innominato di cui all’art. 434 c.p. ed, infine, dal tenore della disposizione stessa, laddove l’offesa alla pubblica incolumità appare quale conseguenza diretta di un fatto di compromissione estesa dell’ambiente o di una sua componente.

Certamente, l’interpretazione per cui la disposizione incrimina un fatto di offesa all’incolumità pubblica *tout court*, senza alcun riferimento alla contaminazione ambientale sembra da scartare²²⁶, posto che tali forme di offesa rientrano nell’art. 434 c.p.

Tuttavia, è necessario comprendere a quale fatto si riferisce il sintagma “rilevanza del fatto” di cui al numero 3²²⁷. La nozione di fatto risulta, secondo la più celebre dottrina, dalla somma degli elementi oggettivi descritti nella fattispecie legale²²⁸: condotta ed evento.

Alla luce di un’interpretazione teleologica, dunque, il “fatto” citato dall’art. 452-*quater*, comma 2, n. 3 c.p. sembra consistere in una condotta produttiva di una

²²⁵ V. Sez. III, 18 giugno 2018, n. 29981, in *Cass. pen.*, 2019, p. 625, con nota di M. POGGI D’ANGELO, *Il doppio evento (danno/pericolo) nel nuovo delitto di disastro ambientale-sanitario*.

²²⁶ Così A.H. BELL – A. VALSECCHI, *Il nuovo delitto di disastro*, cit., p. 75.

²²⁷ In senso critico, si veda T. PADOVANI, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l’ambiente*, in *Guida dir.*, 2015, n. 32, p. 10.

²²⁸ V. G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, 1930, p. 13 e ss. Altra parte della dottrina, invece, nega la concezione “ristrettiva” di fatto indicando, al contrario, che con tale termine si indica il fatto giuridico penale, vale a dire un accadimento cui si ricollegano conseguenze giuridiche che integrano la pena o la misura di sicurezza, v. A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Priulla, 1960, p. 73 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, p. 251 ss. Infine, per un’evoluzione storica del concetto di “fatto” cfr. A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, 1997, p. 3 ss., secondo il quale nelle concezioni preanalitiche del fatto, le modalità di selezione del “fatto” penalmente rilevante venivano attuate non in base ad una “fattispecie” bensì secondo l’insieme delle tracce esteriori del reato (*corpus delicti*), comportando una stretta dipendenza tra diritto sostanziale e diritto processuale.

grave contaminazione ambientale, pur non comparando il termine “ambiente” in nessuna sua declinazione. Tuttavia, si è evidenziato che, se si ritenesse che per fatto si dovesse intendere “fatto di contaminazione ambientale” causativo degli eventi di alterazione di cui ai numeri 1 e 2, la disposizione non integrerebbe un disastro alternativo bensì aggiuntivo a quelli precedentemente disciplinati. Ad alcuni autori, sembra piuttosto che si tratti di un diverso evento di danno in senso naturalistico che deve offendere la pubblica incolumità²²⁹.

Appare peculiare, tuttavia, che la terza definizione di disastro ambientale sia un diverso evento rispetto alle precedenti ipotesi tipizzate all’art. 452-*quater* c.p., non potendosi escludere invece che possa trattarsi anche di condotte di contaminazione ambientale produttive degli eventi di alterazione irreversibile o reversibile dell’equilibrio di un ecosistema. Sarebbe stato sicuramente più corretto inserire la terza nozione di disastro ambientale successivamente e separatamente dalle prime due nozioni giacché, oltre a tali gravi fatti di compromissione dell’ambiente, il numero 3 prevede come ulteriore elemento l’offesa all’incolumità pubblica.

Il fatto, inoltre, deve essere rilevante per l’estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo. La compromissione ambientale dunque, data la sua rilevanza e gravità è dotata di un’elevata diffusione nell’ambiente tale da esporre a pericolo un numero indeterminato di persone. Così come ricostruito il “fatto” può essere inteso quale evento di danno, al pari dei numeri 1 e 2 integranti veri e propri reati di danno: gli eventi di alterazione irreversibile o di difficile reversibilità di un ecosistema devono essere considerati infatti eventi di danno effettivo²³⁰. Cionondimeno, l’evento di danno descritto al numero 3 ha come caratteristica non tanto l’intensità quanto la diffusività della lesione.

In definitiva, è necessario che le conseguenze della condotta producano effetti anche sull’ambiente e che per la loro rilevanza e diffusività esponano a pericolo l’incolumità pubblica. Il bene giuridico “ambiente” deve ritenersi dunque inglobato nel fatto, sulla base di un’interpretazione teleologica, la quale deve guidare nella

²²⁹ Fra tutti, cfr. C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Giappichelli, 2015, p. 34 ss.

²³⁰ Si è detto che ciò troverebbe conferma sistematica dall’analisi dell’art. 452- *quinquies*, comma 2 c.p. il quale punisce con una pena attenuata i delitti di inquinamento o di disastro ambientale commessi per colpa se dalla commissione dei fatti deriva il pericolo di inquinamento ambientale o di disastro ambientale. Attenta dottrina ha evidenziato tuttavia come, al fine di evitare l’esito assurdo secondo il quale l’inquinamento o il disastro dovrebbero essere pericolosi rispetto a sé stessi, è necessario intendere “fatti” come “condotte”. Sul punto, cfr. C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell’ambiente*, Giappichelli, 2016, p. 268.

ricostruzione dello stesso. Vero è, tuttavia, che il legislatore non ha compiuto il serio sforzo di inserire il bene ambiente quale «bene veramente capace di tutela e offesa, e in grado al contempo di tradurre l'offesa in autentici elementi, che consentano al bene giuridico di adempiere veramente alla sua funzione limitatrice del fatto»²³¹.

Si è detto dunque come il “fatto” a cui fa riferimento la terza ipotesi sia una condotta di contaminazione causativa di una grave compromissione ambientale (evento di danno) e come l'offesa all'incolumità pubblica sia da intendersi quale pericolo per un numero indeterminato di persone (evento di pericolo).

Mentre, la ricostruzione del disastro ambientale come unico evento causativo di un duplice effetto (sull'ambiente e sull'incolumità pubblica) non appare del tutto convincente. Secondo tale interpretazione l'art. 452-*quater* c.p. descriverebbe un unico evento (un'unica alterazione dell'ecosistema), il quale possiede una duplice proiezione teleologica: verso l'ambiente in sé e verso la salute e la sicurezza collettiva. Sarebbe dunque una fattispecie causalmente orientata la cui offensività è interamente proiettata nell'aver cagionato un evento: il disastro ambientale²³².

Sembra più corretto ritenere, invece, che la fattispecie *de qua* sia configurata da un'unica condotta e da un duplice evento. Strutturalmente il disastro, nella teoria dei delitti contro l'incolumità pubblica, si configura come un “elemento normativo a doppio parametro”, composto da un evento di danno (la modificazione materiale di cose) a cui si accompagna un evento di pericolo (pericolo per la vita, incolumità fisica o salute di una pluralità indeterminata di persone). Il delitto di disastro si presenta, dunque, al contempo come reato di risultato e come reato di pericolo (ai quali corrispondono rispettivamente un evento effettivo e un evento probabile di verificazione): “un danno qualificato dal pericolo”. Il disastro è certamente un evento di danno, ma allo stesso tempo, data la potenzialità espansiva di esso, cioè la capacità di coinvolgere un'intera collettività, anche di pericolo²³³.

L'offesa qui assume differenti forme in relazione al bene giuridico protetto: da un lato, essa assume la forma della lesione nei confronti dell'ambiente; dall'altro, quella della messa in pericolo dell'incolumità pubblica. Il delitto di disastro si atteggia, dunque, come reato di risultato rispetto all'evento naturalistico prodotto

²³¹ G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985, p. 207.

²³² G. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Dike, 2017, p. 204 ss.

²³³ Così A. GARGANI, voce: *Incolumità pubblica (delitti contro)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Giuffrè, 2015, p. 582.

(modificazione delle cose) e al contempo come reato di pericolo rispetto al bene personale che funge da substrato materiale dell'interesse diffuso²³⁴.

Il nuovo disastro ambientale non sembra perciò discostarsi dalla struttura del disastro preso a paradigma dal legislatore nei delitti contro l'incolumità pubblica, ma anzi si pone in continuità con esso. La struttura dei disastri previsti nel Titolo VI del codice penale non richiede la realizzazione di un evento di danno personale, bensì la proiezione teleologica del danno verso un numero indeterminato di persone: il disastro, dunque, assume natura di reato a duplice evento, l'uno materiale ed effettivo, l'altro potenziale²³⁵. E così l'art. 452-*quater* c.p. ai numeri 1 e 2 descrive un evento di alterazione effettiva dell'ecosistema; nel numero 3 punisce anche la proiezione pericolosa di tale evento verso l'incolumità di una pluralità indeterminata di persone.

Quest'ultima fattispecie punisce un'unica condotta causativa di un evento di danno (fatto di compromissione dell'ambiente) a cui si deve sommare l'evento di pericolo, ossia "l'offesa" alla pubblica incolumità che ne deriva. Ed è bene sottolineare che l'evento di pericolo si discosta e si differenzia dall'evento di danno in quanto, nel giudizio di pericolo, il pericolo è attribuito di un evento in senso tecnico posto in relazione con un altro risultato successivo e sfavorevole (risultato dannoso), la cui esistenza è solo probabile ed eventuale²³⁶. E proprio per tale ragione la relazione tra l'entità pericolosa e l'evento dannoso posteriore non è una relazione di causalità per la quale vale il metodo di accertamento *ex post*, bensì di probabilità di verifica di una lesione successiva ancora non realizzatasi. Il giudizio di pericolo dunque è un giudizio prognostico, mentre il giudizio causale è un giudizio diagnostico²³⁷.

Di conseguenza, la situazione di modificazione materiale dell'ecosistema deve essere provata mediante una diagnosi rispetto al risultato in concreto verificatosi: occorre valutare se, eliminando mentalmente la condotta criminosa, l'accadimento disastroso si sarebbe verificato o meno. Diversamente, l'accertamento del pericolo per

²³⁴ A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Giappichelli, 2005, p. 404.

²³⁵ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 285 ss.

²³⁶ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., pp. 36-37.

²³⁷ Sul punto cfr. G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 701-702; da ultimo, F. TORELLI, *Pericolo ed incolumità pubblica: ricostruzione del concetto di pericolo penalmente rilevante alla luce del paradigma di tutela anticipata dei reati, dolosi e colposi, di comune pericolo mediante frode*, in *Cass. pen.*, 2018, pp. 3170-3171.

la pubblica incolumità presuppone un giudizio di prognosi postuma volto a verificare la probabilità dell'evento temuto, ossia il risultato dannoso.

Ora, i suddetti giudizi, nei reati di disastro, sono strettamente collegati tra loro in quanto il giudizio prognostico del pericolo dovrà necessariamente derivare dall'analisi degli elementi dell'evento di danno materiale, che possono fungere da indici rivelatori della sussistenza degli estremi del pericolo per una pluralità indeterminata di persone. Qui il legislatore, anche se in maniera poco cristallina, richiedendo espressamente che dall'evento di danno derivi il pericolo per la pubblica incolumità separa la valutazione diagnostica da quella prognostica, in quanto l'evento di danno potrebbe essere in concreto non pericoloso per l'incolumità pubblica. Talvolta, invece, la diagnosi non è separata dalla prognosi giacché i due livelli di valutazione appaiono inscindibili, come ad es. in tema di disastro nautico (artt. 428, comma 1, 423, comma 1, 426 e 430 c.p.)²³⁸.

È bene evidenziare, inoltre, che l'accertamento del pericolo non dovrà prendere in considerazione le morti e le lesioni delle singole persone, non potendosi fondare sull'effettiva lesione alla salute e integrità di un numero indeterminato di persone. In altre parole, le morti e le lesioni sono fuori dal concetto di disastro²³⁹.

In definitiva, la situazione materiale ed oggettiva di grave compromissione ambientale è la base del giudizio prognostico volto a verificare la probabilità di un'offesa, o meglio di un pericolo, del fatto sull'incolumità di una pluralità di persone. In questo senso si è parlato di qualificazione pericolosa del danno materiale ovvero di danno qualificato dal pericolo: laddove si passa dall'effettività alla potenzialità e, quanto all'accertamento, dalla diagnosi alla prognosi²⁴⁰.

2.3.3. L'accertamento del pericolo concreto: brevi cenni e rinvio

Il pericolo concreto esige un accertamento *ex ante* o di prognosi postuma, a differenza dei reati di lesione/danno in cui il giudizio è *ex post*. Ciò significa che il giudice deve fare un "viaggio nel passato", riportandosi idealmente al momento in cui si è verificata l'azione o l'evento la cui pericolosità si deve accertare.

Per poter formulare tale prognosi è necessario altresì stabilire il momento, la base e il metro del giudizio.

²³⁸ A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., p. 406.

²³⁹ Diversamente, il legislatore ha inteso punire le morti e le lesioni espressamente nel delitto di inquinamento di cui all'art. 452-ter c.p.

²⁴⁰ Sempre A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, cit., p. 405.

Quanto al momento del giudizio, come si affronterà *amplius* in tema di manipolazione di mercato (cfr. § 3.4.), all'interno della tradizionale prognosi *ex ante*, può cambiare il momento in cui far retrocedere il giudizio a seconda delle differenti posizioni che il pericolo occupa all'interno della fattispecie tipica. Il giudizio sarà retrocesso al momento della condotta nei reati in cui il pericolo qualifica la condotta (ad es. artt. 422, 432 c.p.) o il presupposto (ad es. art. 593 c.p.) o l'oggetto materiale (artt. 444 e 679 c.p.); viceversa, sarà riportato al momento tra la fine della condotta e l'inizio dell'evento tipico nei reati di evento di pericolo, nei quali il pericolo costituisce l'evento stesso (ad es. artt. 423 e 424 c.p.), o di evento pericoloso, in cui il pericolo è un attributo di esso (artt. 500 e 583 c.p.).²⁴¹ Tali diverse tipicità oggettive dunque servono altresì a circoscrivere l'ambito temporale entro cui fissare il preciso e corretto momento del giudizio di pericolo. A parere di autorevole dottrina, ad ogni modo, nella gamma dei momenti in cui si svolge la condotta o in cui permane l'evento, si sceglierà fra tutti quello che comporta la prognosi indicante la più alta possibilità (*rectius* probabilità²⁴²) di verifica dell'evento lesivo²⁴³.

In relazione alla base del giudizio si contrappongono in dottrina due tesi differenti: la tesi tradizionale della "base parziale" e la tesi più recente della "base totale"²⁴⁴. In particolare, la prima richiede di tenere in considerazione le circostanze, al momento della condotta, conosciute dall'agente o generalmente conoscibili da un osservatore obbiettivo posto nella medesima situazione del soggetto agente. Per la seconda tesi, invece, è necessario prendere in considerazione tutte le circostanze esistenti nel suddetto momento. Più precisamente, ai fini del giudizio dovranno essere utilizzate il massimo delle conoscenze disponibili al momento del giudizio, comprese le eventuali, occasionali conoscenze ulteriori del singolo agente²⁴⁵. Si è evidenziato in dottrina come l'ultima tesi sembra più rispondente ai principi di offensività e di *extrema ratio*. In tal modo, invero, si ammette la sussistenza del pericolo unicamente

²⁴¹ Cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, 1994, p. 184 ss.

²⁴² «La probabilità si ha quando è verosimile che la cosa sia vera, la stessa notazione del termine significando una proposizione, a favor della quale esistono argomenti o prove valide a farla passare, o ad essere ricevuta, per vera», cfr. J. LOCKE, *Saggio sull'intelligenza umana*, Mondadori, 2008, p. 745.

²⁴³ F. ANGIONI, *op. cit.*, pp. 205-206.

²⁴⁴ In tal senso, F. ANGIONI, *op. cit.*, p. 97 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 253.

²⁴⁵ Per F. ANGIONI, *op. cit.*, p. 105 ss., nella "base totale *ex ante*" andrebbero ricomprese anche le circostanze future prevedibili come certe, posto che esse possono essere considerate come già mentalmente esistenti; non vi rientrano, viceversa, le circostanze future probabili giacché non fanno parte del fatto tipico concreto oggetto del giudizio di pericolo.

laddove sia esistito concretamente, con la contropartita tuttavia di indebolire la funzione general-preventiva dei reati di pericolo²⁴⁶.

Infine, circa il metro del giudizio, la probabilità²⁴⁷ dell'evento va determinata in base alla migliore scienza ed esperienza del momento storico di riferimento. Si dovranno utilizzare, in altre parole, le leggi delle scienze naturali, universali o statistiche fino a quel momento conosciute.

Si è evidenziato, infine, che le regole di esperienza riguardanti fenomeni governati da principi deterministici (leggi fisiche e naturali), in quanto esistenti da sempre, dovrebbero rientrare nel metro del giudizio anche se scoperte successivamente alla verifica del fatto tipico²⁴⁸.

2.4. (segue) La qualificazione dei reati di pericolo nella dogmatica giuridica italiana: i reati di pericolo astratto

Si è detto che il nucleo centrale del diritto penale «classico» è costituito dai reati di danno, ossia reati in cui la condotta criminosa comporta una lesione effettiva del bene protetto (come esempio paradigmatico si consideri il delitto di omicidio).

Parallelamente, si è sviluppato ed espanso il modello incentrato sui reati di pericolo. Ciò, come anticipato, per effetto di due fenomeni.

Per un verso, l'evoluzione produttivo-tecnologica ha fatto aumentare le attività rischiose, ancorché socialmente utili, rispetto alle quali risulta opportuna l'emanazione di norme cautelari penalmente sanzionate dirette ad impedire la trasformazione del rischio in danno²⁴⁹. Sotto tale aspetto, la riscoperta dei reati di pericolo astratto sembra essere stata imposta dalla necessità di contrastare in modo efficace la moderna criminalità economica²⁵⁰.

Per altro verso, i compiti di natura solidaristica, assunti sempre più nelle mani dello Stato, hanno indotto il legislatore ad anticipare la tutela penale, per alcuni beni ritenuti rilevanti per la collettività, ad una soglia precedente alla loro effettiva lesione.

²⁴⁶ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2017, p. 204.

²⁴⁷ In posizione diversa si pone M. GALLO, *Reati di pericolo*, in *Foro pen.*, Roma, 1969, p. 2, il quale afferma che il pericolo consiste in un apprezzabile grado di possibilità, e non di probabilità, di un evento temuto.

²⁴⁸ Cfr. F. ANGIONI, *op. cit.*, p. 155; *contra*, M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, 1990, p. 353 ss.

²⁴⁹ Così G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 214.

²⁵⁰ G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, p. 175 ss.; in generale, su tali concetti, v. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003.

Come noto, all'interno dei reati di pericolo²⁵¹ si distinguono, altresì, i reati di pericolo concreto e i reati di pericolo astratto. Questi ultimi sono reati in cui il pericolo non integra un elemento costitutivo del reato, ma è soltanto la *ratio* dell'incriminazione; «il legislatore riserva a sé ogni valutazione inerente al pericolo, il reato sussiste anche se il pericolo non si è in concreto realizzato»²⁵². Invero, il legislatore creando fattispecie di pericolo astratto anticipa la risposta penale ad un momento che precede la concreta messa in pericolo od offesa del bene sostanziale: «reprime fatti che minacciano l'esistenza o il godimento del bene»²⁵³.

Precisamente, il legislatore presume, sulla base di leggi di esperienza, che il compimento di determinate azioni faccia insorgere, nella generalità dei casi, un pericolo. Il legislatore, dunque, si limita a tipizzare una condotta, al cui compimento si accompagna generalmente la messa in pericolo di un bene²⁵⁴. Ciò per il motivo per cui si tratta sovente di fattispecie che non permettono *ex ante* di controllare la sussistenza delle condizioni per il verificarsi dell'evento lesivo.

Esiste, in realtà, un'ulteriore sottocategoria nei reati di pericolo: i reati di pericolo presunto. Questi ultimi, al contrario dei reati di pericolo astratto, non sono connotati da una pericolosità insita nella condotta stessa, ma il pericolo viene presunto "*juris et de jure*", per cui non è ammessa neppure la prova contraria della loro esistenza²⁵⁵. Tuttavia, vi è da dire che oramai dottrina e giurisprudenza fanno unicamente riferimento alla tradizionale bipartizione tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto, utilizzando invece l'ulteriore categoria del pericolo presunto come mero sinonimo della categoria del pericolo astratto.

²⁵¹ Sull'argomento, si vedano F. DEAN, *L'incolumità pubblica nel diritto penale: contributo alla teoria generale dei reati di comune pericolo*, Milano, 1971; G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Scritti in memoria di G. Bellavista*, I, ne *Il Tommaso Natale*, 1977; E. GALLO, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970; M. GALLO, *Reati di pericolo*, in *Foro pen.*, Roma, 1969; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.

²⁵² S. CANESTRARI, *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani XXVI*, Roma, 1991, p. 2.

²⁵³ Così G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 252.

²⁵⁴ Così G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 215.

²⁵⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 205. Secondo G. M. PALMIERI, *Contributo ad uno studio sull'oggetto della tutela nel diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 88 i reati sono di pericolo astratto, quando la disposizione contiene una presunzione di pericolo vincibile; mentre sono di pericolo presunto quando presentano un grado di presunzione assoluto ed invincibile.

2.5. Pericolo astratto e limiti soglia: l'esempio delle "False comunicazioni sociali"

Nella materia del diritto penale dell'economia le c.d. soglie di punibilità non vengono di sovente utilizzate quale tecnica legislativa, come invece avviene in altri settori del diritto penale complementare.

Si pensi, ad esempio, al diritto penale dell'ambiente in cui tale tecnica viene ampiamente applicata. Invero, in alcune fattispecie del Testo Unico dell'Ambiente (d.lgs. n. 152 del 2006) la condotta incriminata è spesso costituita dal superamento di limiti di emissione e/o immissione di sostanze nocive per l'ambiente, indicati da norme extrapenali, per lo più da allegati e tabelle²⁵⁶. In simili casi, la sanzione penale andrà a punire non ciò che è nocivo, ma ciò che è tale al di là di specifici parametri²⁵⁷.

Lo schema-tipo è pressappoco il seguente: "Chiunque supera i limiti (di concentrazione, di emissione, di quantità ecc.) elencati nella tabella x, è punito...". In casi del genere, il legislatore, delegando la fissazione dei limiti di accettabilità di concentrazioni ed emissioni all'autorità amministrativa, sottrae al giudice penale qualsivoglia valutazione tecnica, la quale è del tutto slegata dal potere decisionale del giudice²⁵⁸.

La tecnica di incriminazione delle c.d. soglie di punibilità rappresenta una delle più avanzate forme di tipizzazione del pericolo astratto. Vi sono fattispecie in cui il legislatore fissa in parametri numerici una soglia quantitativa oltre la quale il fatto è ritenuto pericoloso per il bene giuridico tutelato, come ad esempio nel delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato di cui all'art. 316-ter c.p. ovvero nel reato di omesso versamento di ritenute dovute o certificate ex art. 10-bis del d.lgs. n. 74 del 2000. Tali dati quantitativi esprimono, dunque, il grado minimo di rilevanza dell'offesa²⁵⁹.

Alla base della scelta del livello delle soglie, nella maggior parte dei casi, risiede un contemperamento di interessi ad opera del legislatore: così, ad esempio, nel diritto penale ambientale, alla tutela dell'ambiente si contrappone l'interesse

²⁵⁶ Cfr. M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI e C.E. PALIERO, II, Giuffrè, 2006, p. 1721 ss.

²⁵⁷ Così F. LETTERA, *Lo stato ambientale: il nuovo regime delle risorse ambientali*, Giuffrè, 1990, p. 182.

²⁵⁸ In tal senso, R. ZANNOTTI, *Il ruolo della sanzione penale nella tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. DELL'ANNO- E. PICOZZA, Cedam, 2012, p. 392.

²⁵⁹ P. POMANTI, *La eseguità da criterio di selezione della "tipicità bagatellare" ad indice di selezione della punibilità*, Pisa University Press, 2017, p. 95.

all'esercizio di attività produttivo-industriali; nel caso di guida sotto l'influenza di alcool, il limite-soglia esprime il contemperamento tra il bene della sicurezza collettiva nella circolazione stradale e l'interesse ad una moderata assunzione di alcool²⁶⁰.

Parte della dottrina ha evidenziato come tale tecnica legislativa sollevi molti dubbi sotto il profilo del rispetto della riserva di legge ex art. 25, comma 2, Cost. Proprio perché direttamente o indirettamente incentrate sull'inosservanza di precetti amministrativi, le fattispecie in esame acquisterebbero il carattere delle c.d. norme penali in bianco.

Viceversa, secondo altra parte, si dovrebbe tutelare la sicurezza collettiva utilizzando lo strumento dei limiti-soglia, abbandonando i concetti tradizionali, quali quelli di evento e di pericolo astratto, entrati ormai in irreversibile crisi²⁶¹. Invero, per taluni, il progetto di un diritto penale complementare incentrato sul pericolo astratto classico, indicato da alcuni studiosi come lo strumento più indicato per fronteggiare i rischi connessi alle "società post-moderne", sembra andare incontro ad un inarrestabile fallimento²⁶².

L'uso delle fattispecie incentrate sulla violazione di limiti tabellari, dunque, sembra giustificata dall'inefficacia del diritto penale tradizionale a dare risposte a quelle istanze di controllo dei "grandi pericoli", difficilmente calcolabili ed attribuibili in modo causale²⁶³.

Come anticipato, nel diritto penale dell'economia l'uso di tale tecnica di incriminazione non appare assai frequente. Lo ritroviamo certamente nei reati tributari, nei quali il legislatore ha fatto ricorso per molte fattispecie alle soglie di punibilità determinate dal *quantum* di evasione (artt. 3, 4, 5, 10-*bis*, 10-*ter*, 10-*quater*, 11 del D. Lgs. n. 74 del 2000)²⁶⁴. Altro esempio della tipizzazione mediante l'inserimento di

²⁶⁰ Sul punto G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 255.

²⁶¹ Si parla, a tal proposito di "diritto penale del comportamento". Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Il diritto penale dei limiti-soglia nel settore alimentare: il caso della diossina*, in *Scritti per Federico Stella*, Giuffrè, 2007, p. 1151.

²⁶² F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003, p. 533 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti- soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, 2012, *passim*; F. D'ALESSANDRO, *Il diritto penale dei limiti-soglia nel settore alimentare: il caso della diossina*, cit., p. 1143 ss.

²⁶³ Così U. BECK, *Dalla società industriale alla società del rischio. Questioni di sopravvivenza, struttura sociale e illuminismo ecologico*, in *Teoria sociologica*, 1994, pp. 54-55.

²⁶⁴ Sul punto si vedano E.M. AMBROSETTI - E. MEZZETTI - M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2016, p. 495, con particolare riferimento alla definizione di "soglie di punibilità" inserita all'art. 1, lett. g) del D. Lgs. n. 74 del 2000.

limiti-soglia è rinvenibile nei reati societari e, segnatamente, nella previgente disposizione delle “false comunicazioni sociali”.

Con la riforma del 2002 (d.lgs. n. 61 del 2002), invero, è stato completamente riformulato il delitto di cui all’art. 2621 c.c., introducendo in particolare le c.d. soglie di non punibilità²⁶⁵. Il legislatore ha subordinato la punibilità al superamento di una soglia generica del requisito dell’alterazione sensibile e di tre soglie numeriche percentuali: del 5% del risultato di esercizio, dell’1% del patrimonio netto e del 10% rispetto alle valutazioni corrette. Le condotte che non oltrepassavano tali limiti fissati dalle soglie erano punite dall’illecito amministrativo, inserito negli artt. 2621 e 2622 c.c. dalla legge in materia di tutela di risparmio (l. n. 262 del 2005).

Si dica fin da subito che tale scelta di tipizzazione fu in seguito abbandonata dalla riforma del 2015 (l. n. 69 del 2015).

Ad ogni modo, sorse immediatamente una contrapposizione tra due distinti orientamenti in ordine alla natura giuridica delle soglie.

Secondo il primo orientamento, i requisiti di rilevanza rientrerebbero nell’ambito della punibilità e, in particolare, costituirebbero delle condizioni obiettive di punibilità disciplinate all’art. 44 c.p.²⁶⁶.

Secondo il secondo e dominante orientamento, invece, le soglie previste negli artt. 2621 e 2622 c.c. rientrerebbero fra gli elementi costitutivi del fatto e, segnatamente, come “situazioni di atipicità”²⁶⁷.

Come appare chiaro, l’adesione all’uno o all’altro orientamento comporta importanti conseguenze di disciplina in relazione a rilevanti categorie generali del diritto penale. Diversa sarà, ad esempio, la risoluzione di problemi di diritto intertemporale, l’estensione di tali “circostanze” ai concorrenti o la disciplina dell’errore.

Proprio in relazione al delitto di falso in bilancio, è in seguito intervenuta la Corte costituzionale, la quale – con la sentenza n. 161 del 2004 - ha affermato che le

²⁶⁵ Sul tema di vedano E. GARAVAGLIA, *La tutela penale dell’informazione societaria e gli abusi di informazioni*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, Giappichelli, 2012, p. 13 ss.; M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018, p. 96 ss.; A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010, p. 286 ss.

²⁶⁶ Così D. PULITANÓ, *False comunicazioni sociali*, in AA.VV. (a cura di A. ALESSANDRI), *Il nuovo diritto penale delle società*, Giuffrè, 2002, p. 166.

²⁶⁷ V. T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell’ago. I problemi della successione di leggi penali relativa alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1603.

“soglie di punibilità” devono essere intese quali “requisiti essenziali di tipicità del fatto” e non come condizioni di punibilità²⁶⁸.

Ad ogni modo, i reati di pericolo astratto imperniati sul superamento di soglie quantitative sollevano grandi difficoltà in relazione alla loro conformità al principio costituzionale di offensività. È infatti indubbio che alla base delle norme incriminatrici – che fissano secondo parametri quantitativi la soglia della rilevanza penale di alcune condotte – risiedano regole di esperienze che denotano la normale pericolosità delle condotte che oltrepassano tale soglia.

Tuttavia, i reati così configurati possono portare ad uno scarto tra tipicità ed offesa: l’uso di criteri quantitativi rigidi può portare a considerare pericolosi dei fatti che in concreto sono inoffensivi. Come visto, la Corte Costituzionale – con sentenza n. 333 del 1991 – ha valorizzato il principio di offensività in modo da reinterpretare tali norme secondo lo schema del pericolo concreto. A parere della Corte, nei casi in cui l’eccedenza rispetto al limite-soglia si presenti in termini quantitativamente marginali, *«rimane precipuo dovere del giudice di merito...apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta, se l’eccedenza eventualmente accertata sia di modesta entità, così da ritenere che la condotta dell’agente sia priva di qualsiasi idoneità offensiva dei beni giuridici tutelati e conseguentemente si collochi fuori dall’area del penalmente rilevante»*.

Così, con riguardo al delitto di avvelenamento di cui all’art. 439 c.p., la giurisprudenza di legittimità ha affermato che si tratta di reato di pericolo presunto, ma il giudice deve pur sempre accertarne l’effettiva pericolosità, vale a dire se si è verificato un avvelenamento di per sé produttivo di pericolo per la salute pubblica, non essendo sufficiente il mero superamento dei “limiti- soglia” di carattere precauzionale²⁶⁹.

Va inoltre segnalato che la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all’art. 131 bis c.p. è stata ritenuta applicabile dalle Sezioni Unite anche ai reati di pericolo imperniati sul superamento di soglie quantitative, come la guida in stato di ebbrezza²⁷⁰.

²⁶⁸ Corte cost., 1 giugno 2004, n. 161, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1497 ss., con commento di F. GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità*.

²⁶⁹ Cfr. Sez. IV, 10 maggio 2018, n. 25547, in *C.E.D. Cass.*, n. 272964; Sez. IV, 25 settembre 2018, n. 48548, *ivi*, n. 274493.

²⁷⁰ Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681, in *Cass. pen.*, p. 2842 ss., con nota di A. VARVARESSOS.

Da ultimo, la Corte di legittimità ha confermato che l'art. 131-bis c.p. è applicabile anche in relazione a reati per i quali è prevista una soglia di punibilità, che integra il livello minimo di disvalore penalmente rilevante, qualora il giudice accerti la minima offensività del fatto sulla base degli indicatori rappresentati dalle modalità della condotta, dall'esiguità del danno o del pericolo da essa derivante e dal grado della colpevolezza²⁷¹.

2.5.1. Argomenti favorevoli alla configurabilità dei reati di pericolo astratto

L'utilizzo dei reati di pericolo astratto pone soprattutto un delicato problema di coerenza con il principio di offensività del reato. È possibile che in sede applicativa vengano punite condotte astrattamente tipiche ma concretamente inoffensive. Tale annosa questione vede contrapporsi, da un lato, la tesi che soprattutto nel passato negava la configurabilità dei reati di pericolo astratto, ritenendo legittima unicamente la tecnica del pericolo concreto²⁷²; dall'altro lato, la dottrina che ha tentato e tenta tuttora di legittimare e valorizzare la tecnica del pericolo astratto, riconoscendone in particolare l'utilità politico-criminale²⁷³.

Quanto alla giurisprudenza, sembra che oramai la questione che si pone non sia più sulla astratta ammissibilità di tale tipologia di reati, quanto piuttosto sulla loro piena armonizzazione con i principi costituzionali, primo fra tutti con il principio di offensività. Pare opportuno, dunque, analizzare più nel dettaglio gli argomenti favorevoli e contrari alla configurabilità dei reati di pericolo astratto prospettati dalla dottrina, nonché gli attuali orientamenti giurisprudenziali sulla loro conformità al piano costituzionale.

²⁷¹ Cfr. Sez. III, 2 ottobre 2018, n. 58442, in *C.E.D. Cass.*, n. 275458.

²⁷² Vedi, fra tutti, A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in G. GIOSTRA- G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale*, Giuffrè, 1998, p. 161 ss.

²⁷³ Tra gli altri, cfr. M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, pp. 1415-1442.

La dottrina, dunque, dopo un primo atteggiamento di critica²⁷⁴, oggi rivaluta i reati di pericolo astratto sotto il punto di vista politico- criminale²⁷⁵. Si è in particolare osservato che essi risultano non solo ammissibili ma anche preferibili per una serie di ragioni.

In primo luogo, la principale motivazione che si rinviene a favore della tecnica del pericolo astratto è legata al rango dei beni da tutelare, ossia ai beni c.d. superindividuali. L'offesa agli interessi diffusi e collettivi è capace di incidere su una pluralità di posizioni individuali, costituendo dunque lo strumento concettuale per un'anticipazione della tutela²⁷⁶. Il carattere superindividuale di alcuni beni, come ad esempio l'ambiente ovvero il corretto funzionamento dei mercati finanziari, fa sì che la loro offesa si presti ad essere tipizzata maggiormente in termini di pericolo, piuttosto che di danno²⁷⁷. Viceversa, se si ammettessero soltanto gli schemi dei reati di pericolo concreto o di danno, la tutela penale dei beni giuridici ad ampio raggio verrebbe confinata ad ipotesi del tutto eccezionali. Inoltre, in situazioni in cui il bene giuridico deve essere considerato in bilanciamento con altri beni meritevoli di tutela è necessario effettuare un giudizio di equivalenza - se non addirittura di prevalenza- del bene da tutelare rispetto al bene, pur altissimo, della libertà personale. Laddove sussistano simili esigenze di tutela, il principio di offensività può incontrare dei limiti nel principio di bilanciamento dei beni: solo quando i beni costituzionalmente rilevanti siano posti in pericolo grave può accettarsi una flessione del principio di offensività a favore di un'anticipazione della soglia di tutela²⁷⁸.

L'idea dunque che si possa- e si debba – limitare il controllo tramite il diritto penale alla protezione di beni giuridici tangibili risulta sempre meno comprensibile. Invero, la complessità della società moderna mette a dura prova la concezione del bene giuridico che vorrebbe orientarsi verso interessi tangibili. Così l'illecito penale si

²⁷⁴ Si veda M. GALLO, *Reati di pericolo*, cit., p. 8 per il quale i reati di pericolo astratto devono considerarsi costituzionalmente illegittimi per il contrasto con il principio di offensività, costituzionalizzato con previsione implicita all'art. 25, comma 2, Cost. Il modello legittimo di illecito penale è, dunque, quello di reato di danno ovvero di pericolo concreto; cfr. F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, 1984, p. 82.

²⁷⁵ Così S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 7; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, cit., p. 690.

²⁷⁶ Così F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, cit., p. 474.

²⁷⁷ Sul punto, si veda F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, cit., p. 1118.

²⁷⁸ Per il riferimento al bilanciamento dei beni, si veda G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, cit., p. 204 ss.; A. FIORELLA, *Reato in generale*, cit., p. 796.

scolora: «la messa in pericolo della circolazione del mercato dei capitali è di un calibro diverso rispetto alla messa in pericolo della salute, ma è appunto una forma moderna di messa in pericolo di determinati interessi, e ciò le conferisce plausibilità»²⁷⁹.

In secondo luogo, a rendere preferibile l'anticipazione della tutela sarebbero le insuperabili difficoltà legate alla prova del nesso causale tra singola condotta ed evento²⁸⁰. Va, infatti, tenuta presente la difficoltà di ledere un bene superindividuale, come ad esempio l'ambiente, con un'unica condotta; è piuttosto una serialità di condotte che può offendere il bene finale. La pericolosità di ogni singola condotta incriminata si aggiunge ad altre azioni analoghe e, considerate nella loro serialità, le condotte acquistano «forza sinergica ulteriore»²⁸¹. Dunque, l'offesa si presenta come il risultato di effetti connessi derivanti da diverse condotte, in relazione alle quali risulta difficile l'accertamento del nesso eziologico²⁸².

Tuttavia, anche per gli autori favorevoli alla configurabilità dei reati di pericolo astratto, sussistono alcuni ostacoli. In primo luogo, si richiede che il reato di pericolo astratto sia caratterizzato da un'adeguata tipizzazione, tale da valorizzare le «note» di pericolosità della condotta e da consentire una reale coincidenza tra la condotta tipizzata e la condotta offensiva²⁸³.

In secondo luogo, il pericolo astratto deve segnare il limite estremo del diritto penale dell'offesa, oltre la cui soglia è impedita qualsiasi operazione ermeneutica di recupero in chiave di offesa. Si tratta in particolare di evitare i reati-ostacolo, ossia incriminazioni prodromiche rispetto alla realizzazione di azioni pericolose, che puniscono solo la «premessa idonea» per la commissione di altri reati²⁸⁴.

²⁷⁹ In detti termini, v. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, il Mulino, 2012, pp. 150-151.

²⁸⁰ Così G. INSOLERA, *Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente*, in *Dir. Pen. proc.*, 1997, p. 738.

²⁸¹ Così G. DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 71; F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, cit., p. 1116; F. GIUNTA, *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, cit., p. 1153.

²⁸² Sul punto, tra gli altri, si veda S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., pp. 368-369.

²⁸³ Sul punto si vedano G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 218; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, cit., p. 707 ss. È stato inoltre sottolineato da F. ANGIONI, *op. cit.*, p. 108 ss. che: «[vi sono] fattispecie di pericolo astratto connotate dalla pregnanza semantica degli elementi che la compongono (per es. negli artt. 430, 438 c.p. i concetti di disastro ferroviario e di epidemia). Qui i concetti descrittivi impiegati dal legislatore per delineare il tipo sono così carichi di senso che è difficile immaginare un fatto tipico che non sia nello stesso tempo concretamente pericoloso o lesivo per il bene giuridico tutelato».

²⁸⁴ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 216.

2.5.2. Argomenti contrari alla configurazione dei reati di pericolo astratto

Esiste parte della dottrina²⁸⁵, come anticipato, contraria all'utilizzo della tecnica del reato di pericolo astratto. Innanzitutto, il reato di pericolo astratto lascia perplessi in relazione al principio di offensività: il nostro sistema penale si fonda sulla tutela di beni giuridici rilevanti e non punisce comportamenti che siano assolutamente inidonei a ledere tali beni. Come si è visto, mancando a tutt'oggi, nell'ordinamento italiano, una disposizione esplicita del principio di offensività, esso viene desunto in via interpretativa, inizialmente, dalla normativa codicistica, e successivamente anche dalla normativa costituzionale. Tale principio viene ricavato da una peculiare interpretazione dell'art. 49 comma 2, c.p. sul reato impossibile (per il quale la punibilità è esclusa «quando, per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso»), e a livello costituzionale, dalle disposizioni di cui agli articoli 13, 25, comma 2 e 27, commi 1 e 3, Cost.

La dottrina maggioritaria, alla luce del rango sovraordinato delle disposizioni citate, sostiene che nel nostro ordinamento non vi può essere reato senza offesa ad un bene giuridico²⁸⁶. Il reato non può fondarsi su un atto di infedeltà all'autorità pubblica o sulla pericolosità soggettiva dell'autore, ma deve piuttosto risultare un fatto socialmente dannoso e lesivo di interessi meritevoli di tutela.

Il vero *punctum dolens* dei reati di pericolo astratto, dunque, risiede nell'esaltazione del disvalore di azione e nel contestuale affievolimento del disvalore di evento²⁸⁷: talvolta, infatti, si sanziona una condotta che in concreto non è capace di porre neanche in pericolo il bene protetto, rendendo, così, incerta l'area penalisticamente rilevante. Invero, sono reati costruiti su generalizzazioni a base statistica e, in quanto tali, recano in sé il rischio che talvolta siano punite condotte riconducibili solo formalmente alla fattispecie tipica, ma prive, in concreto, della pericolosità presunta in via astratta dal legislatore²⁸⁸.

²⁸⁵ Si veda, fra tutti, la critica all'anticipazione della tutela e dei reati di pericolo astratto compiuta da F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 555 e ss. Per l'A. «i grandi e piccoli pericoli della società globale del rischio non possono essere fronteggiati con la “stampella” del diritto penale».

²⁸⁶ Sul tema, si veda C. FIORE, *Il reato impossibile*, Jovene, 1959, p. 22 ss.

²⁸⁷ Così S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 368; P. PATRONO, *Il diritto penale dell'ambiente: rilievi critici di politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, pp. 1148-1149.

²⁸⁸ Così M. CATENACCI, *I reati in materia di ambiente*, cit., p. 371.

Da qui, il rilievo che i reati di pericolo astratto rischiano di diventare reati di “mera disobbedienza”, vale a dire reati che puniscono l’inottemperanza ad un precetto penale senza che a ciò si accompagni una effettiva messa in pericolo del bene protetto. È proprio in relazione a ciò che la suddetta dottrina dubita della legittimità costituzionale di tali reati perché contrari ai principi di offensività e di materialità. Secondo taluni autori, un possibile correttivo alla tecnica del pericolo astratto sarebbe costituito dal ricorso esclusivo a fattispecie di pericolo concreto, in cui alla concreta messa in pericolo corrisponde un’effettiva offesa in grado di giustificare il sacrificio della libertà personale²⁸⁹.

2.5.3. Compatibilità con il principio di offensività nella giurisprudenza di legittimità

Si è visto come il progressivo incremento delle fattispecie di pericolo abbia finito con il sollevare problemi sia sul piano politico-criminale sia su quello costituzionale. In particolare, i reati di pericolo astratto hanno posto non pochi problemi di conformità al principio di offensività del reato²⁹⁰, ormai da tempo assunto a principio costituzionale. Tale principio si configura nella necessaria lesività dei fatti di reato: *nullum crimen, nulla poena sine iniura*. Per parte della dottrina, nel nostro sistema l’offesa è rilevante solo se “effettivamente subita” dal bene giuridico²⁹¹. Il fondamento costituzionale del principio di offensività esclude un uso accessorio del diritto penale: se si eludesse tale principio, si finirebbe col creare un diritto penale della “disobbedienza”, negando così, la coerenza del dettato costituzionale. Quanto più si anticipa la tutela penale, allontanandosi dalla concreta offesa del bene giuridico, tanto più si rischia di colpire il soggetto attivo in quanto tale (c.d. diritto penale dell’autore) ovvero di punire un fatto che nel caso concreto non risulti realmente pericoloso. A tal proposito è utile sottolineare come ad esempio, nell’ambito del diritto penale ambientale, i reati che sollevano dubbi maggiori, sotto il profilo dell’offensività, non

²⁸⁹Sul punto, cfr. R. BAJNO, *La tutela dell’ambiente nel diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 360; G. M. PALMIERI, *Contributo ad uno studio sull’oggetto della tutela nel diritto penale dell’ambiente*, cit., p. 93: «norme portatrici di un’anticipazione della tutela più avanzata rispetto al pericolo concreto, oltre a disattendere la regola dell’offensività, risultano difficilmente compatibili anche con tutti gli altri principi penalistici sanciti in Costituzione».

²⁹⁰ In generale sul principio di offensività, cfr. G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, 2004, p. 96 ss; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Giuffrè, 1982, p. 659 ss.

²⁹¹ Così A. FIORELLA, *Reato in generale*, cit., pp. 793-794; sempre A. FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1316 sottolinea come il legislatore possa tipizzare i comportamenti criminosi unicamente attraverso fatti che rappresentano disvalori.

sono tanto le fattispecie che incriminano, sia pur nella forma del pericolo astratto, la potenziale pericolosità di alcune condotte; quanto, piuttosto, le fattispecie costruite su condotte solo prodromiche all'evento pericoloso o, addirittura, costruite sulla mancata collaborazione con la pubblica amministrazione²⁹².

Eppure, nei confronti dei beni ad ampio raggio il ricorso a norme incriminatrici ancora distanti dall'effettiva offesa del bene sembrerebbe irrinunciabile, per le ragioni precedentemente analizzate.

Si deve ritenere, dunque, che i reati di pericolo astratto siano legittimi costituzionalmente o che, invece, esista un *vulnus* rispetto ai principi costituzionali? In particolare, essi contrastano con il principio di offensività? Com'è stato sottolineato, nell'affrontare la costituzionalità dei reati di pericolo astratto è necessario non sottovalutare, da un lato, le esigenze garantistiche soddisfatte dal principio di offensività e, dall'altro, le ragioni politico-criminali di tecnica legislativa che rendono irrinunciabile il ricorso a tali fattispecie²⁹³.

A tal proposito, si è intrapresa un'attività ermeneutica volta verso il tentativo di rendere quanto più conforme a Costituzione fattispecie che risultano in qualche modo carenti sul piano dell'offesa²⁹⁴. Come anticipato, il problema non consiste più nell'ammettere l'uso della tecnica del pericolo astratto da parte del legislatore (in quanto ormai condiviso, e condivisibile, dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza); quanto, piuttosto, nel ricercare una armonizzazione di tali fattispecie con le garanzie classiche del diritto penale, soprattutto con il principio di offensività²⁹⁵.

2.4.3.1. Recupero del principio attraverso l'art. 49, comma 2 c.p.

Secondo un'autorevole dottrina²⁹⁶, per i reati di pericolo astratto il principio di offensività si recupererebbe utilizzando l'art. 49, comma 2 c.p. sul c.d. reato impossibile. Tale articolo stabilisce l'esclusione della punibilità quando «per

²⁹² Sul punto, cfr. C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, ETS, 2008, p. 135.

²⁹³ Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 217. Secondo A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, p. 246, le critiche della dottrina non tengono conto di una premessa necessaria ad ogni ragionamento circa il requisito dell'offensività dei reati. Si deve verificare l'offesa dal punto di vista del legislatore: vera corrispondenza tra il significato della fattispecie legale e il significato del fatto si avrà soltanto se il fatto offende l'interesse che la legge vuole tutelare.

²⁹⁴ Tale dibattito è stato ricostruito da Cfr. M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Edizioni scientifiche italiane, 2004, p. 171 ss.

²⁹⁵ Così M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto tra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI e C.E. PALIERO, II, Giuffrè, 2006, p. 1423.

²⁹⁶ Si veda, a tal proposito, A. FIORELLA, *Reato in generale*, cit., pp. 796-797.

l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso».

Dunque, il reato impossibile prevede due casi di non punibilità: l'inesistenza dell'oggetto e l'inidoneità dell'azione ad offendere il bene giuridico. È in relazione a questo secondo caso che si considera codificato il principio di offensività: in tal senso, si imporrebbe al giudice di accertare se sia stata determinata un'offesa in concreto al bene giuridico.

Si ritiene che esso costituisca una clausola generale di interpretazione, la quale funge da criterio ispiratore della concezione secondo cui non può esservi reato senza una lesione o messa in pericolo effettiva del bene protetto (concezione c.d. realistica dell'illecito penale)²⁹⁷. Secondo la dottrina in esame, di fronte a condotte formalmente conformi alla fattispecie incriminatrice, ma concretamente innocue perché incapaci di ledere il bene giuridico, il ricorso all'art. 49, comma 2 c.p. legittimerebbe l'esclusione della sussistenza del reato e, dunque, della punibilità del fatto. In simili casi, nonostante il pericolo sia connotato da astrattezza, sembra rinvenibile un collegamento con il principio di offensività in quanto, per le modalità adottate nel descrivere la fattispecie di reato, sarebbe lo stesso legislatore ad affermare implicitamente l'irrelevanza della condotta inoffensiva²⁹⁸.

Tuttavia, la giurisprudenza rifiuta il recupero dell'offensività attraverso il c.d. reato impossibile perché ritiene si tratti di una strada pericolosa. Infatti, esso attribuirebbe al giudice una doppia valutazione. In primo luogo, egli dovrebbe effettuare un accertamento riguardante la conformità del fatto storico alla fattispecie legale e, successivamente, un giudizio diverso ed ulteriore relativo all'effettiva lesività, ossia all'offensività del comportamento. Questa valutazione di "tipicità-offensività" attribuirebbe un ampio potere discrezionale al giudice perché separerebbe il giudizio sulla tipicità dal giudizio sull'offensività²⁹⁹, minacciando di conseguenza la certezza del diritto e la separazione della funzione giudiziaria dal potere legislativo.

2.4.3.2. *Recupero del principio attraverso il c.d. criterio teleologico*

Orbene, il recupero dell'offensività attraverso l'utilizzo dell'art. 49, comma 2 c.p. consiste in una tesi poco accolta dalla giurisprudenza. La strada indicata dalla

²⁹⁷ Si veda G. NEPPI MODONA, voce: *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Torino, 1996, p. 260 ss.

²⁹⁸ Così S. CANESTRARI, voce: *Reato di pericolo*, cit., p. 8.

²⁹⁹ Come sottolinea F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 210-211, in un sistema incentrato sul principio di offensività (...) l'idea di un fatto tipico ma inoffensivo è una contraddizione in termini.

giurisprudenza della Corte Costituzionale³⁰⁰, con un indirizzo pressoché ventennale, consiste nell'interpretazione e nell'applicazione "in chiave di offesa" delle fattispecie di pericolo astratto. Ciò che emerge dalle sentenze della Corte è l'affermazione della struttura "composita" del principio di offensività, il quale, anche in relazione ai reati di pericolo astratto, opera su un duplice livello. La condotta è punibile in quanto, in primo luogo, risulti oggettivamente pericolosa per un bene giuridico e, in secondo luogo, in quanto realizzi nel caso concreto il pericolo descritto nella norma incriminatrice³⁰¹.

Per quel concerne il primo livello di operatività del principio di offensività, la Corte Costituzionale³⁰² ha affermato che le fattispecie di pericolo astratto non sono incompatibili in linea di principio con il dettato costituzionale. Il principio in esame, secondo l'interpretazione della Corte, consiste in un controllo di discrezionalità del legislatore nella scelta del ricorso a tali modelli delittuosi: ciò che importa è che la scelta non risulti viziata da «manifesta irragionevolezza o arbitrarietà», ma sia il frutto di rigorosi apprezzamenti fondati sull'esperienza. È necessario che la valutazione della pericolosità della condotta descritta dalla fattispecie si basi su "regole di esperienza" (*rectius* su "leggi scientifiche"). In realtà la Corte nulla dice dei casi in cui si possa parlare di "manifesta irragionevolezza o arbitrarietà". È possibile ipotizzare, tuttavia, che sia prospettabile quando, per un verso, la valutazione di pericolosità non si basi su leggi scientifiche e, per altro verso, quando la possibilità che ad una certa condotta si accompagni un dato pericolo sia assolutamente remota.

Per quel che riguarda il secondo livello di operatività, vale a dire l'idea secondo cui si può punire una condotta unicamente quando l'offesa prevista in astratto dal legislatore si sia realizzata anche nella situazione concreta, il principio di offensività obbligherebbe il giudice ad interpretare la fattispecie in chiave teleologica. Questo è il modello prospettato dalla giurisprudenza ed utilizzato in tutto il sistema penale italiano³⁰³. La giurisprudenza, infatti, predilige il recupero dell'offensività del

³⁰⁰ Cfr. Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Foro it.*, 1991, I, p. 2628 ss., con nota di G. FIANDACA; Id., 18 luglio 1997, n. 247, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2328 ss.; Id., 21 novembre 2000, n. 519, in *Giur. cost.*, 2000, p. 4069 ss.

³⁰¹ Così M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto tra diritto e processo penale*, cit., p. 1426.

³⁰² Così, in particolare, Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333, cit. e Corte cost. 20 maggio 2016, n. 109, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3192, con osservazioni di E. APRILE.

³⁰³ Da ultimo, in tema di disastri, la Corte di legittimità ha affermato che ai fini della configurabilità del delitto di disastro colposo, costituente un reato di pericolo astratto, vada comunque accertata l'offensività in concreto del fatto, verificando, con giudizio *ex ante se*, alla luce degli elementi concretamente determinatisi, dell'espansività e della potenza del danno materiale, il fatto fosse in grado

comportamento attraverso l'arricchimento semantico dei termini utilizzati dal legislatore. La Consulta precisa come il principio di offensività sia un «canone ermeneutico» da cui scaturirebbe un dovere di valutazione della pericolosità in concreto, tesa ad evitare «una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale»³⁰⁴. In aggiunta, chiarisce che quella valutazione va, in ogni caso, ricondotta alla più generale valutazione di tipicità del fatto storico. Tale ricostruzione evita il rischio, precedentemente analizzato, dell'eccessiva discrezionalità del giudice derivante dal recupero dell'offensività attraverso il c.d. reato impossibile.

Per argomento teleologico, o della *ratio legis*, a una disposizione va attribuito il significato corrispondente non alla soggettiva intenzione del legislatore, bensì alla funzione oggettivamente svolta dalla disposizione - o comunque razionalmente attribuibile alla stessa. L'argomento teleologico ammette anche un'interpretazione "evolutiva": un'interpretazione cioè che ne adegui il significato al cambiamento nel tempo della funzione svolta³⁰⁵.

Secondo il c.d. criterio teleologico di interpretazione della fattispecie, il giudice deve interpretare i termini utilizzati dal legislatore nella norma incriminatrice, attribuendo loro una pregnanza di tipo semantico e con riferimento ai beni o interessi tutelati. In dottrina si ritiene che il riferimento al bene giuridico concorra a delimitare la sfera del penalmente rilevante: nell'interpretazione di norme incriminatrici, infatti, vanno escluse soluzioni esegetiche che includano nella fattispecie fatti non offensivi dell'interesse tutelato³⁰⁶. Attraverso tale criterio, dunque, si limita la fattispecie ai soli fatti che sono concretamente lesivi del bene giuridico.

Un esempio, in tal senso, può essere dato dal reato di incendio di cui all'art. 423 c.p., che prevede la sanzione penale per «chiunque cagiona un incendio...». Il termine "incendio" utilizzato dal legislatore può essere interpretato in vari modi, facendo rientrare nella fattispecie tipica anche il caso di taluno che dia fuoco ad un giornale in mezzo alla strada. Tale caso sembra lontano dal costituire un pericolo per la pubblica incolumità. Orbene, nel rispetto del c.d. criterio teleologico, il giudice al

di esporre a pericolo l'integrità fisica di un numero potenzialmente indeterminato di persone (Sez. IV, 14 novembre 2018, n. 14263, in *C.E.D. Cass.*, n. 275364).

³⁰⁴ Corte Cost. 11 luglio 2000, n. 263, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2069, con note di SALERNO- FERRARA.

³⁰⁵ M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, 2003, p. 269.

³⁰⁶ In questi termini cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, 1983, p. 103.

fine di recuperare l'offensività di tale reato di pericolo astratto, interpreterà il termine "incendio" con "fuoco di vaste dimensioni"³⁰⁷. Anche la Corte Costituzionale ha sottolineato che «per incendio- ai fini dell'art. 423 c.p.- sono richieste la vastità, la violenza, la capacità distruttiva, la diffusibilità del fuoco»³⁰⁸. Pertanto, attraverso il carattere pregnante dell'espressione "incendio" si circoscriverà la punibilità unicamente alla verifica di azioni concretamente pericolose per la pubblica incolumità. L'interpretazione teleologica dovrà tenere conto non solo del *telos*, del fine, cui tende il ricorso allo strumento penale, ma anche dei controinteressi che si oppongono a tale strumento o ne sollecitano la delimitazione³⁰⁹.

2.6. I reati che anticipano la tutela penale o a carattere preventivo nel sistema anglosassone. Una difficile sistematizzazione

Il sistema giuridico anglosassone non ha un generale reato di pericolo. Nel suo "*Draft Code of Conduct*" Robinson ha proposto un generale reato di pericolo, analogo alla disposizione sul tentativo, il quale punisca la creazione di un significativo ed ingiustificato rischio di causare un evento ritenuto criminoso dal codice stesso ("*act in a way that creates a substantial and unjustified risk of causing a result made criminal by this Code*")³¹⁰.

Sebbene nel sistema anglo-americano non esista un generale modello di pericolo, la tendenza è quella di adoperare gli illeciti di pericolo, senza tuttavia comprendere ed apprezzare le ampie conseguenze che il loro utilizzo implica. Nel "*Model Penal Code*" americano del 1962 si rinvengono diversi reati di pericolo, tra i quali alcuni contro la persona (come l'abbandono di minori, §§ 230,4-5); contro l'ordine pubblico (come la rissa, § 250); o contro la pubblica sicurezza (come l'incendio, § 220.1). In particolare, il "*Model Penal Code*" contiene un reato di "*recklessly engaging in conduct which places or may place another person in danger of death or serious bodily injury*" (s. 211.2), limitato solo ai casi di pericolo di morte o di seri danni alla persona.

³⁰⁷ Cfr. sul punto, C. FIORE -S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Utet, 2016, p. 200; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 563 ss.

³⁰⁸ Corte cost. 27 dicembre 1974, n. 286, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 605.

³⁰⁹ Tuttavia, è stato sottolineato come nella prassi applicativa il riferimento al bene giuridico funge spesso da presupposto di applicazioni estensive. La magistratura penale tende a farsi portatrice di istanze di tutela che cercano soddisfazione nell'applicazione della legge penale. Si veda D. PULITANÓ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2019, pp. 121-122.

³¹⁰ P. H. ROBINSON, *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, 1997, p. 218.

Peraltro, la tecnica legislativa penale non è caratterizzata da quella organizzazione sistematica propria dei sistemi di *civil law*: la moltitudine di reati di pericolo è inclassificabile e la vaghezza e la confusione dei termini utilizzati dal legislatore aumentano notevolmente le difficoltà³¹¹. A titolo esemplificativo, invero, la dottrina angloamericana distingue lo “*attack*” dallo “*endangerment*”³¹²; gli “*implicit endangerment*” dagli “*explicit endangerment*”³¹³; i reati di pericolo concreto da quelli di pericolo astratto³¹⁴; il “*risk*” dal “*danger*”³¹⁵.

Nei paragrafi che seguono, dunque, si sono voluti raggruppare gli illeciti del sistema anglosassone che, sebbene non definiti “di pericolo”, in qualche modo anticipano la tutela penale o comunque possiedono un carattere preventivo, non essendo richiesta per la loro configurabilità la causazione di alcun “*harm to others*”. Come anticipato, infatti, tali categorie sono quelle che più hanno posto in difficoltà l’applicazione ed il rispetto dello “*Harm Principle*”.

Si analizzeranno, dunque, le forme di reato anticipatorie e preventive, senza avere naturalmente alcuna presunzione di completezza, con particolare riferimento ai “*Conduct Crimes*”, ai “*Remote Harms*”, agli “*Endangerment Harms or Offences*”, ai “*Crimes of Risk Prevention or Prevention of Harm*”, agli “*Offences Mala Prohibita*” ed infine ai “*Regulatory Offences*”.

Tale breve ricostruzione permetterà in definitiva di analizzare il delitto di manipolazione del mercato e di verificare se, ed in che modo, sia possibile ricondurlo ad una delle categorie analizzate (cfr. § 3.7.).

In linea generale nel sistema anglosassone, l’esempio principale dei reati non consumati (“*nonconsummate crimes*”) e non causativi di “*harm to others*” sono forse i reati preparatori (“*inchoate offences*”). Alla stessa stregua del delitto tentato disciplinato dal codice penale italiano, essi rientrano nella parte generale del diritto penale e pertanto possono essere letti in combinato disposto con ogni fattispecie criminosa.

³¹¹ v. E.S. BINA VINCE, *Crimes of Danger*, in *Wayne Law Review*, 1969, p. 683 ss.

³¹² Così R.A. DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, 2007, p. 151 ss.

³¹³ Cfr. A. ASHWORTH, *The Criminal Law’s Ambivalence About Outcomes*, in R. CRUFT – M.H. KRAMER – M.R. REIFF (edited by), *Crime, Punishment, and Responsibility. The jurisprudence of Antony Duff*, Oxford University Press, 2011, p. 165.

³¹⁴ A.P. SIMESTER – A. VON HIRSH, *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Hart publishing, 2014, p. 75 ss.

³¹⁵ P. WESTEN, *The Ontological Problem of “Risk” and “Endangerment” in Criminal Law*, in R.A. DUFF- S.P. GREEN, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, p. 305 ss.

Un'altra forma di illeciti non consumati sono i reati di mera condotta (*conduct crimes*), come i reati di possesso; la terza forma sono i reati fondati generalmente sul rischio ("*risk-based crimes*"). Questi ultimi includono un numero crescente di reati che puniscono condotte sulla base del rischio che creano. Essi richiedono tipicamente l'elemento soggettivo della "*recklessness*" o della "*negligence*", ovvero talvolta anche della responsabilità oggettiva (*strict liability*)³¹⁶.

Come vedremo, molte condotte non sono immediatamente dannose ma possono portare ad un danno soltanto in via remota. Questa possibilità è un'implicita caratteristica negli "*remote harms offences*". Questi presentano una sfida particolarmente ardua per l'*Harm principle*: molto spesso, infatti, sussistono delle difficoltà nella configurabilità dei "*remote harms*", specialmente quando la loro incriminazione implica l'applicazione di una sanzione ad una terza persona³¹⁷.

Si analizzeranno, poi, gli "*Endangerment harms or offences*", in cui entra in gioco l'elemento del pericolo. Essi consistono nella creazione di un rischio senza che sussista alcuna intenzione di causare un danno effettivo o il rischio di esso. Molti reati di pericolo, tuttavia, non presentano i problemi dei "*remote harms*" e possono essere serenamente ritenuti compatibili con l'*Harm principle*.

Infine, si analizzeranno i "*regulatory offences*", vale a dire gli illeciti quasi-penali con funzione preventiva che regolamentano le attività specialistiche considerate utili per la società. Si tratta di una serie di reati previsti per rinforzare la cornice sanzionatoria già formata dall'applicazione di pene di natura diversa (amministrative o civili). La difficoltà di tale categoria sta proprio nel fatto che alcuni di questi illeciti sono molto gravi, giacché posti a presidio di importanti ambiti pubblici, ma non sono percepiti dalla società come tali, perché tutelano soltanto preventivamente un eventuale "*harm*".

2.6.1. Conduct crimes v. Result Crimes

Nel Regno Unito, generalmente, i reati vengono definiti come "*inchoate*" o "*result-oriented offences*". Il modello "*inchoate*" caratterizza quei reati che puniscono determinate condotte idonee a produrre un dato evento che la legge mira a prevenire. In tali casi il reato è consumato solo perché il soggetto ha posto in essere una condotta

³¹⁶ A. ASHWORTH, *Attempts*, in J. DEIGH-D. DOLINKO, *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, p. 127 ss.

³¹⁷ A.P. SIMESTER- G.R. SULLIVAN, *Criminal Law Theory and Doctrine*, Hart publishing, 2007, p. 588.

idonea a produrre quel dato evento, anche se non si è in concreto realizzato. Per alcuni reati è sufficiente che vi fosse la probabilità di causarlo (“*likely to be caused*”).

L’altro modello, quello dei *result-oriented offences*, richiede viceversa la prova che l’azione del soggetto, realizzata con l’elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie, abbia causato in concreto il risultato dannoso³¹⁸.

Più recentemente è diventato comune suddividere i reati in ‘*conduct*’ and ‘*result offences*’³¹⁹. I “*conduct crimes*” sono i reati in cui solo la condotta illecita vietata necessita di essere provata: nessun danno dev’essere causato. Un esempio è la guida pericolosa (“*dangerous driving*”; s 2 Road Traffic Act 1988) che prevede - in relazione allo “*actus reus*”- che il soggetto sia colpevole quando “*is driving a mechanically propelled vehicle on a road*”. Non c’è bisogno che accada nient’altro, nessuna conseguenza dannosa.

Nei ‘*result crimes*’, viceversa, posto che la conseguenza vietata è elemento costitutivo dello “*actus reus*”, lo specifico danno deve sussistere; il risultato vietato dev’essere realizzato. In relazione ai reati di condotta, non vi sono normalmente problemi con la causalità, dato che l’evento non dev’essere provato. Nei reati di evento, viceversa, l’accusa deve provare anche l’evento vietato³²⁰.

2.6.2. Remote harms

Molta dell’attrattiva dello “*Harm principle*” deriva dall’essere stato applicato ai danni più immediati, dove il limite dello standard previsto dal principio è facilmente soddisfatto³²¹. Invero, quando è applicato alle normali “*victimising conduct*”, lo “*Harm principle*” assolve bene alla sua funzione di limitazione al potere punitivo dello Stato: la normale libertà di azione dei cittadini non è eccessivamente ristretta dall’applicazione della sanzione penale, come nel caso, per esempio, di commissione di violenze o furti. Quanto detto può valere anche per ciò che concerne i più immediati rischi di danno.

Tuttavia, una volta che questo tipo di analisi è estesa ad includere anche i “*remote harms*”, la questione cambia, perché ogni tipo di azione apparentemente

³¹⁸A. ASHWORTH, *Defining Criminal Offences Without Harm*, in P. SMITH (edited by), *Criminal Law: Essays in Honour of J. C. Smith*, Butterworths, 1987, p. 8.

³¹⁹Così anche del diritto penale scozzese, cfr. G.H. GORDON, *The Criminal Law of Scotland*, W. Green – Thomson Reuters, 2017, Vol. I, p. 59.

³²⁰M. JEFFERSON, *Criminal law*, Pearson, 2015, pp. 40-41.

³²¹A.P. SIMESTER – A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, 2011, p. 53.

innocua può in ultima analisi avere delle conseguenze negative. Come risultato di ciò, lo “*Harm principle*” può perdere il suo ruolo di “*Liberty-safeguarding*”³²².

Non è facile identificare condotte che a lungo termine non comportino rischi di danno. Quando il principio è applicato ai danni individuali perpetrati nei confronti di una vittima, l’attribuzione di responsabilità e colpevolezza è relativamente semplice, posto lo stretto legame tra la scelta colpevole del soggetto agente e l’evento dannoso. Quando sono implicati rischi più lontani nel tempo, invece, far rispondere il soggetto per i possibili danni diventa certamente più problematico. In tali circostanze, non è sempre giustificabile la punibilità del soggetto che con la sua condotta ha “causato” le eventuali conseguenze dannose.

La suddetta tematica ha ricevuto una grande attenzione da parte di alcuni studiosi anglosassoni, i quali hanno ritenuto che il modo comune di analisi si debba focalizzare semplicemente sulla probabilità e sull’ampiezza del rischio, nonché sui c.d. limiti compensativi³²³.

Questo approccio è denominato “*Standard Harms Analysis*”. Detto schematicamente tale analisi implica il passaggio fra diversi stadi al fine di poter decidere quando un determinato tipo di rischio soddisfi i requisiti dello “*Harm principle*”.

Innanzitutto, si considera la gravità dell’eventuale rischio e la sua probabilità: maggiori sono la gravità e la probabilità, più forte sarà la necessità di criminalizzazione. In secondo luogo, si procede a confrontare il valore sociale della condotta e il grado di intrusione della sanzione penale nella libera scelta dell’agente: maggiore è il valore sociale della condotta o maggiore la limitazione della libertà, più forte sarebbe il bilanciamento. Infine, è necessario considerare alcuni controlimiti che precludono l’applicazione della sanzione penale. La pena, secondo tale approccio, non dovrebbe ledere, ad esempio il diritto alla privacy o la libertà di espressione.

L’Analisi presa ora in esame, nondimeno, funziona anche laddove si estenda ai “*remote risks*”? Si è detto in proposito quanto segue.

Feinberg, per esempio, raccomanda il suo utilizzo e non suggerisce una distinzione tra le più immeditate e le più remote forme di pericolo³²⁴. Per Simester e

³²² B. E. HARCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1999, p. 109 e ss.

³²³ A.P. SIMESTER – A. Von HIRSCH, *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, 2011, p. 53 -54.

³²⁴ J. FEINBERG, *Harm to others*, cit., ch. 5, 6.

Von Hirsch, invece, l'Analisi non può funzionare da sola: vi è bisogno di un "*Extended Harms Analysis*", contenente più principi, designati per dialogare con gli specifici problemi derivanti dai danni remoti³²⁵.

Ad ogni modo, è necessario comprendere che cosa si intenda per "*Remote Harms*". I "*remote harms*" sono una sottocategoria dei reati "non istituzionali" (*non-constitutive crimes*), in cui il danno potenziale- invocato per giustificare la sanzione - non rientra nella definizione del reato. La definizione di "*remote*" non riguarda letteralmente una distanza spazio-temporale, ma denota i rischi, i quali sono considerati remoti se comportano una possibilità-eventualità di creazione del danno.

Tali reati sono molti e vari. La gamma comprende la maggior parte degli "*inchoate offences*", che vietano agli individui di indurre, cospirare, o tentare di commettere un reato consumato.

Rientrano, inoltre, in tale categoria i reati di pericolo astratto (*abstract endangerment*), i reati indiretti (*mediating interventions*) e le offese seriali (*conjunctive harms*).

Per quanto riguarda i primi, gli "*abstract endangerment*", la legislazione penale tradizionale, quando si tratta di "rischio", si riferisce al pericolo attuale: la fattispecie è definita in termini di creazione di un'ingiustificata probabilità di danneggiare qualcuno. Potrebbero essere incluse condotte il cui rischio dipende dall'eventualità della verifica del danno, ma non è conosciuto o conoscibile *ex ante* al soggetto agente se tale eventualità si verificherà in una data situazione.

Ad ogni modo, le moderne legislazioni criminali affrontano le più remote forme di rischio spesso determinando la loro punizione mediante reati di pericolo astratto; nel senso che coprono i casi di condotte che non provocano un vero e proprio danno. Talvolta viene preferito tale modello perché, nella maggior parte dei casi, il comportamento è pericoloso³²⁶. Si consideri ad esempio il reato di guida in stato di ebbrezza, il quale si riferisce anche a chi è capace di guidare diligentemente dopo avere ingerito il livello di alcol vietato.

Quanto al secondo tipo (i "*mediating interventions*") la legislazione che ha che fare con i rischi remoti potrebbe anche vietare condotte che non hanno conseguenze negative in se per sé ma che si ritiene inducano ad ulteriori azioni (da parte del soggetto

³²⁵ A.P. SIMESTER – A. Von HIRSCH, *op. cit.*, p. 56.

³²⁶ A. Von HIRCH, *Extending the Harm Principle: "Remote Harms" and Fair Imputation*, in A.P. SIMESTER – A.T.H. SMITH, *Harm and Culpability*, Oxford University Press, 1996, p. 263.

agente o di una terza persona), le quali creano un rischio di danno (per esempio, il possesso di armi).

Infine, nei “*conjunctive harms*” rientrano quelle condotte che producono il danno temuto solo quando si combinano con altre azioni simili. Gettare rifiuti in un corso d’acqua è considerato pericoloso per la salute, ma la condotta mette effettivamente in pericolo la salute solo quando si aggiunge ad altre condotte della stessa specie.

Sono questi i c.d. reati cumulativi (o di accumulazione): la condotta di per sé non lede il bene giuridico tutelato, ma, se realizzata anche da altri soggetti, comporta la lesione del bene giuridico³²⁷. La loro rilevanza penale si basa su di una prospettiva apparentemente lontana dalla logica penalistica continentale: cosa accadrebbe se tutti facessero la stessa cosa? *What if everybody did it*³²⁸? Si tratta dei casi in cui la condotta è “*harmless*”, ma se posta in essere da una pluralità di persone, porterebbe alla creazione di un rischio, il quale non è semplice congettura ma consiste in una realtà attuale o imminente.

Dunque, la funzione preventiva del diritto penale può essere interpretata come una concessione dello Stato alla punizione di condotte che creano un rischio di un determinato danno. La condotta può non essere ingiusta/illecita o dannosa in se stessa ma è punita per le conseguenze che potrebbero derivarvi.

Possono essere avanzate due obiezioni alla punizione dei “*remote harms*”. In primo luogo, essi generano un'eccessiva criminalizzazione (*over-criminalisation*), in quanto vietano comportamenti che non sono in sé per sé dannosi³²⁹.

In secondo luogo, il normale nesso di causalità sembra del tutto scollegato dalla responsabilità personale: nei “*mediating interventions*”, ad esempio, se la condotta è punita in vista di ciò che potrebbe portare a compiere altri, l’intervento volontario altrui dovrebbe allievare il soggetto principale dalla colpevolezza penale, e così dovrebbe essere il soggetto che ha posto in essere l’atto volontario ad essere punito.

L’altra obiezione è che la condotta non dannosa in sé per sé non dovrebbe essere punita penalmente, a meno che non sia accompagnata dall’intento di incoraggiare, assistere o commettere un reato. Ad ogni modo, si è optato per la

³²⁷ Si veda, a tal proposito J. SILVA SÁNCHEZ, *L’espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Giuffrè, 2004, p. 94 ss.

³²⁸ J. FEINDBERG, *Harm to others*, cit., p. 225 ss.

³²⁹ A.P. SIMESTER – A. VON HIRSCH, *op. cit.*, p. 70 ss.

criminalizzazione di tali condotte perché necessaria laddove è in causa il benessere delle persone, nei casi in cui potrebbero essere causati enormi danni, se non esistesse alcuna previsione³³⁰.

2.6.3. Endangerment harms or offences

Come visto, il diritto penale italiano – ma non solo- opera una distinzione tra i delitti di pericolo e i delitti di danno. La distinzione tra reati di pericolo e reati di danno nel diritto penale continentale si basa sul presupposto che il diritto penale persegue lo scopo di evitare due tipi di conseguenze indesiderabili: il danno effettivo e il pericolo di danno. Il diritto penale vieta, dunque, non solo comportamenti dannosi, ma anche comportamenti che creano pericolo ai beni giuridici. E questo avviene attraverso due tecniche di incriminazione: la punizione di un tentativo di reato di danno, e la creazione di un reato autonomo di pericolo³³¹.

Viceversa, queste distinzioni sono del tutto trascurate, se non praticamente sconosciute – con le dovute eccezioni- nella dogmatica penalistica angloamericana.

Più in particolare, nella disciplina penale statunitense, la tendenza è quella di ricorrere ai reati di pericolo, senza tuttavia apprezzarne l'ampia portata. E ciò principalmente per due ordini di ragioni.

In primo luogo, dato che il tentativo è punibile solo in relazione ai reati dolosi, una criminalizzazione ulteriore, che ponga in pericolo l'interesse legalmente protetto, sarebbe limitata a più articolate responsabilità.

L'altra difficoltà è pratica. La tecnica legislativa penale statunitense non è caratterizzata né da sistematicità né da completezza di trattamento. La moltitudine dei reati di pericolo è inclassificabile e la vaghezza e la confusione del linguaggio del legislatore aumentano notevolmente le difficoltà.

Come anticipato, nel *Model penal code* americano si rinvengono diversi reati di pericolo, tra i quali alcuni contro la persona, contro l'ordine pubblico o contro la pubblica sicurezza. Al di fuori del codice penale ci sono centinaia di altri reati sparsi tra le leggi complementari, come ad esempio in tema di discriminazione razziale, di immigrazione, pesca, caccia, produzione, stupefacenti e regolamentazione economica ecc.

³³⁰ A. ASHWORTH -J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 38-39.

³³¹ E.S. BINA VINCE, *Crimes of Danger*, in *Wayne Law Review*, 1969, p. 683 ss.

In queste leggi, la tecnica legislativa più comune sembra essere il modello di pericolo. La criminalizzazione dei suddetti reati di pericolo, tuttavia, solleva una serie di importanti questioni di politica criminale.

La questione che suscita maggiore preoccupazione è il numero insolitamente elevato di reati di pericolo negli Stati Uniti, e si può solo prevedere che in futuro aumenteranno. Si è evidenziato che l'indagine sui reati di pericolo rivela anche il problema della sovra-protezione penale, sebbene la maggior parte dei beni giuridici siano già adeguatamente tutelati mediante la punibilità del tentativo dei reati di danno.

Inoltre, in molti dei reati di pericolo, il principio fondamentale di colpevolezza è confuso o addirittura ignorato, giacché la forma di responsabilità più adottata è la responsabilità oggettiva (*strict liability*).

Orbene, una parte della dottrina anglosassone ha proceduto a distinguere gli “*attacks*” dagli “*endangerment*”³³²: essi costituiscono due distinti tipi di reato con diverse strutture interne.

Il primo consiste in un'aggressione di un bene tutelato dalla legge; un'azione strutturata dall'intenzione di danneggiare quel bene, la quale dimostra una concreta ostilità nei confronti dello stesso.

Il secondo consiste nella carenza di un giusto interesse. Non si agisce correttamente nell'evitare, o addirittura nel notare, il pericolo che la propria condotta crea, e ciò crea il rischio di causare un danno verso altri. Il danno qui non è la conseguenza diretta dell'azione, è piuttosto un effetto collaterale (“*side-effect*”) che non si è evitato come si sarebbe dovuto fare³³³. Il pericolo, dunque, consiste nella creazione di rischio senza alcuna intenzione di causare un danno effettivo o il rischio di esso.

L'elemento del pericolo può essere esplicito (“*explicit*”), come ad esempio nel reato di omicidio per guida pericolosa (*offence of causing death by dangerous driving*) o implicito, come nei reati stradali aggravati dall'abuso di alcol e nei reati di possesso (*speeding and drunk offence; offences of possession*). I reati di pericolo esplicito

³³² Così, R.A. DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, 2007, p. 151e ss.

³³³ R.A. DUFF, *Criminalizing Endangerment*, in R.A. DUFF- S.P. GREEN, *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2005, p. 46.

(*explicit endangerment*), invece, hanno molti elementi in comune con i reati di aggressione (*offences of attack*)³³⁴.

Il pericolo è implicito (*implicit endangerment*) quando è punita la condotta - che può essere anche piuttosto lontana dall'effettiva verifica del danno- in ragione della sua potenzialità di causare il danno. In generale, la condotta che pone il rischio di provocare un danno può diventare illecita per uno dei seguenti motivi. In primo luogo, può essere irragionevole per un soggetto correre quel dato rischio; questa è una valutazione che richiede lo stesso esercizio di bilanciamento intrapreso dalla “*Standard Harms Analysis*”.

In alternativa, il comportamento rischioso può essere illecito quando è commesso al fine di danneggiare un altro, almeno nelle circostanze in cui la vittima ha il diritto di non essere danneggiato; il male risiede qui nell'attacco a quel diritto e agli interessi della persona che detiene quel diritto³³⁵.

Molti reati di pericolo non presentano i problemi dei “*remote harms*” e possono essere messi chiaramente all'interno dell'*Harm principle*. Il fatto che il danno finale non si verifichi sempre non è di per sé un'obiezione, poiché, come visto, la “*Standard Harms Analysis*” ha natura probabilistica.

La più grande obiezione che si può porre nei confronti dei reati di pericolo è che essi sono sovra-inclusivi (*over-inclusiveness*), in quanto vietano il comportamento indipendentemente dalle circostanze che lo rendono pericoloso.

È doveroso, dunque, domandarsi quando l'utilizzo di tali reati possa dirsi giustificato per il diritto penale.

Per rispondere a questa domanda, è utile distinguere due tipi di situazioni contingenti. Alcune azioni comportano un rischio reale; in tale caso potremmo definire il pericolo “concreto”, in cui sussiste un equilibrio tra l'entità e la gravità del danno rischiato e il valore del comportamento illecito che genera tale rischio.

Altre condotte coinvolgono un pericolo “astratto”. Si tratta di comportamenti che generano rischi solo se sono presenti determinate circostanze, ma la disposizione si applica anche se tali contingenze sono assenti e il soggetto agente sa della loro assenza. In questi casi non sussiste alcun rischio reale. Ed allora perché i reati di

³³⁴ A. ASHWORTH, *The Criminal Law's Ambivalence About Outcomes*, in R. CRUFT – M.H. KRAMER – M.R. REIFF (edited by), *Crime, Punishment, and Responsibility. The jurisprudence of Antony Duff*, Oxford University Press, 2011, p. 165.

³³⁵ A.P. SIMESTER – A. VON HIRSH, *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Hart publishing, 2014, p. 75 ss.

pericolo astratto sono giustificati? In una certa misura, si tratta di una necessità pratica. La prova della pericolosità di tale comportamento può infatti comportare difficoltà impraticabili e costi eccessivi per richiedere meccanismi di controllo a loro volta indebitamente intrusivi. In tal caso, un reato di pericolo astratto può prevenire in modo migliore il danno rispetto al reato di pericolo concreto.

Inoltre, le formulazioni di pericolo astratto possono fornire ai cittadini una guida specifica volta a fornire le misure appropriate per evitare il rischio di danno. Se, invece, si utilizzasse soltanto il modello di pericolo concreto, gli individui sarebbero costantemente tenuti ad esercitare un giudizio discrezionale sulla presenza o meno delle condizioni di pericolo. In questi casi, una norma preventiva e astratta tutela anche dai pericoli concreti. Tuttavia, è probabile che la regola operi anche al di là di questo, limitando le scelte di coloro che formulano giudizi accurati sui rischi.

Infine, appare utile l'utilizzo delle norme di pericolo astratto poichè forniscono sia "protezione interna", vale a dire protezione dei membri del gruppo la cui condotta è regolamentata (cioè un limite di velocità o una regola di guida in stato di ebbrezza) sia "protezione esterna", ossia protezione delle altre persone contro i danni (ad es. divieto di inquinamento industriale). Le norme interne ed esterne in materia di rischi costituiscono, in sostanza, un sistema di protezione reciproca: tutti i partecipanti hanno interesse all'efficacia del sistema.

2.6.4. Crimes of Risk Prevention or Prevention of Harm

I termini "rischio" e "pericolo" sono spesso utilizzati come sinonimi nel linguaggio comune ed entrambi possiedono, tra i possibili significati, la possibilità di "perdita o infortunio"³³⁶.

"Pericolo" e "rischio" sono spesso utilizzati in modo intercambiabile anche nel diritto penale anglosassone³³⁷. Si confrontino ad esempio i reati di "*reckless burning*" nel "*Model Penal Code*" (sezione 221.1 (2)) e di "*felonious restraint*" (sezione 212.2). Il primo reato punisce chi intenzionalmente appicca un fuoco, mettendolo un'altra persona in pericolo di lesioni fisiche. Il secondo punisce chi consapevolmente trattiene un altro illegalmente in circostanze che lo espongono al rischio di gravi lesioni corporali. Nel primo si parla di "*danger*" di lesioni corporali, mentre nel secondo di

³³⁶Vedi, *Oxford English Dictionary*, 1989, p. 240-241; p. 987-988.

³³⁷ P. WESTEN, *The Ontological Problem of "Risk" and "Endangerment" in Criminal Law*, in R.A. DUFF- S.P. GREEN, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, p. 305 ss.

“*risk*” di lesioni corporali gravi, ma ciascuno di essi manterrebbe lo stesso significato se tali termini fossero scambiati.

Tuttavia, anche se il pericolo e il rischio possono essere sinonimi, il rischio presenta connotazioni aggiuntive utili nella definizione di una disposizione incriminatrice. Invero, il sostantivo “rischio” si riferisce tipicamente alle probabilità di danno dal punto di vista del soggetto agente. Così, quando si dice che il soggetto “ha rischiato” o “ha corso il rischio” può significare che egli riteneva, dal canto suo, che la probabilità del danno esistesse, anche se in realtà non esisteva alcun rischio.

Poiché i reati di prevenzione dei rischi sono reati tentati (*inchoate offences*), è importante riprendere e chiarire la distinzione tra reati tentati e reati consumati³³⁸.

Il reato è consumato se ogni condotta suscettibile nella fattispecie tipica del reato produce un danno. Un reato tentato, invece, vieta un comportamento che non provoca danni in ogni occasione in cui viene commesso. Più precisamente, alcune condotte vietate da un reato tentato non producono un danno. Tali reati sono previsti per ridurre il rischio che si verifichi un danno finale.

Quest’ultimo è il modello dei “*crimes of risk prevention*”.

In contrasto con la categorizzazione di Duff, Husak ritiene che un reato di prevenzione dei rischi sia esplicito quando individua specificamente il danno finale da prevenire. I reati impliciti di prevenzione del rischio, al contrario, sono quei reati che non menzionano il danno finale da prevenire.

Consentire reati di prevenzione dei rischi nel diritto penale anglosassone, tuttavia, ha il potenziale di ampliare in modo esponenziale il campo di intervento dell'autorità statale. Diversi reati che sembrano incompatibili con il principio di *extrema ratio* del diritto penale, potrebbero essere giustificati se concepiti per ridurre il rischio di danno piuttosto che il danno stesso.

Come riformare il diritto penale sostanziale per evitare un’espansione eccessiva? In primo luogo, si potrebbe garantire che gli stessi individui la cui condotta è vietata siano gli stessi che pongono elevati rischi di danno, come ad esempio le società. Un secondo approccio richiederebbe di includere termini, quali “senza giustificato motivo” o “pericoloso”, per assicurare che sia stato causato un rischio effettivo di danno.

³³⁸ D. HUSAK, *Overcriminalization. The limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, p. 159ss.

Husak, tuttavia, preferisce, una terza strada, consistente nel disciplinare solo quei reati di prevenzione dei rischi che abbiano il requisito del dolo o della colpa rispetto al danno finale da prevenire.

Si è inoltre argomentato che una teoria della criminalizzazione volta a limitare la proliferazione dei reati di prevenzione dei rischi dovrebbe comprendere quattro vincoli. In primo luogo, il requisito della concretezza del rischio: tali reati sono giustificati solo se sono concepiti per ridurre un rischio effettivo. In secondo luogo, il requisito della prevenzione: il divieto penale è giustificato solo se diminuisce effettivamente la probabilità del danno finale. In terzo luogo, il requisito del danno consumato: un reato volto a prevenire il rischio di danno è giustificato solo quando sarebbe giustificata una disposizione che punisce una condotta che provoca deliberatamente e direttamente quello stesso danno. Infine, il requisito della colpevolezza: un reato previsto per ridurre il rischio di un danno finale è giustificato solo quando gli imputati agiscono in modo colpevole rispetto al danno finale posto a rischio.

Punto focale è che nel perseguire questo obiettivo preventivo lo Stato ha una vasta gamma di branche del diritto e di tecniche legislative tra cui scegliere: tra le principali, il diritto privato, il diritto sanzionatorio e il diritto penale. Il ricorso al diritto penale, piuttosto che a un altro, è una decisione che deve pertanto essere giustificata in modo indipendente³³⁹.

2.6.5. I “Mala Prohibita Offences” e la nascita dei “Regulatory Offences”

Gli illeciti “*mala prohibita*” sono reati di pura creazione legislativa, a differenza dei c.d. delitti naturali, i “*mala in se*”, ossia norme penali che ricalcano consolidate norme etico-sociali³⁴⁰.

Tale distinzione sembra ricalcare quella proposta da Aristotele nella sua “Etica Nicomachea” fra il “naturale” ed il “giuridico”: «Il naturale: ciò che ha dappertutto la

³³⁹ A. ASHWORTH- L. ZEDNER, *Just Prevention: Preventive Rationales and The Limits of the Criminal Law*, in R.A. DUFF- S.P. GREEN, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, p. 281.

³⁴⁰ G. MARINUCCI -E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001, p. 424; J. HALL, *Prolegomena to a Science of Criminal Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1941, pp. 549-580.

stessa forza e non esiste perché gli uomini pensino questo o quello; il giuridico: ciò che è originariamente indifferente, una volta che sia disposto»³⁴¹.

Dunque, la distinzione tradizionale tra “*mala in se*” e “*mala prohibita*” è tra reati consistenti in condotte ingiuste anteriormente e indipendentemente dalla disposizione normativa e reati consistenti in condotte ingiuste solo perché proibite dalla legge³⁴².

Tale distinzione non può essere accolta in una teoria del diritto positivo. Essa è un elemento tipico della dottrina giusnaturalistica, come quella anglosassone. Tale dicotomia è stata anzi fortemente criticata da Hans Kelsen, il quale ha affermato che: «non vi sono *mala in se*, ma solo *mala prohibita*, poiché un comportamento è un *malum* soltanto se è *prohibitum*. Ciò non è che la conseguenza dei principi generalmente accettati nella teoria del diritto penale: *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege*; nessuna sanzione senza una norma che la disponga, nessun illecito senza una norma giuridica che lo determini»³⁴³.

La maggior parte degli autori che ritiene lo stato di ingiustizia una *condicio sine qua non* della criminalizzazione pone il seguente problema: come è possibile giustificare la punizione di condotte che non sono già, prima della legislazione, ingiuste?

Il problema è rilevante perché non concerne solo una piccola porzione dell’area del diritto penale: nei sistemi penali contemporanei la maggior parte dei reati rientra in tale categoria.

Wellman affronta tale problema, affermando che la punizione dipende dal fatto che è possibile essere perseguiti penalmente solo se si è perso il diritto di non essere sottoposti ad un grave trattamento penale, e che si perde tale diritto violando il diritto di un altro³⁴⁴. Ma quali diritti sono violati da un reato “*malum prohibitum*”? Wellman risponde che commettendo un tale reato si danneggia il diritto degli altri consociati, verso i quali si ha il dovere di obbedire alla legge. Pertanto, in tal caso, è possibile essere puniti per tali condotte.

³⁴¹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1134 b.

³⁴² C.H. WELLMAN, *Rights Forfeiture and Mala Prohibita*, in R.A. DUFF – L. FARMER – S.E. MARSHALL – M. RENZO – V. TADROS, *The Constitution of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, p. 77 ss.

³⁴³ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, 2009, p. 53.

³⁴⁴ C.H. WELLMAN, *The Rights Forfeiture Theory of Punishment*, in *Ethics*, 2012, p. 122.

Nei “*mala prohibita offences*” di stampo anglosassone il soggetto è perseguito penalmente semplicemente perché ha posto in essere la condotta vietata dalla legge. Tali reati non richiedono invece la “*mens rea*” in relazione agli elementi costitutivi del reato, bensì appare sufficiente la sussistenza della mera responsabilità oggettiva (*strict liability*)³⁴⁵.

Sebbene si affermi che la responsabilità oggettiva sia una forma eccezionale di responsabilità, in realtà è stato calcolato che oltre la metà dei reati giudicati dalla “*Crown Court*” non richiede la prova dell’elemento soggettivo³⁴⁶. Generalmente i soggetti imputati per un reato “*mala prohibita*” non viene considerato come un criminale. Vi è da sottolineare, tuttavia, che la *strict liability* è prevista anche nei reati definiti “*mala in se*”³⁴⁷.

Il caso giurisprudenziale *Woodrow case*³⁴⁸ - considerato generalmente come la prima sentenza riguardante un reato disciplinato dalla *statute law* (e non dalla *common law*) - esemplifica l’orientamento secondo il quale i reati a responsabilità oggettiva formano una sorta di diritto penale amministrativo (“*administrative criminal law*”).

Seguendo tale approccio, gli “*strict offences*” non sono reati classici, quali l’omicidio, ma fanno parte di un sistema regolatorio, il cui scopo è la regolamentazione delle attività per il bene pubblico. Ecco perché spesso tali reati sono chiamati “*regulatory offences*”³⁴⁹. Questi ultimi consistono in disposizioni penali che criminalizzano il compimento di un atto proibito, soggetto a regolamentazione, il quale non sarebbe ritenuto di particolare illiceità morale, al di fuori della proibizione dello stesso. Ecco perché essi possono essere plausibilmente caratterizzati come “*mala quia prohibita*”³⁵⁰.

I reati puniti per responsabilità oggettiva subiscono forti critiche in ragione del fatto che un soggetto è processato penalmente anche se non ha conoscenza delle circostanze che rendono la sua condotta illegittima.

Tuttavia, tale modello di illecito è giustificato per una serie di ragioni. In primo luogo, i reati a responsabilità oggettiva proteggono il bene pubblico, trovando spesso

³⁴⁵ J. HERRING, *Criminal Law*, Palgrave, 2017, p. 81 ss.

³⁴⁶ A. ASHWORTH – M. BLAKE, *The Presumption of Innocence in English Criminal Law*, in *Criminal Law Review*, 1996, p. 306.

³⁴⁷ R. CARD – J. MOLLOY, *Card, Cross & Jones criminal law*, Oxford University Press, 2016, p. 126.

³⁴⁸ *Woodrow* [1846] 153 ER 907.

³⁴⁹ M. JEFFERSON, *Criminal Law*, Pearson, 2015, p. 127.

³⁵⁰ S.P. GREEN, *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, Università Bocconi editore Paperback, 2014, p. 299.

applicazione in “*statutes*” (come ad esempio in tema di prevenzione dell’inquinamento ambientale). In secondo luogo, negli “*strict liability offences*” è più facile la prova per il Pubblico ministero: non vi è bisogno di provare l’elemento soggettivo, la “*mens rea*”, dell’imputato³⁵¹. Infine, la responsabilità oggettiva può essere giustificata in ragione del fatto che i reati puniti a tale titolo sono sia illeciti sanzionatori (“*regulatory offences*”) sia illeciti penali classici. Nel caso *Sherras v De Rutzen*³⁵², si faceva riferimento a tali reati come atti che “*are not criminal in any real sense but acts which in the public interest are prohibited under a penalty*”. Ad ogni modo, sembra non sussistere alcun criterio oggettivo in grado di differenziare i “veri reati” (mala in se) dagli illeciti sanzionatori (mala prohibita): i reati a responsabilità oggettiva tendono ad essere percepiti come “regolatori” piuttosto che “penali”, poiché spesso commessi senza colpa³⁵³.

Tale supposta distinzione- tra illeciti regolatori e penali - non ha conseguenze pratiche in relazione né al processo né alla pena. Tuttavia, per alcuni dei “*regulatory offences*” l’azione penale è esercitata da un’agenzia governativa e non dal “*Crown Prosecution Service*”. E ciò può essere significativo, in quanto alcune agenzie di regolamentazione raramente decidono di perseguire penalmente, ma preferiscono piuttosto fare affidamento sulla negoziazione per far rispettare la legge.

Nel Regno Unito, l’utilizzo del diritto penale sanzionatorio può essere fatto risalire al primo sviluppo del sistema industriale nel XIX secolo, grazie all’espansione delle attività industriali e commerciali. La regolamentazione di tali attività era quindi affidata alle corti di giustizia locali (*local magistrates’ courts*), le quali possedevano sia funzioni giudiziarie sia funzione regolatorie, non esistendo ancora le agenzie specializzate o i tribunali³⁵⁴.

Come detto, nel diritto inglese odierno non è delineata una netta divisione tra “*crimes*” e altri “*regulatory offences*”³⁵⁵: anzi la Commissione chiamata a redigere un report su tale materia ha sottolineato l’inutilità di tale tentativo definitorio³⁵⁶.

³⁵¹ È da notare che nella maggior parte dei reati puniti a titolo di responsabilità oggettiva, l’imputato è una società.

³⁵² *Sherras v De Rutzen* [1895] 1 QB 918.

³⁵³ J. HERRING, *Criminal Law*, Palgrave, 2017, p. 81 e ss.

³⁵⁴ Così G.R. SULLIVAN, *Strict Liability and the European Convention on Human Rights*, in A.P. SIMESTER, *Appraising Strict Liability*, Oxford University Press, 2005, p. 201.

³⁵⁵ In generale sull’argomento, A. ASHWORTH, *United Kingdom*, in K.J. HELLER – M.D. DUBBER (edited by), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford University Press, 2011, p. 552-553.

³⁵⁶ The Law Commission, *Criminal Liability in Regulatory Contexts: A Consultation Paper*, Consultation Paper n. 195, in www.lawcom.gov.uk/project/criminal-liability-in-regulatory-contexts/, 2010, para 1.17.

La distinzione tra illeciti penali e sanzionatori è stata invece ricercata in dottrina, e segnatamente si è evidenziato come la regolazione riguarda un controllo sulle attività valutate dalla comunità come distinte dal tradizionale diritto penale (“*mainstream criminal law*”)³⁵⁷.

Alla base di tale orientamento risiede l’idea secondo cui la prevenzione dei danni è l’obiettivo principale di politica sociale di un Paese e il diritto penale è considerato uno degli strumenti attraverso cui è possibile raggiungerla. Pertanto, gli illeciti penali dovrebbero essere utilizzati quando risultino efficienti, mentre dovrebbero essere sostituiti da altri illeciti quando ciò non è economicamente vantaggioso. Si evidenzia l’idea di una regolamentazione efficiente, nel senso che abbia a che fare con i diversi contesti in cui le agenzie regolatorie devono operare.

A parere di Ashworth, il diritto penale pone al primo posto la sua funzione repressiva, funzione pubblica che produce gravi conseguenze per i cittadini e che dovrebbe essere esercitata nel più giusto e non discriminatorio modo possibile. In linea di principio, la prevenzione dei danni dovrebbe essere perseguita attraverso una gamma di iniziative di politica sociale, criminale e ambientale. In pratica, tuttavia, esistono ordinamenti che sovrastimano l’efficacia preventiva del diritto penale ovvero trascurano deliberatamente le potenzialità della prevenzione in favore della creazione di nuovi reati “simbolici”. L’obiettivo dovrebbe essere la produzione di un diritto penale che preveda illeciti gravi e soltanto questi, applicandoli equamente e in maniera proporzionata³⁵⁸. Si è detto a tal proposito che molta della recente espansione del diritto penale è dovuta proprio alla sempre più crescente previsione di “*regulatory offences*”: si sta assistendo al già citato problema della “*overcriminalization*”³⁵⁹.

Ma in cosa consiste il diritto penale sanzionatorio anglosassone?

Un “*regulatory offence*” consiste in un illecito penale che ha a che fare con forme di attività specialistiche piuttosto che con la regolamentazione delle più generali relazioni interpersonali. Si tratta di una serie di reati previsti per rinforzare la cornice sanzionatoria già formata dall’applicazione di pene di natura diversa (amministrative o civili).

³⁵⁷ P. SELZNICK, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in R. NOLL (edited by), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press, 1985, p. 363.

³⁵⁸ A. ASHWORTH, *Is the Criminal Law a Lost Cause?*, in *Law Quarterly Review*, 2000, pp. 249-250.

³⁵⁹ D. N. HUSAK, *Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Law*, in S. SHUTE – A.P. SIMESTER (edited by), *Criminal Law Theory. Doctrines of the general part*, Oxford University Press, 2005, p. 20 ss.

La difficoltà di questa categoria sta proprio nel fatto che alcuni di questi illeciti hanno una valenza molto grave giacché posti a presidio di importanti ambiti pubblici, quali la protezione dell'ambiente o la salute e la sicurezza degli alimenti³⁶⁰.

La categoria dei “*regulatory offences*” non è chiusa ma questi possono condividere alcune caratteristiche con altri reati. I *regulatory offences* hanno, se non tutte, la maggior parte delle seguenti caratteristiche.

Innanzitutto, sono esclusivamente disciplinati dalla legislazione (*statutes*) per regolare una vasta area di attività; secondariamente, non sono norme essenzialmente penali, ma vengono considerate “quasi- penali” (“quasi-crime”); infine, le indagini e i processi sono svolti principalmente da specialisti, soprattutto da agenzie.

Alle sovresposte caratteristiche, se ne possono aggiungere di ulteriori: molti “*regulatory offences*” sono reati omissivi; alcuni sono reati che puniscono chi fornisce false informazioni (“*offences of giving false information*”); vi sono anche alcuni reati di ostruzionismo; alcuni reati pongono l'onere della prova della “*defence*” a carico dell'imputato: se egli può provare che il danno è stato causato in presenza di una causa di esclusione della punibilità sarà assolto.

La conseguenza principale nel far rientrare tali reati all'interno dell'ambito penale risiede nel fatto che le molte regole e procedure in tema di prova applicabili per l'accertamento dei reati “classici” sono estesi anche ai reati “*regulatory*”. La maggior parte dei processi ricade nell'ambito dei “*Magistrates' court*” piuttosto che della “*Crown Court*”³⁶¹. Nei *regulatory offences* è richiesta l'espressa previsione nella legge del riferimento all'elemento psicologico prima che possa essere imputato l'elemento della “*mens rea*”; mentre negli illeciti penali questa può anche essere presunta. In mancanza di tale espressa previsione, i reati regolatori saranno, come nella maggior parte dei casi sono, di “*strict liability*”³⁶², per cui è prevista ad ogni modo in capo all'imputato la possibilità, al fine di mitigare sostanzialmente la rigidità della “*strict liability*”, di provare la sussistenza di una “*defence*”³⁶³.

³⁶⁰ Sul tema si veda R- WILLIAMS, *Criminal Law in England and Wales. Just Another Form of Regulatory Toll?*, in M. DYSON – B. VOGEL (edited by), *The Limits of Criminal Law. Anglo-German Concepts and Principles*, Intersentia, 2018, p. 209.

³⁶¹ C. ANDREWS, *The Enforcement of Regulatory Offences*, Sweet & Maxwell, 1998, pp. 3-4.

³⁶² C. ANDREWS, *The Enforcement of Regulatory Offences*, Sweet & Maxwell, 1998, p. 103.

³⁶³ A.P. SIMESTER- G.R. SULLIVAN, *Criminal Law. Theory and Doctrine*, Hart Publishing, 2007, pp. 10-11.

2.6.5.1. Similitudini e differenze con il diritto penale sanzionatorio italiano

Come visto, la contrapposizione tra “*mala in se*” e “*mala quia prohibita*” ha dominato la dottrina ottocentesca di impronta giusnaturalistica. Tale contrapposizione si fondava appunto sul criterio distintivo tra i primi, dati da quelle “azioni che in ogni tempo e in ogni luogo vengono repute come delitti, e che il senso morale e la retta coscienza come tali riprovano”, e i secondi, consistenti nelle “azioni che le speciali circostanze di un popolo esigono di vietare per la comune sicurezza”³⁶⁴.

E tale distinzione è all’origine, nell’Ottocento, dell’ulteriore distinzione dei reati in due grandi categorie: i delitti e le contravvenzioni. Dalla distinzione c.d. qualitativa delle contravvenzioni rispetto ai delitti, fondata sulla natura preventiva e specializzata dei primi e da cui si traggono le regole peculiari della loro applicazione (assenza del dolo e della colpa, inammissibilità del tentativo, competenza del giudice amministrativo), si passa in seguito al criterio discrezionale, propugnato dalla scuola positiva, basato sulla gravità del reato³⁶⁵. Le contravvenzioni, dunque, con la giurisdizionalizzazione -avvenuta con la l. n. 2248, all. E del 1865- che attribuisce la relativa competenza al giudice ordinario, vengono trasformati in illeciti penali. Verso l’inizio del secolo XX, si manifesta un orientamento -di cui i più fervidi sostenitori sono Goldschmidt in Germania e Raggi in Italia- favorevole a scorporare nuovamente le contravvenzioni dall’area penale per ricondurle in quella del diritto amministrativo: nasce così il nuovo “diritto penale amministrativo” (*Verwaltungsstrafrecht*).

Si è affermato, in passato, che il concetto di diritto punitivo debba configurarsi come un sistema repressivo modulato, ma unitario, che può suddividersi in: diritto penale in senso stretto, diritto amministrativo-penale e diritto amministrativo punitivo³⁶⁶. Del primo fanno parte le norme penali “classiche” che comminano pene detentive o pecuniarie (ergastolo, reclusione, arresto, multa e ammenda) come sanzioni da applicarsi dal giudice penale; il secondo comprende le norme amministrative per illeciti decriminalizzati o per illeciti disciplinati dalla legge in base a criteri di analogia con i reati; la terza, infine, ha carattere residuale e di essa fanno parte le disposizioni

³⁶⁴ G.D. ROMAGNOSI, *Osservazioni sulla Dissertazione del signor Avvocato Massa di Mentone, intitolata: Della legislazione criminale*, in *Opere edite ed inedite di G.D. Romagnosi sul diritto penale*, a cura di De Giorgi, I parte, 1841, p. 483.

³⁶⁵ T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985, p. 429 ss.

³⁶⁶ P. NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione italiana*, in *Ind. Pen.*, 1982, p. 80.

amministrative che prevedono sanzioni punitive diverse da quelle previste dal sistema penale in senso stretto.

Tale categorizzazione definitoria, tuttavia, risulta oggi desueta.

All'interno del *genus* del diritto punitivo sta sempre più richiamando l'attenzione della scienza penale quello che oggi viene definito il diritto penale amministrativo: quel complesso di norme soggette a sanzioni extrapenali aventi carattere punitivo, come ad esempio le pene pecuniarie delle leggi finanziarie o amministrative³⁶⁷. In alcune branche del diritto italiano, come ad esempio la materia finanziaria, si è costruito un sistema che vede la coesistenza di disposizioni penali-criminali e disposizioni amministrative-punitive³⁶⁸.

Quest'ultima categoria può essere fatta rientrare nell'elaborazione della dottrina penalistica che le denominava "sanzioni punitive", consistente nella violazione di un precetto incentrato sulla funzione di prevenzione generale³⁶⁹. Tuttavia, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 689 del 1981, la quale ha compiuto una procedimentalizzazione dell'illecito amministrativo estendendovi anche importanti principi (v. principio di legalità, tassatività e irretroattività), si è arrivati alla configurazione di un diritto punitivo che poggia su di una nuova nozione di pena, quale conseguenza afflittiva che la legge prevede per un comportamento disapprovato dal diritto³⁷⁰.

Secondo una nozione specifica e più ristretta, dunque, per "sanzione amministrativa" si deve intendere innanzitutto "una pena in senso tecnico" che non può essere equiparata a strumenti volti a ripristinare gli interessi lesi dall'infrazione³⁷¹.

Secondo Paliero e Travi il modello penale amministrativo è uno strumento di controllo sociale, orientato teleologicamente alla prevenzione generale e speciale e in raccordo con altri strumenti di tutela dei beni giuridici, quali *in primis* il sistema

³⁶⁷ Sul diritto penale amministrativo si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2017, p. 949 ss.

³⁶⁸ In generale, sul tema vedi, C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985; C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1021 ss.; nel diritto penale dell'economia, in particolare, cfr. A. DE VITA, *La "crisi di razionalità" dell'opzione punitiva nel diritto penale dell'economia*, in G. AMARELLI- M. D'ALESSANDRO – A. DE VITA, *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: decriminalizzazione e problemi di effettività*, Jovene editore, 2002, p. 57 ss.

³⁶⁹ F. GRISPIGNI, *La sanzione criminale nel moderno diritto repressivo*, in *Scuola pos.*, 1920, p. 398.

³⁷⁰ P. NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione italiana*, cit., p. 79.

³⁷¹ Così G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca, 1924, p. 2 ss.

penale³⁷². Proprio rispetto a quest'ultimo, la differenza non risiede nei fini perseguiti, costituiti dalla prevenzione generale e speciale, ma nella gamma degli interessi tutelati e nel grado di tutela apprestata: protezione esclusiva e diretta degli interessi strumentali, non meritevoli di tutela penale per il principio di sussidiarietà; protezione indiretta e anticipata alla soglia del pericolo dei beni giuridici classici in funzione sinergica rispetto al diritto penale.

Il primo aspetto, di omologia dei fini, può essere ricavato direttamente dall'art. 9 della l. n. 689 del 1981, il quale regola il concorso tra illeciti penali e illeciti amministrativi con il principio di specialità. Se il legislatore, invero, non avesse voluto assegnare alle sanzioni la medesima finalità avrebbe dovuto ipotizzare il cumulo tra le diverse sanzioni. Mentre, in caso di concorso di norme tra l'illecito penale e l'illecito amministrativo di natura omogena, stante la medesima finalità, impone il rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale, in base al quale nessuno può essere punito più volte per il medesimo fatto. In particolare, l'illecito amministrativo istituito dalla legge n. 689 rispetto al reato non si pone come un *aliud*, ma piuttosto come una variante "minore": si tratta di due distinte gradazioni di una comune qualificazione di "antigiuridicità", espressione dell'offesa di interessi oggettivamente tutelati³⁷³.

Se, viceversa, il concorso tra illecito amministrativo ed illecito penale è di natura eterogenea, con diversa finalità delle rispettive sanzioni, in virtù del principio della integrale valutazione giuridica del fatto, entrambe le disposizioni dovranno trovare applicazione non esauendo nessuna delle due l'intero disvalore del fatto. Ad esempio, la presenza mista di illeciti penali ed illeciti amministrativi (c.d. doppio binario sanzionatorio) è rinvenibile in materia di circolazione stradale³⁷⁴, in materia tributaria e in materia di abusi di mercato³⁷⁵.

Differente invece è il concetto di diritto penale sanzionatorio. Si tratta di un ambito del diritto penale in cui le norme incriminatrici sono costruite come appendici sanzionatorie di complessi di precetti e procedure amministrative (c.d. funzione sanzionatoria del diritto penale rispetto al diritto amministrativo). Ciò vale, ad esempio, in materia penale ambientale per l'immissione di acque reflue senza

³⁷² C.E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, 1988, p. 307 ss.

³⁷³ C. PEDRAZZI, *L'illecito penale amministrativo. Relazione di sintesi*, in Idem, *Diritto penale*, Vol. I, Giuffrè, 2003, p. 516.

³⁷⁴ In tema cfr. V. MUSACCHIO, *Diritto penale della circolazione stradale*, Utet, 2007, pp. 4-5.

³⁷⁵ V. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018, p. 354 ss.

autorizzazione amministrativa³⁷⁶ ovvero, in materia edilizia, per la costruzione senza concessione³⁷⁷.

In dottrina, si è sottolineato che nel diritto penale italiano è in corso un grave processo di decodificazione: la collocazione di una certa disciplina al di fuori del codice implica, e ne è al contempo sintomo, un ruolo meramente sanzionatorio della norma penale rispetto alla disciplina extra-penale.

Si suole dire, infatti, che in alcuni settori di diritto penale c.d. complementare, come in quello ambientale, il diritto penale sia accessorio al diritto amministrativo, in quanto le fattispecie incriminatrici maggiormente utilizzate rinviano ad atti amministrativi³⁷⁸. In questa materia, ad esempio, il legislatore ha scelto un modello di incriminazione che affida alla sanzione penale una funzione subordinata e ancillare: essa è posta prevalentemente a tutela del momento autorizzativo o del provvedimento amministrativo. È stata quindi affidata alla pubblica amministrazione la gestione degli interessi in conflitto, mentre il giudice penale interviene solo in seconda battuta, applicando sanzioni volte a tutelare le modalità legalmente prescritte per la soluzione del conflitto³⁷⁹.

Del resto, è la stessa espansione di nuovi beni c.d. ad ampio raggio o superindividuali che crea l'esigenza di ricorrere a forme integrate di tutela (amministrativo-penale), dovute all'esistenza di rapporti conflittuali fra interessi di diversa natura³⁸⁰. La pubblica amministrazione è chiamata ad esercitare sia funzioni di controllo, per mezzo di organi tecnici che disciplinano i rischi insiti nell'esercizio di determinate attività socialmente rilevanti, ma potenzialmente lesive; sia funzioni compositive, attraverso le quali le autorità competenti tentano di bilanciare una pluralità di interessi, tutti meritevoli di tutela³⁸¹.

Conseguenza di tale fenomeno è che l'impiego della norma penale non risponde più al criterio di *extrema ratio* cui il legislatore dovrebbe attenersi nelle scelte di politica criminale, bensì si assiste ad una penalizzazione a tappeto di qualsivoglia

³⁷⁶ In proposito v. C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, 2013, p. 13 ss.

³⁷⁷ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, 2002, p. 27 ss.

³⁷⁸ G. DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 64.

³⁷⁹ T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 958.

³⁸⁰ Sul punto cfr. R. BAJNO, *Ambiente (tutela dell') nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, 1987, p. 128.

³⁸¹ Così C. BERNASCONI, *Il reato ambientale*, cit., pp. 23-24.

violazione con il conseguente proliferare di fattispecie a carattere sanzionatorio³⁸². A favore, viceversa, di tale tendenza risiede l'idea che il diritto penale non presidia un territorio autonomo di intervento, ma le sfere di attività che esso regola sono le stesse del diritto civile, commerciale, amministrativo ecc. Accade pertanto assai spesso che il diritto penale condivide con altre branche del diritto gli stessi fenomeni sociali, ma non per questo deve considerarsi puramente sanzionatorio né la funzione della pena è di semplice supporto alle altre tipologie di sanzione³⁸³.

Ed allora, per gli interessi diffusi, aventi carattere generale e generico, il livello fondamentale di tutela passa per la loro concretizzazione in modelli positivi di controllo delle attività relative a tali interessi. Sotto tale profilo, lo strumento penale appare inidoneo a determinare la qualità del modello, ma può concorrere ad assicurarne la tenuta, come sanzione “di chiusura”, se ciò appare necessario a reprimere condotte incompatibili con il modello programmato³⁸⁴.

Orbene, proprio i reati a c.d. funzione sanzionatoria appaiono possedere diversi punti di contatto con la disciplina anglosassone dei “*regulatory offences*”. Anche qui, invero, si tratta di disposizioni penali contenute a chiusura di un insieme di disposizioni concernenti una data materia (diversa dal diritto penale), le quali prevedono una sanzione se non si è tenuto una condotta conforme alle previsioni ivi disciplinate. Tuttavia, ciò che differenzia maggiormente le due categorie risiede nel fatto che per i “*regulatory offences*” la Pubblica accusa deciderà, nel caso concreto, se perseguire penalmente le condotte illecite, irrogando dunque una sanzione penale, ovvero instaurare un processo amministrativo o civile, irrogando la diversa sanzione corrispondente.

³⁸² T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, il Mulino, 1991, pp. 31-33.

³⁸³ C. PEDRAZZI, *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, in Idem, *Diritto penale*, Vol. I, Giuffrè, 2003, p. 192 ss.

³⁸⁴ D. PULITANÓ, *La formulazione della fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del CRS, Franco Angeli, 1987, p. 38.

CAPITOLO TERZO

IL MODELLO DI PERICOLO NEI C.D. MARKET ABUSE

3.1. Il regime eurounitario degli abusi di mercato

La regolamentazione dei “*Market Abuse*” ha una lunga storia nell’Unione europea. Si evidenziava da tempo, invero, l’esigenza di evitare una frammentazione del mercato dovuta allo sfruttamento di asimmetrie informative o di comportamenti che provocano distorsioni informative³⁸⁵. Se in un mercato finanziario si diffonde l’idea che alcuni operatori posseggono più informazioni di altri, gli operatori che ricevono le informazioni meno complete sono disincentivati dal partecipare agli scambi, con gli evidenti effetti negativi sulla crescita del mercato stesso.

L’adozione di regole volte ad imporre la pubblicità delle informazioni rilevanti presuppone l’adesione ad una forma di efficienza che implica una valutazione normativa secondo cui solo le informazioni di pubblico dominio influiscono sulla formazione del prezzo³⁸⁶. L’attenzione è dunque incentrata sui meccanismi di mercato che, in presenza di un adeguato livello di informazione, possono portare a risultati soddisfacenti in relazione alla fissazione del prezzo, contribuendo in ultima analisi alla realizzazione dell’efficienza allocativa del mercato stesso. In tale ottica, appare chiara la caratteristica della “impersonalità” propria dell’informazione al mercato finanziario: l’informazione è dovuta al mercato nel suo complesso, mentre non rilevano direttamente per la singola transazione e l’imposizione del relativo obbligo non è volto al superamento di un’asimmetria informativa tra le due parti contrattuali.

Mentre il mercato nel suo insieme è diventato più efficiente a causa della rapida e libera trasmissione delle informazioni, i casi di irrazionalità nel mercato sono divenuti più comuni, o almeno così sembrano essere. Invero, il mercato nel suo insieme o il prezzo di una singola azione possono agire in modo insolito o addirittura irrazionale, creando ad esempio delle “bolle speculative”. Una bolla speculativa si verifica quando il prezzo di mercato di un’azione inizia a scostarsi dal suo valore intrinseco e ciò può avvenire gradualmente o meno. Lo scoppio della bolla, tuttavia, di solito avviene molto rapidamente, nel momento in cui il prezzo di mercato di una

³⁸⁵ M. SEPE, *Abusi di mercato*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Wolters Kluwer- Cedam, 2015, p. 765 ss.

³⁸⁶ Si veda, L. PICARDI, *Mercato finanziario e profili di responsabilità da omesse o inesatte informazioni*, in M. RISPOLI FARINA – A. SCIARRONE ALIBRANDI- E. TONELLI (a cura di), *Regole e mercato*, tomo II, Giappichelli, 2017, pp. 136-137.

borsa ritorna al suo valore intrinseco ovvero al di sotto di esso. Tale fenomeno è ormai ben noto, ma le ragioni della sua verifica sono meno chiare³⁸⁷.

I fenomeni relativi ai grandi aumenti dei prezzi seguiti da un crollo nonché l'irrazionalità generale dei mercati finanziari e di altri mercati economici, sono stati da tempo individuati. È stato documentato che numerose crisi finanziarie si sono susseguite in tutto il mondo a partire dal 1618 fino ai primi anni del XXI secolo. Probabilmente una delle prime crisi più celebri è avvenuta nel Seicento in Olanda quando il prezzo dei bulbi dei tulipani, dopo una crescita esponenziale, crollò tanto rapidamente da comportare un vero e proprio “*crash*” finanziario (c.d. *Tulipmania*)³⁸⁸.

Per tali ragioni, si è andata sempre più affacciando l'idea di punire le asimmetrie informative, in modo da evitare distorsioni nel mercato e, in ultima analisi, ingiuste speculazioni.

Anche sul piano economico, si è ritenuto utile, se non necessario, punire gli abusi di mercato visto il loro costo per il mercato e per la società. Secondo le stime della Commissione Europea, è stato ritenuto che i *market abuse* equivalgano ad un costo congiunto di 0,0721 per cento del volume delle transazioni³⁸⁹. La Commissione ha affermato che il valore totale dei *market abuse* nel 2010 (precisamente insider trading e manipolazione del mercato) in termini di volume di transazioni, fosse nell'Eurozona di 13,3 bilioni- un valore che si considera sottostimato rispetto al costo totale degli abusi in tutti i mercati finanziari europei, dal momento che si basa unicamente sulla valutazione degli equity market.

L'idea iniziale di regolamentare il mercato fu proposta a partire dagli anni '60 nel “*Segrè Report*” del 1966, il quale tuttavia si limitò ad analizzare la situazione del mercato di capitali europeo in quel periodo³⁹⁰. La prima vera e propria regolamentazione dei *Market Abuse* nell'Unione Europea si ebbe, invece, nel 1979 con la “*Stock Exchange Listing Directive*” (79/279/EEC), la quale introdusse all'art. 17 l'obbligo di “*disclose*” in relazione ad singoli importanti avvenimenti. Il passo successivo fu la “*Insider Dealing Directive*” (1989/592/EEC) del 1989, la quale

³⁸⁷ Così P. BARNES, *Stock Market Efficiency, Insider Dealing and Market Abuse*, Gower, 2009, pp. 63-64.

³⁸⁸ C.P. KINDLEBERGER – R.Z. ALIBER, *Manias, Panics and Crashes. A History of Financial Crises*, Palgrave, 2005, p. 99 ss.

³⁸⁹ European Commission, *Staff Working Paper Impact Assessment*, SEC, 2011, p. 200.

³⁹⁰ European Commission, *The Development of a European Capital Market – Report of a Group of Experts Appointed by the EEC Commission* (1966).

tuttavia, al contrario del “*Market Abuse Regulation*”, si focalizzò soltanto sulla definizione e sul divieto di insider trading.

Ad ogni modo, la prima importante legislazione riguardante non solo l’insider trading ma anche altri aspetti degli abusi di mercato fu la prima “*Market Abuse Directive*” (2003/6/EC), la quale costruì una cornice ampia e completa per la regolamentazione degli abusi di mercato. Tuttavia, nel momento in cui doveva essere recepita dalle legislazioni nazionali di ogni Stato membro, sorsero enormi differenze circa l’applicazione delle disposizioni in esame.

Tali differenze ebbero - ed hanno tuttora in alcuni casi - un impatto negativo sull’integrità del mercato e sulla protezione degli investitori. Tale mancanza di uniformità e l’ambito limitato di applicazione della regolamentazione nonché la crisi finanziaria del 2007/2008 portarono, alla fine degli anni 2000, ad una discussione sulla riforma della direttiva, la quale si concluse con l’emanazione del Regolamento che stabilì una comune cornice regolatoria sugli abusi di mercato.

Per ciò che attiene al delitto di “*market manipulation*”, per il diritto dell’Unione europea si trattava di una novità giacché la “*Insider Trading Directive*” (1989/592/EEC) disciplinava unicamente l’ipotesi di insider trading. Il primo atto di legislazione europea riguardante la manipolazione del mercato fu stesa dal “*Forum Of European Securities Commission*” (FESCO) nel 1999, la quale sviluppò un primo abbozzo di definizione di abuso di mercato. Sempre nel 1999, la Commissione pubblicò il suo piano d’azione sullo “*Implementing the Framework for Financial Markets*”, discutendo sull’emanazione di una direttiva che includesse, tra le altre cose, il reato di manipolazione del mercato. Oltretutto, il “*Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*” (c.d. Lamfalussy Report) del 2001 segnalò come il mercato comune avesse bisogno di una chiara e concisa definizione di manipolazione del mercato, specialmente per il fatto che tale reato era completamente sconosciuto nel diritto nazionale di alcuni Stati Membri.

Sulla base di questi reports, la Commissione pubblicò il suo primo disegno per una direttiva sul Market Abuse nel maggio 2001, che fu in seguito adottata come “*Market Abuse Directive*” o MAD I (2003/6/CE). La MAD I richiese agli Stati membri di predisporre un illecito amministrativo o civile per l’abuso di mercato il quale fu modellato in parte sul regime degli abusi di mercato adottato dalla Regno Unito. Nella Direttiva è stato affermato che l’abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato sono da ostacolo alla reale e piena trasparenza del mercato,

che è il requisito fondamentale perché tutti gli operatori economici siano in grado di operare su mercati finanziari integrati (considerando 15).

Quanto alla manipolazione del mercato, in forza dell'art. 5, gli Stati membri furono obbligati a reprimere ogni individuo dall'alterare il mercato finanziario. In particolare, l'art. 1 prevedeva una definizione generale di manipolazione del mercato, seguendo la tradizionale distinzione tra “*transaction-based market manipulation*” e “*information-based market manipulation*”.

Tuttavia, l'impatto pratico della direttiva fu piuttosto limitato. In particolare, durante la crisi finanziaria e visti alcuni scandali che si verificarono nel mercato dei capitali di alcuni Stati membri, si comprese che un certo numero di condotte e tecniche di trading non rientravano in tale disposizione (come ad es. lo “*short selling*”).

Dati questi problemi, nell'ottobre 2011 la Commissione pubblicò un disegno per un “*Market Abuse Regulation*” al fine di sostituire la direttiva del 2003. Anche questa nuova stesura seguì la distinzione precedentemente accennata. La *Market Abuse Regulation* o MAR è entrata in vigore il 2 luglio 2014, ma larga parte del regolamento ebbe effetto solo a partire dal 3 luglio 2016³⁹¹. Il Regolamento, che ha abrogato completamente la precedente direttiva del 2003, ha l'intento di stabilire un'interpretazione più uniforme del quadro dell'Unione in materia di abusi di mercato, definendo più chiaramente le regole applicabili in ciascun Stato membro.

Più in particolare, nel Regolamento ritroviamo le quattro forme differenti di manipolazione del mercato sviluppate dalla disciplina di “*capital market*”³⁹². Queste sono la “*information-based manipulation*”, la “*transaction-based manipulation*”, lo “*short selling*” e altre forme di manipolazione³⁹³.

Ciò che risulta più complicato nei casi di manipolazione di mercato è capire se sussista o meno un livello artificiale di prezzo delle azioni, dal momento che ciò presuppone la determinazione di un giusto ed esatto prezzo di mercato degli strumenti finanziari. Nei casi di “*information based manipulation*”, tale determinazione risulta più semplice, poiché rileva solo un'enorme crescita o caduta del prezzo dello strumento finanziario nel mercato collegata con la diffusione di segnali falsi o

³⁹¹ Per un'approfondita ricostruzione delle vicende europee, v. S. MOCK, *History, Application, Interpretation, and Legal Sources*, in M. VENTORUZZO – S. MOCK, *Market Abuse Regulation. Commentary and Annotated Guide*, Oxford University Press, 2017, p. 9.

³⁹² Si veda anche N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, Oxford University Press, 2014, p. 740 ss.

³⁹³ S. MOCK, *The Concept of Market Manipulation*, in M. VENTORUZZO – S. MOCK, *Market Abuse Regulation. Commentary and Annotated Guide*, Oxford University Press, 2017, p. 37-38.

ingannevoli. Tuttavia, la determinazione del prezzo giusto rispetto al prezzo artificiale, pur risultando molto difficile e talvolta anche impossibile da stabilire, non è sempre necessaria. Nella “*transaction-based manipulation*”, infatti, è sufficiente che il soggetto agente abbia posto in essere una condotta manipolativa in generale.

Sebbene il legislatore europeo abbia disciplinato il regime degli abusi di mercato attraverso un regolamento, molti aspetti cruciali del nuovo regime sono governati dal “*Market Abuse Directive on Criminal Sanctions*” o MAD II (2014/57/EU). Il legislatore europeo, infatti, ha evitato di includere alcuni aspetti all’interno del Regolamento e ha deciso di inserirle in una direttiva - approccio considerato spesso insufficiente – in ragione del fatto che l’Unione europea possiede soltanto una competenza indiretta in materia penale. Invero, in forza dell’art. 83, § 1 TFUE, il legislatore europeo può solo stabilire, mediante direttive, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave (inserite in un elenco tassativo che comprende nove materie) che presentano una dimensione transnazionale.

Il paragrafo 2 dell’art. 83 TFUE conferisce all’Unione il mandato di adottare direttive per stabilire norme minime relative alla definizione di reati e sanzioni laddove il ravvicinamento delle disposizioni nazionali si rilevi indispensabile per garantire l’attuazione efficace di una politica dell’Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione³⁹⁴.

Dunque, ai sensi dell’art. 83 TFUE, al fine di armonizzare il diritto penale sostanziale, solo le direttive possono essere utilizzate. Una direttiva è vincolante per quanto riguarda il risultato da raggiungere per ogni Stato membro destinatario, ma lascia alle autorità nazionali la scelta della forma e dei metodi³⁹⁵. Le direttive volte ad armonizzare il diritto penale devono essere adottate sulla base di una proposta della Commissione o su iniziativa di un quarto degli Stati membri (art. 76 TFUE)³⁹⁶.

L’Unione utilizza lo stesso meccanismo di ravvicinamento tra singoli ordinamenti che ha praticato nel corso degli anni in altri settori, come ad esempio in quello del mercato interno. Tuttavia, in relazione alle definizioni di reato nascono forti

³⁹⁴ In relazione ai rapporti tra diritto penale e diritto dell’Unione europea si vedano G. MARINUCCI-E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 49 ss.

³⁹⁵ V. L. DANIELE, *Diritto dell’Unione europea*, Giuffrè, 2018, p. 241 ss.

³⁹⁶ S. SUMMERS – C. SCHWARZENEGGER – G. EGE – F. YOUNG, *The Emergence of EU Criminal Law. Cybercrime and the Regulation of the Information Society*, Hart Publishing, 2014, p. 51.

discordanze ed evidenti disomogeneità. Ciò è avvenuto altresì in tema di abusi di mercato.

Nel caso di “*Spector Photo*”³⁹⁷, la Corte ha stabilito che, posto che l'obiettivo della direttiva del 2003 sull'insider trading e sulla manipolazione del mercato era quello di garantire l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia degli investitori in tali mercati, se la condotta incriminata fosse stata subordinata all'esistenza di un elemento aggiuntivo (in questo caso psicologico), si sarebbe indebolita l'armonizzazione tra i singoli ordinamenti statali. In sostanza, la Corte ha ritenuto che gli Stati membri non dovessero attuare la direttiva in modo più rigoroso. L'armonizzazione minima è la massima armonizzazione in questo contesto e non conferisce agli Stati alcun potere discrezionale per discostarsi dalla direttiva. Tuttavia, è bene evidenziare che tale conclusione non dovrebbe essere considerata l'approccio generale della Corte: il modo in cui la Corte interpreta il termine “minimo” dipende invero dall'oggetto o dallo spirito dello strumento e dal contesto più ampio del mercato interno e dell'area di riferimento³⁹⁸.

Ed allora, in forza dell'art. 5, § 1 della direttiva del 2014, gli Stati membri sono unicamente obbligati ad assicurare che la manipolazione del mercato sia trattata come un illecito penale solo nei casi gravi e quando le condotte manipolative siano state commesse con dolo.

Sebbene la manipolazione del mercato sia definita all'art. 12 del regolamento e vietata dall'art. 5, par. 1 della direttiva del 2014, quest'ultimo prevede una diversa definizione della manipolazione quale elemento del reato. Tale differenza risiede nel fatto che, per gli obiettivi del diritto penale è necessario un approccio più stringente, al fine di rispettare il principio generale di legalità e di determinatezza. L'art. 5, come detto, richiede solo agli Stati membri di disciplinare il reato di manipolazione del mercato nei casi seri di manipolazione e quando questa sia commessa intenzionalmente. La gravità della manipolazione è definita all'inizio della direttiva del 2014 (considerando 12), “*in casi come quelli in cui è di livello elevato l'impatto sull'integrità del mercato, il profitto effettivo o potenziale ritratto ovvero la perdita evitata, la misura del danno cagionato al mercato, dell'alterazione del valore dello strumento finanziario o del contratto a pronti su merci ovvero l'ammontare dei fondi*

³⁹⁷ Corte di Giustizia europea, *Spector Photo Group NV e Chris Van Raemdonck v. Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen*, 23 dicembre 2009, Causa C-45/08.

³⁹⁸ A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Intersentia, 2016, p. 182.

utilizzati in origine oppure quando la manipolazione è commessa da soggetti impiegati o che lavorano all'interno del settore finanziario ovvero presso un'autorità di vigilanza o di regolamentazione".

In conclusione, il regime di abusi di mercato dell'UE, che vieta sia l'abuso di informazioni privilegiate sia la manipolazione del mercato, è caratterizzato da complesse norme di legge che sposano prescrizioni tecniche con esenzioni, “*defences*” e “*safe harbours*”³⁹⁹.

Da ultimo, è bene sottolineare che a partire dal 3 gennaio 2018, in tutti i paesi dell'Unione europea devono applicarsi una nuova direttiva (MiFID II) ed un nuovo regolamento (MiFIR). La direttiva precedente “*MiFID o Markets in Financial Instruments Directive*” (2004/39/EC) è stata applicata dai Paesi dell'Unione europea a partire da novembre 2007. Fu il fondamento della regolamentazione europea dei mercati finanziari giacché tentò di aumentare la competitività degli stessi creando un unico mercato per i servizi e le attività di investimento ed assicurando un alto livello di protezione per gli investitori in strumenti finanziari. Nell'ottobre del 2001 la Commissione europea ha poi adottato una proposta legislativa di revisione della MiFID che ha preso la forma di una nuova direttiva ed un nuovo regolamento. Dopo più di due anni di dibattito la “*Directive on Markets in Financial Instruments*” e il “*Regulation on Markets in Financial Instruments*”, comunemente chiamati MiFID II e MiFIR, sono stati adottati dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea.

Tale nuova cornice normativa ha lo scopo di potenziare la protezione verso gli investitori e di rendere più efficiente e trasparente il funzionamento dei mercati finanziari⁴⁰⁰.

3.2. Quadro normativo ed evoluzione storica della disciplina italiana

Le fattispecie criminose di abusi di mercato disciplinate dall'ordinamento italiano, in forza del recepimento della disciplina europea sul “*Market Abuse*” (Direttiva MAD I, 2003/6/CE), sono due: l'abuso di informazioni privilegiate e la

³⁹⁹ H. McVEA, *Supporting Market Integrity*, in N. MOLONEY – E. FERRAN- J. PAYNE (edited by), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford University Press, 2017, p. 643.

⁴⁰⁰ Per un'analisi dei più grandi cambiamenti e delle nuove previsioni introdotte si vedano, D. BUSCH – G. FERRARINI, *Regulation of the EU financial markets: MiFID II and MiFIR*, Oxford University Press, 2017. Sul tema del loro recepimento da parte dell'Italia si veda anche F. ANNUNZIATA, *Il recepimento di MiFID II: uno sguardo di insieme, tra continuità e discontinuità*, in *Rivista delle Società*, 2018, p. 1100 ss.

manipolazione del mercato, delineate come reati di mera condotta e di pericolo astratto e concreto.

La prima figura, prevista nel testo unico in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.) all'art. 184, è il delitto di abuso di informazioni privilegiate (ossia la traduzione di "insider trading" dell'esperienza statunitense). Con tale reato si punisce lo sfruttamento da parte di un soggetto qualificato, in operazioni borsistiche, di informazioni che egli ha ottenuto grazie alla posizione che riveste o all'attività che svolge. Si tratta, dunque, di informazioni privilegiate che non sono a disposizione di altri operatori del mercato finanziario. La matrice di tale reato si rinviene nella fattispecie di *insider trading*, introdotta nel nostro ordinamento dalla l. 157 del 1991 (in attuazione della direttiva 89/592/CEE). Con l'introduzione del T.U.F. si è in seguito riformulato tale reato con quello di abuso di informazioni privilegiate, poi ulteriormente modificato dalla l. n. 62 del 2005, la quale ha recepito la MAD I, trasferendo il delitto (invariato nella rubrica) all'art. 184 T.U.F.⁴⁰¹.

Il delitto di manipolazione del mercato, invece, è stato introdotto nel nostro ordinamento, all'art. 185 del T.U.F., con la l. 18 aprile 2005, n. 62 (la c.d. legge comunitaria del 2004), con la quale è stata recepita la disciplina europea sul "Market Abuse" (Direttiva MAD I, 2003/6/CE).

Invero, il nostro sistema già conosceva una disciplina in tale materia, incentrata sul reato comunemente denominato "aggiotaggio", ancora previsto nel nostro codice penale all'art. 501, rubricato "rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio". Si tratta di un reato di pericolo che punisce la diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose o l'uso di altri artifici atti a cagionare un aumento o una diminuzione dei prezzi, indipendentemente che tale effetto si sia prodotto o meno⁴⁰². Con la l. n. 787 del 1976 è stata inserita un'ulteriore figura all'art. 502-bis c.p., volta a punire le manovre speculative o di accaparramento su merci idonee a determinare la loro rarefazione o il rincaro sul mercato interno. Anche nella legislazione civile e complementare (T.U.F. e T.U.B.) si rinvencono ulteriori figure specifiche di aggiotaggio, rilevanti penalmente.

⁴⁰¹ Sulla ricostruzione storica di tale delitto si vedano F. SFUBBI- D. FONDAROLI – A. TRIPODI, *Delitto penale del mercato finanziario*, Cedam, 2013, p. 33 ss.

⁴⁰² Sul tema v. C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggiotaggio*, Giuffrè, 1958.

In sede di riforma dei reati societari, con il d.lgs. n. 61 del 2002, vennero poi abrogate e accorpate le numerose disposizioni all'interno di un'unica disposizione incriminatrice, l'art. 2637 c.c.⁴⁰³.

In seguito, il legislatore del 2005 ha cambiato rotta ed ha introdotto, nell'ambito del Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria, un'autonoma fattispecie di aggio di aggio denominata «Manipolazione del mercato», disciplinata come illecito penale all'art. 185 e come illecito amministrativo all'art. 187-ter. La struttura della nuova fattispecie ricalca invero quella disciplinata dall'art. 2637 c.c. sull'aggio di aggio, con la differenza che il nuovo articolo ha ad oggetto materiale della condotta uno strumento finanziario quotato o per il quale è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato di un paese UE⁴⁰⁴.

I delitti in materia di *market abuse* tutelano il regolare funzionamento dei mercati finanziari. In particolare, tutelando la efficienza informativa del mercato ne proteggono di conseguenza anche la sua efficienza allocativa, posta a presidio di interessi anche individuali concernenti il patrimonio degli investitori⁴⁰⁵. Si tratta dunque, di un bene (per alcuni, di una funzione) avente natura pubblicistica e superindividuale⁴⁰⁶.

Il delitto di abuso di informazioni privilegiate punisce lo sfruttamento di un vantaggio informativo inaccessibile al pubblico, presupponendo una equivalenza tra l'obbligo di “*disclose*” nei confronti degli emittenti e l'obbligo di “*abstain*” a carico di quanti siano in possesso delle informazioni privilegiate⁴⁰⁷.

Si tratta di un reato proprio, in quanto le condotte criminose possono essere poste in essere unicamente da coloro che sono in possesso di informazioni privilegiate

⁴⁰³ Per una completa rassegna sulle modifiche apportate al reato di aggio di aggio nella legislazione italiana, si veda A. MELCHIONDA, *Aggio di aggio e manipolazione del mercato*, in A. LANZI- A. CADOPPI (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Cedam, 2007, p. 241 ss.

⁴⁰⁴ Per un'analisi della fattispecie di manipolazione del mercato, cfr. E.M. AMBROSETTI- E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2016, p. 268 ss.; M. MASUCCI, *Gli abusi di mercato*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, 2019, p. 332 ss.; M. MIEDICO, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo e Paliero, Giappichelli, 2017, p. 337 ss. Sull'aggio di aggio, in generale, si veda A. ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria. Parte speciale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. GROSSO- T. PADOVANI- A. PAGLIARO, Giuffrè, 2012, p. 317 ss.

⁴⁰⁵ Così S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, Vol. III. *Il diritto penale del mercato mobiliare*, Giappichelli, 2018, p. 89.

⁴⁰⁶ Fra gli altri, v. S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Giuffrè, 1989, p. 29 ss.

⁴⁰⁷ Così S. SEMINARA, *Informazione finanziaria e diritto penale*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Giuffrè, 2009, p. 233 ss.

in ragione di una carica sociale all'interno della società (c.d. *corporate insiders*) ovvero da coloro che- estranei alla struttura- sono in possesso di tali informazioni in ragione dell'esercizio di un'attività lavorativa, una professione o un ufficio (c.d. *temporary insiders*).

Le condotte tipiche incriminate dall'art. 184 T.U.F. sono tre:

a) *trading*: consiste nell'acquisto, vendita o compimento di altre operazioni direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto terzi, su strumenti finanziari utilizzando le informazioni privilegiate;

b) *tipping*: consiste nel comunicare l'informazione privilegiata ad altri al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione ecc.;

c) *tuyautage*: consiste nel raccomandare o indurre, sulla base dell'informazione privilegiata, al compimento delle operazioni di trading⁴⁰⁸.

Al comma 3 *bis* dell'art. 184 T.U.F. è stata poi inserita - con d.l. n. 101 del 2009 -una contravvenzione nel caso di operazioni su strumenti finanziari ammessi esclusivamente alle negoziazioni in un sistema multilaterale (MTF).

Quanto al delitto di manipolazione del mercato, a differenza del reato di abuso di informazioni privilegiate, esso è stato tipizzato dal legislatore come reato comune, potendo essere il soggetto attivo chiunque. La qualifica soggettiva potrà rilevare solo come circostanza aggravante ai sensi del comma 2 dell'art. 185 T.U.F.

La manipolazione del mercato è una disposizione che si suole denominare "a più fattispecie". Invero, sono tre le condotte tipiche che integrano il reato in esame⁴⁰⁹: la diffusione di notizie false (la c.d. manipolazione informativa), il compimento di operazioni simulate (la c.d. manipolazione operativa) e il compimento di altri artifici⁴¹⁰. Tutte le condotte appena citate devono poi essere concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari, la c.d. *price sensitivity*, la quale viene accertata tramite il parametro di riferimento del modello

⁴⁰⁸ Si veda M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018, p. 316 ss.

⁴⁰⁹ Per una completa disamina delle condotte tipiche, si veda F. SGUBBI, *La manipolazione del mercato*, in F. SFUBBI- D. FONDAROLI – A. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato, ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob, falso in prospetto. Lezioni*, Cedam, 2013, p. 75 ss.

⁴¹⁰ Per alcuni autori, tra gli altri cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007, p. 278 e A. MELCHIONDA, *op. cit.*, 2007, p. 266 ss., il riferimento ad "altri artifici" svolge un ruolo di elemento di chiusura. Al riguardo, la Corte di Cassazione ha inoltre specificato che la nozione di "altri artifici" può essere integrata anche da un mezzo di per sé non illecito (Sez. V, 2 ottobre 2008, n. 2063, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1925, con nota di M. CASTELLABATE, *Operazioni manipolative del mercato finanziario ed operazioni lecite: sui problematici confini tra testo e contesto*).

dell'investitore ragionevole. Si è scelto, mediante un giudizio di prognosi postuma, un accertamento parametrato sulla capacità di influenzare le decisioni di un *reasonable man*, la cui definizione si trovava all'art. 181, comma 4 del T.U.F., ora abrogato dal d.lgs. n. 107 del 2018, il quale rinvia ora per la definizione direttamente all'art. 7 del MAR⁴¹¹. L'accertamento dunque deve essere parametrato sulla capacità di influenzare colui che utilizzerebbe le informazioni diffuse come uno degli elementi su cui fondare le proprie decisioni di investimento.

Analogamente per quanto previsto nel delitto di insider trading, all'art. 185 comma 2 bis è stata inserita un'autonoma cornice di pena per le operazioni su strumenti finanziari ammessi alle negoziazioni in un sistema multilaterale di negoziazione.

Come visto, in materia di abusi di mercato l'Unione europea è intervenuta nuovamente emanando una direttiva 2014/57/UE (MAD II) contenente sanzioni penali ed un regolamento, Reg. UE n. 596/2014 (MAR) contenente sanzioni amministrative, abrogativo della prima direttiva MAD I. In particolare, la nuova direttiva stabilisce le norme minime per le sanzioni penali applicabili agli abusi di mercato, richiedendo agli Stati membri di dare rilevanza penale al c.d. insider secondario, di comminare una pena meno severa per il c.d. tipping e di valorizzare l'evento naturalistico⁴¹²; comportando dunque un ripensamento della struttura delle incriminazioni come illeciti di mera condotta e di pericolo. Tuttavia, il legislatore italiano, con il d.lgs. n. 107 del 2018, si è adeguato unicamente alle disposizioni del regolamento, mentre ha fatto scadere il termine di recepimento della direttiva il 3 luglio 2016 nella convinzione che le condotte dolose previste dalla stessa risultassero già oggetto di previsione sanzionatoria nell'ordinamento interno⁴¹³.

Ad un primo sguardo, le due figure criminose disciplinate dal T.U.F. appaiono modificate ed integrate con delle interpolazioni "minime"⁴¹⁴.

Nel delitto di abuso di informazioni privilegiate, alla condotta di *tipping* (art. 184, co. 1, lett. b) è ora prevista – in aggiunta alle situazioni nell'ambito delle quali la

⁴¹¹ Sulla nuova nozione di informazione privilegiata si vedano F. CONSULICH- F. MUCCIARELLI, *Informazione e tutela penale dei mercati finanziari nello specchio della normativa eurounitaria sugli abusi di mercato*, in *Le Società*, 2016, p. 179 ss.

⁴¹² Si veda sul punto F. MUCCIARELLI, *L'insider trading nella rinnovata disciplina UE sugli abusi di mercato*, in *Le Società*, 2016, p. 193 ss.

⁴¹³ A parere della *Relazione illustrativa dello Schema di disegno di legge recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea*, in www.dirittounioneuropea.eu: "Le condotte dolose previste dalla direttiva (MAD II) risultano già oggetto di previsione sanzionatoria".

⁴¹⁴ F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 ottobre 2018, p. 13 ss.

comunicazione a terzi dell'informazione privilegiata è considerata lecita – anche l'eventualità che ciò avvenga nel normale svolgimento di «*di un sondaggio di mercato effettuato ai sensi dell'art. 11 del regolamento (UE) n. 596/2014*».

La figura contravvenzionale di insider trading di cui al comma 3-*bis* dell'art. 184 TUF è stata ora doverosamente integrata con il richiamo alle tipologie di strumenti finanziari negoziati su qualunque “*trading venue*” nonché “*over the counter*”, coerentemente con le previsioni del rinnovato art. 180 T.U.F (e, più in generale, con quanto previsto da MAR e da MAD 2).

Anche il delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 T.U.F. ha mantenuto invariate le condotte tipiche inserite con la riforma del 2005. Invero, il d.lgs. n. 107 del 2018 ha proceduto unicamente ad una confusa interpolazione di brandelli del dettato normativo di cui agli artt. 5 della MAD II e 15 del MAR, nonostante questi ultimi contemplassero una ben più articolata serie di condotte manipolative⁴¹⁵.

In particolare, è stato aggiunto il comma 1-*bis* relativo a una ipotesi di “non punibilità”, il comma 2-*ter* sull'ambito di applicazione del reato, nonché si è novellato la contravvenzione di cui al comma 2-*bis*⁴¹⁶.

Quanto al comma 1-*bis* dell'art. 185, è stata inserita una “esenzione” ricalcata sul par. 2, lett. a) dell'art. 5, per la quale non è punibile chi ha commesso il fatto per il tramite di ordini di compravendita o operazioni effettuate per motivi legittimi e in conformità a prassi di mercato ammesse, ai sensi dell'art. 13 del regolamento (UE) n. 596/2014.

⁴¹⁵ In particolare, l'art. 5 della direttiva del 2014 prende in considerazione quattro ipotesi:

a) La conclusione di un'operazione, immissione di un ordine di compravendita o qualsiasi altra condotta che: i) fornisce segnali falsi o fuorvianti relativi all'offerta, alla domanda o al prezzo di uno strumento finanziario o di un contratto a pronti su merci collegato; o ii) fissa il prezzo di uno o più strumenti finanziari, o di un contratto a pronti su merci collegato, a un livello anomalo o artificiale (salvo che le ragioni per le quali la persona ha posto in essere l'operazione o inoltrato un ordine di compravendita siano legittime e che tali operazioni o ordini di compravendita siano conformi alle prassi di mercato ammesse nella sede di negoziazione interessata);

b) La conclusione di un'operazione, immissione di un ordine di compravendita o il compimento di qualsiasi altra attività o condotta che, attraverso l'uso di artifici o di ogni altro tipo di inganno o espediente, incide sul prezzo di uno o più strumenti finanziari o di un contratto a pronti su merci collegato;

c) La divulgazione di informazioni, attraverso i media, incluso Internet, o con qualsiasi altro mezzo, che forniscono segnali falsi o fuorvianti riguardo all'offerta, alla domanda o al prezzo di uno strumento finanziario o di un contratto a pronti su merci collegato, o che assicurano il prezzo di uno o più strumenti finanziari o di un contratto a pronti su merci collegato a un livello anomalo o artificiale, quando ne consegue vantaggio o profitto per colui che ha divulgato le informazioni ovvero per altri;

d) La trasmissione di informazioni false o fuorvianti, o comunicazione di dati falsi o fuorvianti ovvero ogni altra condotta che manipola il calcolo di un indice di riferimento (*benchmark*).

⁴¹⁶ Cfr. F. CONSULICH, *Market manipulation e legislazione cosmetica*, in *Le Società*, 2019, p. 558 ss.

È stato evidenziato in dottrina che, se si dovesse intendere come vera e propria causa di esclusione della punibilità, sarebbe incostituzionale per violazione della riserva di legge e per eccesso di delega, in quanto la l. n. 163 del 2017 non comprendeva alcun incarico all'esecutivo in ordine alla modifica delle norme incriminatrici⁴¹⁷.

Il legislatore ha poi provveduto ad integrare il comma 2-*bis*, che estende la fattispecie contravvenzionale ivi originariamente prevista, oltre che alle condotte aventi a oggetto strumenti finanziari negoziati su sistemi multilaterali di negoziazione (MTF), anche a quelle relative a strumenti finanziari negoziati su sistemi organizzati di negoziazione (OTF), ai derivati e alle quote di emissioni.

La scelta di ridurre a figure contravvenzionali tali condotte suscita perplessità, trattandosi di comportamenti il cui disvalore appare omologo rispetto ai fatti puniti più gravemente come delitti all'interno dell'art. 185, comma 1, T.U.F.⁴¹⁸.

Infine, riguardo al nuovo comma 2-*ter* dell'art. 185, che amplia l'area di operatività dell'illecito penale di manipolazione del mercato, esso appare dettato dalla necessità di dare attuazione a quanto stabilito dall'art. 2 § 2 regolamento MAR del 2014. Ai sensi del comma 2-*ter* «le disposizioni del presente articolo si applicano anche: a) ai fatti concernenti i contratti a pronti su merci che non sono prodotti energetici all'ingrosso, idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo o del valore degli strumenti finanziari di cui all'articolo 180, comma 1, lett. a; b) ai fatti concernenti gli strumenti finanziari, compresi i contratti derivati o gli strumenti derivati per il trasferimento del rischio di credito, idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo o del valore di un contratto a pronti su merci, qualora il prezzo o il valore dipendano dal prezzo o dal valore di tali strumenti finanziari; c) ai fatti concernenti gli indici di riferimento (*benchmark*)».

Ora, sebbene la scelta nazionale si ponga in continuità rispetto alla riforma del 2005, appare oggi in netta cesura rispetto al diritto eurounitario. È stato rilevato, invero, che nella MAD II la manipolazione del mercato è presentata come la conclusione di un'operazione, nell'immissione di un ordine di compravendita e in un'altra condotta a cui segue una elencazione completa di comportamenti

⁴¹⁷ Così E. BASILE, *Mini-riforma del market abuse: obiettivi mancati ed eterogenesi dei fini nel D. Lgs. n. 107/2018*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, p. 334.

⁴¹⁸ In tal senso, v. F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, cit., p. 16.

manipolativi, accomunati da una dissociazione tra il contingente valore nominale e quello effettivo dello strumento sottostante⁴¹⁹. Dunque, il legislatore europeo ha utilizzato una tecnica casistica a favore della tassatività sul piano della descrizione delle condotte vietate; viceversa, il legislatore italiano ha mantenuto una tipicità “vaga”.

In conclusione, come si è detto, l’architettura eurounitaria della disciplina del *market abuse* è stata imperniata sulla coppia di atti normativi: direttiva 2014/57/UE (MAD II) e regolamento UE n. 596/2014 (MAR). Il binomio indissolubile è stato inopinatamente spezzato dal legislatore italiano, il quale non ha deliberatamente recepito la direttiva MAD II. E ciò sulla inesatta premessa sostenuta dall’esecutivo, secondo cui le condotte da criminalizzare in attuazione della direttiva del 2014 sarebbero già punite penalmente nel nostro ordinamento. Di conseguenza, si è unicamente adeguata la nostra disciplina alle previsioni del regolamento MAR in tema di abusi di mercato.

In realtà l’ordinamento italiano in materia di *Insider trading* contrasta con le opzioni politico-criminali eurounitarie, laddove omette di dare rilevanza penale al c.d. *insider* secondario, ossia al soggetto che abbia ottenuto l’informazione privilegiata a qualsiasi titolo e non soltanto in ragione delle situazioni indicate nel comma 1 dell’art. 184. Tanto più che la direttiva MAD II focalizza la tutela penale non solo sull’integrità dei mercati finanziari, ma anche e soprattutto sulla fiducia degli investitori; cosicché risulta consequenziale l’esigenza di criminalizzazione l’insider secondario, che attualmente è punito nel T.U.F. soltanto con una sanzione amministrativa.

In secondo luogo, nella direttiva del 2014 il legislatore europeo, allo scopo di comminare una pena meno severa per il c.d. *tipping*, separa tale condotta criminosa da quelle di *trading* e *tuyautage*. Ancora oggi, viceversa, nella nostra disciplina penale per le tre condotte tipiche dell’abuso di informazioni privilegiate è comminata la stessa sanzione, conducendo presumibilmente ad una questione di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, comma 1, Cost.

È da evidenziare, poi, che il modello contravvenzionale che si ritrova nel delitto di Manipolazione del mercato (art. 185, comma 2-*bis* t.u.f.)- ma anche in quello di Abuso di informazioni privilegiate (art. 184 comma 3-*bis* t.u.f.) - sembra incompatibile con quanto richiesto dalla direttiva MAD II: sia dal punto di vista sanzionatorio sia per

⁴¹⁹ Così F. CONSULICH, *Market manipulation e legislazione cosmetica*, in *Le Società*, 2019, p. 562.

la necessità prevista di punire il tentativo che, ai sensi dell'art. 56 c.p., è limitato alla punizione del solo tentativo di delitto con esclusione dunque delle contravvenzioni.

3.3. L'abuso di informazioni privilegiate come reato di pericolo astratto

Come anticipato, nel nostro ordinamento le due fattispecie in materia di *market abuse* sono poste a tutela del regolare funzionamento dei mercati finanziari e della fiducia dei risparmiatori. L'individuazione del bene giuridico come entità facilmente afferrabile diventa qui meno agevole in quanto si proteggono beni "superindividuali": il diritto penale non tutelerebbe più beni giuridici in senso tradizionale, ma funzioni amministrative volte a regolare il corretto esercizio di determinate attività. Proprio per tali ragioni, nei delitti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato si è preferito realizzare un'anticipazione della tutela penale, la quale si rivela nella costruzione delle incriminazioni come reati di mera condotta e di pericolo.

Nel c.d. insider trading, in particolare, è sufficiente che le condotte tipiche di *tipping* e di *tuyautage* (art. 184, comma 1, lett. b), c) T.U.F.) pongano in pericolo il bene tutelato dell'integrità e del corretto funzionamento dei mercati senza che sia necessaria né la realizzazione di un danno al patrimonio dei risparmiatori né un profitto o vantaggio per l'insider⁴²⁰.

Inoltre, in dottrina si è precisato che si tratta di un reato di pericolo astratto⁴²¹, giacché il giudice non dovrà accertare la concreta potenzialità lesiva delle condotte rispetto al bene giuridico tutelato. Ciò sempre nel rispetto dei principi di offensività e colpevolezza, i quali vietano di utilizzare schemi presuntivi e scorciatoie probatorie⁴²².

Da ultimo in giurisprudenza, si è affermato che l'abuso di informazioni privilegiate si configura come reato di pericolo e di mera condotta il quale, mirando alla tutela degli investitori e al presidio anticipato dei beni giuridici della stabilità e trasparenza dei mercati, è integrato dallo sfruttamento a fini speculativi dell'informazione privilegiata relativa alle vicende finanziarie che stanno per coinvolgere l'ente o il suo patrimonio, senza richiedere l'elisione del margine di rischio

⁴²⁰ S. GIAVAZZI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPARIA, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 649 ss. e 697 ss.

⁴²¹ S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, Vol. III, *Il diritto penale del mercato mobiliare*, Giappichelli, 2018, pp. 74-75; M. A. MANNO, *Profili penali dell'insider trading*, Giuffrè, 2012, p. 83 ss.

⁴²² Così F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Giappichelli, 2014, p. 135 ss.

fisiologicamente connesso alle operazioni di borsa, né l'effettiva realizzazione del vantaggio atteso⁴²³.

3.4. Il delitto di manipolazione del mercato come reato di pericolo concreto

3.4.1. La concreta idoneità ad alterare sensibilmente il prezzo degli strumenti finanziari: il caso BNL-Unipol

Come precedentemente accennato, la figura del delitto di manipolazione del mercato è costruita dal legislatore italiano come un reato di mera condotta e di pericolo concreto. Questa è la tesi prevalente anche in dottrina e in giurisprudenza.

A tal riguardo, si vuole affrontare un importante caso giudiziario (il caso BNL-Unipol), per poter meglio comprendere tanto la natura del delitto in esame quanto il procedimento di accertamento del pericolo nella fattispecie.

Ripercorrendo brevemente la vicenda processuale, nell'ipotesi accusatoria la condotta manipolativa viene posta in essere dal 23 maggio 2005 al 18 luglio 2005, data in cui la strategia messa in atto da Unipol viene alla luce grazie al lancio dell'offerta pubblica di acquisto.

In relazione alla contestazione di aggioaggio informativo, per il quale è stata pronunciata condanna nei confronti dei vertici Unipol, le condotte consistevano nella diffusione al pubblico di una serie di comunicati falsi sull'effettiva partecipazione di Unipol in BNL.

Quanto alle condotte di aggioaggio manipolativo contestate, queste riguardavano l'acquisto di azioni BNL effettuate in modo indiretto mediante interposta persona o mediante stipulazione di contratti di opzione c.d. *put e call*⁴²⁴. Entrambe le condotte, secondo il parere dell'accusa, erano volte a celare l'esistenza di una "controsalata" occulta della BNL da parte di Unipol, necessaria al boicottaggio dell'offerta pubblica di scambio lanciata dal Banco di Bilbao e al conseguente raggiungimento di una partecipazione azionaria superiore al 30%, al fine di eludere l'OPA obbligatoria prevista dalla legge.

Nel motivare la conferma della sentenza della Corte territoriale, la suprema Corte ha incentrato le proprie argomentazioni sulla mancanza di un pericolo concreto di sensibile alterazione del prezzo delle azioni di BNL sul mercato, quale elemento costitutivo del delitto di manipolazione del mercato.

⁴²³ Così, Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, in *C.E.D. Cass.*, n. 276963.

⁴²⁴ In altre parole, contratti assimilabili alla vendita a termine volti a lasciar stazionare presso terzi le azioni così acquistate in attesa delle autorizzazioni di Bankitalia.

Come accennato, la dottrina maggioritaria considera che la suddetta clausola (“concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari”) connota la fattispecie in esame come reato di pericolo concreto e non di evento, non essendo richiesta l’effettiva verifica di un’alterazione sensibile delle azioni⁴²⁵. Anche la giurisprudenza è concorde nel ritenere la fattispecie *de qua* un reato di mera condotta e di pericolo concreto, per la cui integrazione è sufficiente che siano posti in essere i comportamenti diretti a cagionare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari, senza che sia necessario il verificarsi di tale evento⁴²⁶.

Tuttavia, se pare non ci siano dubbi sulla natura del reato di manipolazione del mercato, le difficoltà emergono quando si deve stabilire il tipo di accertamento da effettuare per provare la verifica del pericolo⁴²⁷.

Il problema dell’accertamento del pericolo richiede come premessa logica la “qualificazione gnoseologica del pericolo”⁴²⁸ che il diritto penale fornisce, a riprova del fatto che le definizioni e le qualificazioni non hanno carattere puramente accademico, bensì hanno notevoli ripercussioni in sede di giudizio concreto.

È noto come non vi sia nel codice una definizione di pericolo se non nel T.U. sulla sicurezza nei luoghi di lavoro (d.lgs. n. 81 del 2008), in cui all’art. 2, comma 1, lett. r) il pericolo viene definito come «proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni». Nonostante non vi sia una definizione,

⁴²⁵ Tra gli altri, v. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 282; L. FOFFANI, *Art. 185 t.u.f.*, in F. PALAZZO e C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, 2007, p. 726; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell’economia*, Giuffrè, 2017, p. 452; A. ROSSI, *Le fattispecie penali di aggio e di manipolazione del mercato (artt. 2637 c.c. e 185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58): problemi e prospettive*, in E. DOLCINI- C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Giuffrè, 2006, p. 2664; M.B. MAGRO, *Manipolazioni dei mercati finanziari e diritto penale*, Giuffrè, 2012, p. 63. *Contra*, nel senso di ritenere la manipolazione del mercato un reato di danno, cfr. S. PREZIOSI, *La manipolazione del mercato nella cornice dell’ordinamento comunitario e del diritto penale italiano*, Cacucci, 2008, p. 211 ss. Diversamente, v. S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, vol. III, *Il diritto penale del mercato mobiliare*, Giappichelli, 2018, pp. 98-99, secondo cui il delitto di manipolazione del mercato ha la natura di reato di pericolo tendenzialmente concreto, nel quale cioè il requisito della concretezza, da un lato, esclude l’integrazione del reato quando sia dimostrabile l’assenza di un pericolo, dall’altro non si spinge fino ad esigere un’impossibile dimostrazione empirica della probabilità dell’alterazione dei prezzi nella situazione data.

⁴²⁶ Si vedano Sez. V, 16 luglio 2018, n. 45928, in *C.E.D. Cass.*, n. 274179; Sez. V, 3 aprile 2014, n. 25450, *ivi*, n. 260751; Sez. V, 27 settembre 2013, n. 4619, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3872; Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, *ivi*, 2013, p. 4613, con osservazioni di F.M. FRASCHETTI.

⁴²⁷ Per un quadro generale sui criteri di accertamento del pericolo cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, 1990, p. 315 ss.

⁴²⁸ Così F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, 1994, p. 9 ss.

si asserisce in generale che l'offesa al bene giuridico può consistere, oltre ad una lesione del bene protetto, anche in una messa in pericolo del bene, ossia in un nocumento solo potenziale del bene giuridico. Pertanto, i reati di offesa abbracciano altresì i reati di pericolo, non ostando alla configurazione di quest'ultimo modello il principio di offensività. Al riguardo è recentemente intervenuta la Corte costituzionale, la quale ha ricordato come, per costante giurisprudenza costituzionale, il principio di offensività operi su due piani distinti, distinguendosi, da un lato, l'offensività "in astratto" e, dall'altro, l'offensività "in concreto"⁴²⁹. Quanto al primo piano, la Corte ha precisato che rientra nella discrezionalità del legislatore l'opzione per forme di tutela anticipata, quale il ricorso al modello del reato di pericolo astratto, purché, al fine di rispettare il principio in questione, «la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all'*id quod plerumque accidit*»⁴³⁰.

Il pericolo è definito in generale come un giudizio di probabilità tra la condotta e il verificarsi di un evento dannoso⁴³¹. All'interno degli illeciti di pericolo si suole poi distinguere tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto. In particolare, nei reati di pericolo concreto il pericolo è un elemento costitutivo della fattispecie di reato -a differenza dei reati di pericolo astratto- per cui il giudice deve accertarne la concreta sussistenza⁴³².

Tuttavia, al contrario del modello utilizzato dal legislatore tedesco per cui il pericolo concreto è sempre ricostruito come pericolo di evento⁴³³, nel sistema italiano

⁴²⁹ Si veda, a tal proposito, Corte cost. 20 maggio 2016, n. 109, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3192, con osservazioni di E. APRILE. Sul principio della necessaria offensività in generale e sul suo eventuale inserimento tra i principi generali nei progetti di riforma del codice penale si vedano G. NEPPI MODONA, voce: *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Torino, 1996, p. 277; C.F. GROSSO (a cura di) *Per un nuovo codice penale. II. Relazione della Commissione Grosso (1999)*, Cedam, 2000, pp. 3-5; M. PISANI (a cura di), *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo*, Cedam, 1993, p. 27.

⁴³⁰ Analogamente cfr. Corte cost. 11 luglio 1991, n. 333, in *Foro it.*, 1991, I, p. 2628 ss., con nota di G. FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*.

⁴³¹ Così S. CANESTRARI, voce: *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 2. In posizione diversa si pone M. GALLO, *Reati di pericolo*, in *Foro pen.*, Roma, 1969, p. 2, il quale afferma che il pericolo consiste in un apprezzabile grado di possibilità, e non di probabilità, di un evento temuto.

⁴³² Sulla distinzione dei reati di pericolo, in generale, cfr. G. MARINUCCI- E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 252 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2017, pp. 204-207.

⁴³³ Ricostruzione imperniata sul modello legislativo della messa in pericolo della circolazione stradale (§ 315 c, StGB). In tema, si vedano le riflessioni di M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI- D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza sul lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Cedam, 2007, p. 278 ss.

il ruolo del pericolo quale elemento costitutivo della fattispecie non è riconducibile ad un unico modello. Difatti, vi sono figure criminose in cui lo stato di pericolo rappresenta il presupposto della condotta, altre volte il pericolo qualifica la condotta illecita o le cose oggetto materiale dell'azione ed, infine, può consistere nell'effetto di una determinata condotta, sia che in esso debba ravvisarsi l'evento del fatto sia che dia luogo ad una mera condizione di punibilità⁴³⁴.

Come detto, porre lo stato di pericolo in una sistematica generale è necessario ad affrontare le vastissime questioni che si aprono in relazione al modello di accertamento da utilizzare per verificarne la sussistenza. Ed è proprio in ragione di ciò che sembra non tenersi in conto la posizione che spetta al pericolo (nei reati di pericolo concreto) in una determinata fattispecie di reato: invero l'accertamento di un pericolo legato alla condotta tipica, che non si proietta oltre a questa, è cosa ben diversa dall'accertare se da una determinata condotta sia o meno derivato un pericolo. Allora ben diverso sarà il momento in cui il giudice dovrà idealmente riportarsi: nei reati a condotta pericolosa, nei quali cioè il pericolo qualifica la condotta, al momento della condotta; nei reati di evento di pericolo, nei quali cioè il pericolo costituisce l'evento stesso, al momento tra la fine della condotta e l'inizio dell'evento.

In considerazione di ciò, appare fuor di dubbio che la fattispecie della manipolazione del mercato sia stata costruita dal legislatore come fattispecie di pericolo in cui lo stato di pericolo qualifica la condotta, laddove sono le diverse condotte tipizzate a dover essere concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo delle azioni e dunque, in breve, sono le condotte a dover essere pericolose. È necessario tener conto proprio di tale premessa logica per determinare quale tipo di accertamento applicare per provare l'elemento costitutivo del pericolo nella fattispecie in esame.

Nel caso BNL-Unipol, la Corte ha negato che le condotte poste in essere siano concretamente idonee a cagionare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari e perviene a tale conclusione facendo leva su due ordini di argomentazioni.

La prima argomentazione- che qui verrà affrontata - si fonda su un giudizio controfattuale secondo il quale una diversa condotta degli imputati, rispetto a quelle descritte nell'imputazione, non avrebbe comportato un differente atteggiarsi del prezzo del titolo BNL.

⁴³⁴ Così M. GALLO, *Reati di pericolo*, cit., pp. 2-3.

La seconda si fonda invece su di un giudizio *ex ante* per il quale manca la prova di una condotta concorsuale degli esponenti del c.d. “contropatto” necessaria per poter affermare l’insorgenza in capo ad Unipol dell’obbligo di promuovere tempestivamente l’offerta pubblica di acquisto.

3.4.2. Profili problematici sull’accertamento del pericolo concreto di sensibile alterazione del prezzo nella giurisprudenza di legittimità: il giudizio controfattuale

La prima ragione per cui la Corte ha escluso l’idoneità delle condotte ad ingannare il mercato sul reale valore azionario di BNL si rinviene nel fatto che il prezzo del titolo BNL, nell’intero periodo di riferimento, sia rimasto tendenzialmente stabile o persino votato al rialzo. Si è affermato infatti che le informazioni false diffuse ed in generale le condotte manipolative poste in essere dai vertici di Unipol in concorso con altri imprenditori, e finalizzate in definitiva alla controscalata della BNL, non si rivelassero concretamente idonee a distorcere il mercato.

Nonostante in motivazione, al fine di verificare l’elemento costitutivo della sensibile alterazione, si è fatto espresso riferimento al giudizio formulato *ex ante* sulla base del criterio della prognosi postuma, sembra che la Corte in effetti sia andata ad accertare *ex post* se il prezzo fosse variato in negativo o meno. Non si potrebbe affermare infatti la stabilità costante del valore finanziario del titolo BNL se non ponendosi al momento conclusivo delle condotte poste in essere, nel momento in cui l’evento si sarebbe dovuto produrre ed invece non si è verificato.

Ebbene, nonostante la corretta affermazione sulla natura dell’art. 185 T.U.F. come reato di pericolo concreto e di mera condotta, le conclusioni a cui è addivenuta la Corte non sembrano affatto consequenziali a tale premessa.

I reati di pericolo concreto difatti esigono un accertamento di prognosi *ex ante* o di prognosi postuma, secondo il quale si fa retrocedere il giudizio al momento in cui si è verificata l’azione pericolosa o l’evento pericoloso.⁴³⁵ Ebbene, nell’ambito del giudizio *ex ante* è fondamentale stabilire se il giudizio debba retrocedersi al momento della condotta ovvero a quello immediatamente successivo, giacché l’esito del giudizio di pericolo può essere opposto.

⁴³⁵ Cfr. G. GRASSO, *L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 701-702, il quale parla di un giudizio di accertamento retrospettivo, concreto e prognostico: retrospettivo in quanto ci si riporta indietro al momento anteriore rispetto a quello in cui il giudizio si effettua; concreto poiché si fonda su tutte le circostanze esistenti in quel momento; prognostico giacché ha ad oggetto una previsione su avvenimenti futuri.

Se come si è visto, si parte dal presupposto che lo stato di pericolo all'interno della fattispecie può atteggiarsi diversamente, potendo essere attribuito della condotta ovvero dell'evento, ne deriva che la relazione tra la condotta pericolosa e l'evento posteriore è una relazione di probabilità tra una situazione data e un risultato dannoso, il quale è per definizione futuro ed incerto, cosicché l'accertamento della sussistenza di tale relazione deve essere effettuato prima che giunga a verifica- o a non verifica- il suddetto risultato⁴³⁶.

La Corte, andando a vedere gli effetti della condotta così come si sono verificati nel mondo fenomenico, ha di fatto utilizzato il metodo di accertamento diagnostico volto ad accertare se l'evento, in assenza della condotta posta in essere, si sarebbe ugualmente verificato. Ecco dunque che la giurisprudenza tende a ricostruire il delitto di manipolazione come un reato produttivo di un evento consistente nell'effettiva variazione del prezzo delle azioni⁴³⁷.

Anche in pronunce precedenti, come ad esempio nel caso della scalata Antonveneta⁴³⁸, la suprema Corte ha considerato l'aggraving come reato di evento anziché di mera condotta, e nel noto caso Ifil⁴³⁹, il Tribunale di Torino ha ritenuto che lo stato di pericolo di cui all'art. 185 T.U.F. fosse l'evento e che per tale ragione fosse necessario, ai fini dell'accertamento della *price sensitivity*, spostare l'attenzione al momento successivo della condotta per verificarne in concreto gli effetti. È noto che in seguito, nei confronti di tale ultima pronuncia, è stato proposto ricorso immediato per cassazione in quanto le conclusioni raggiunte dal Tribunale torinese non sono state ritenute "giuridicamente corrette"⁴⁴⁰. Infatti, nell'annullare tale sentenza, la Cassazione ha precisato che all'interno dell'art. 185 T.U.F. non è contemplato alcun evento naturalistico e dunque l'accertamento del pericolo doveva essere condotto non

⁴³⁶ Si veda F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., pp. 36-37.

⁴³⁷ Per F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Giuffrè, 2010, p. 314 sussiste una discrasia tra diritto penale sostanziale, in cui la fattispecie tipica prevede un'anticipazione della soglia di consumazione del reato per alleggerirne il carico probatorio, e la sua applicazione processuale, ove si ricostruisce la manipolazione come reato incentrato sull'evento dell'effettiva alterazione dei prezzi degli strumenti finanziari.

⁴³⁸ Sez. II, 28 novembre 2012, n. 12989, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 aprile 2013, con nota di F. VIGANÓ, *La Cassazione chiude il caso della scalata Antonveneta (e perde una preziosa occasione per fare un po' di chiarezza sui delitti di aggraving)*.

⁴³⁹ Trib. Torino, Sez. I, 21 dicembre 2010, p. 823, in *Le Società*, 2011, p. 823, con nota di F. CONSULICH, *Manipolazione del mercato e disorientamenti dogmatici: tra eventi di pericolo e pericolo di eventi*.

⁴⁴⁰ Sez. V, 20 giugno 2012, n. 40393, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4627, con osservazioni di V. NOTARGIACOMO.

già con un criterio *ex post* sulla base delle reazioni concrete del mercato, bensì mediante il criterio della prognosi postuma, con riferimento al momento terminale della condotta commissiva.

Il giudizio di diagnosi *ex post* nell'accertamento del pericolo non sembrerebbe affatto corretto giacché renderebbe inconcepibile l'elemento del pericolo, «perché a cose avvenute l'evento lesivo non è più probabile, ma si è verificato o non si è verificato»⁴⁴¹. Inoltre, negherebbe del tutto la funzione di tutela anticipata del reato di pericolo, facendo sussistere il pericolo solo ove sia presente anche la lesione. Se infatti l'illecito penale è configurato in modo tale da anticipare la tutela, tale tecnica di incriminazione non può conciliarsi con una già avvenuta verifica dell'evento e, nel caso di specie, con la verifica dell'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari.

Orbene, il giudice che deve pronunciarsi sulla pericolosità dell'azione che già si è svolta ed ha prodotto i suoi effetti dovrà ricorrere necessariamente alla prognosi postuma, valutando *ex ante* se al momento dell'azione sussisteva o meno la probabilità dell'evento dannoso, anche se nessuna alterazione si sia prodotta nel mercato⁴⁴². Nel fare ciò dovrà considerare le circostanze che in base all'esperienza erano conoscibili nel momento in cui è stata realizzata la condotta ed in più quelle ulteriori conosciute dall'agente. In particolare, nel caso di specie, si dovrà tener conto della congiuntura dei mercati all'interno della quale si è operato, i mezzi adoperati, le caratteristiche dello strumento finanziario e il volume delle negoziazioni che lo hanno interessato⁴⁴³. Tutte le altre circostanze, verificatesi successivamente, o alla conoscenza delle quali si può arrivare soltanto *ex post*, non assumeranno rilevanza alcuna ai fini dell'accertamento.

Da ultimo, la giurisprudenza ha ribadito la natura di reato di pericolo concreto del delitto di manipolazione del mercato, evidenziando in particolare che la concreta idoneità della condotta deve essere accertata sulla base del criterio della prognosi postuma, volto a verificare se – con riferimento all'intera platea degli investitori ed

⁴⁴¹ Così F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 203.

⁴⁴² Secondo Sez. V, 16 luglio 2015, n. 3971, in *C.E.D. Cass.*, n. 265864 il reato di agiotaggio manipolativo può integrarsi sia qualora la condotta fosse *ex ante* idonea a produrre un'alterazione del mercato ma questa non si sia prodotta sia quando la condotta dovesse ritenersi *ex ante* non idonea e vi siano state tuttavia alterazioni sensibili nel prezzo delle azioni.

⁴⁴³ E. AMATI, *Art. 185 t.u.f.*, in E. PEDERZINI (a cura di), *La disciplina degli abusi di mercato. Commentario sistematico*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 1062; C. SANTORIELLO, voce: *Mercati finanziari (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, Tomo II, 2008, p. 693.

alla complessiva situazione di mercato, nonché valutando le iniziative sollecitatorie della Consob a norma dell'art. 114 T.U.F. – gli effetti decettivi dei fatti comunicativi, prevedibili in concreto ed *ex ante* quali conseguenze della condotta dell'agente, siano stati potenzialmente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di mercato del titolo rispetto a quello determinato in un corretto processo di formazione dello stesso⁴⁴⁴. Nel caso di specie, dunque, la Corte ha annullato con rinvio la decisione di merito che aveva assolto gli imputati i quali, sostenendo l'esistenza di un gruppo di investitori interessati all'acquisto delle azioni di una società in mano pubblica, avevano posto in essere artifici, consistenti nella produzione di documentazione falsa, e diffuso agli organi di informazione notizie non veritiere sulla consistenza economica degli investitori e sulla serietà dell'offerta; condotte ritenute idonee a determinare una sensibile alterazione del titolo quotato in borsa.

Se dunque il reato di manipolazione si considera un reato di pericolo concreto, il giudice sarà obbligato a vagliare la pericolosità della condotta nella concreta situazione ambientale, nella congiuntura in cui questa si è inserita, in un momento antecedente alla verifica o meno di qualsiasi evento dannoso⁴⁴⁵.

3.5. Quadro normativo ed evoluzione storica dei “*Criminal Market Abuse*” di stampo anglosassone

I reati finanziari sono considerati antichi quanto il capitalismo. Nei cinquanta anni seguenti alla “*Glorious Revolution*” del 1688, l'Inghilterra ha vissuto una profonda rivoluzione nel settore del prestito pubblico, la quale ha trasformato profondamente l'economia ed ha aperto le porte a “truffatori” pieni di risorse.

Nel 1694 fu istituita la Banca d'Inghilterra per finanziare il debito pubblico; le obbligazioni governative emesse dalla banca- e scambiate in borsa (*Stock Exchange*) -divennero presto un'importante fonte di investimento per le classi più agiate. Queste azioni, o fondi, furono anche l'origine dei primi “*white-collar crimes*”. Così, ad esempio, si racconta di Sir Henry Furness, un direttore di banca del XVII secolo, che partecipò a numerose operazioni per abbassare artificialmente il prezzo dei titoli ed acquistarli successivamente ad un prezzo ridotto⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Così Sez. V, 19 ottobre 2018, n. 53437, in *Cass. Pen.*, 2019, p. 3723.

⁴⁴⁵ In tema si veda C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di agiotaggio*, Giuffrè, 1958, p. 49.

⁴⁴⁶ J. FRANCIS, *Chronicles and Characters of the Stock Exchange*, Willoghby and Company, 1849, p. 29.

Durante il XIX secolo, la proliferazione di azioni, obbligazioni e titoli di tutti i tipi cambiò radicalmente gli investimenti. La proprietà intesa come possesso di beni fisici lasciò il passo a più intangibili risorse di guadagno e di partecipazione nell'investimento dei capitali. Investimenti di tale sorta furono, da un lato, la causa della crescita fenomenale dell'economia inglese, dall'altro, un terreno particolarmente vulnerabile alla manipolazione⁴⁴⁷.

Come visto, il sistema finanziario protegge dai movimenti sfavorevoli del prezzo sia i produttori ed i consumatori di beni tangibili sia gli operatori finanziari. Ma la più importante e delicata funzione dei mercati finanziari è l'efficiente allocazione delle risorse al fine di produrre in futuro beni e servizi. Invero, il risparmio, quale reddito non consumato, viene messo a disposizione degli investitori, alimentando di conseguenza il processo di crescita di un sistema economico. Sussiste dunque un forte legame tra lo sviluppo del sistema finanziario e la crescita economica⁴⁴⁸.

Tuttavia, il sistema finanziario è un fragile meccanismo che può essere turbato da shock e distorsioni (esogene ed endogene) ovvero può non funzionare correttamente a causa di crolli del mercato. In più, a causa di un rischio di contagio dovuto alle asimmetrie informative, le banche sono soggetti vulnerabili e rappresentano una fonte seria di rischio sistemico. Da qui, la necessità di estese regolamentazioni improntate a:

1. preservare la fiducia degli utilizzatori finanziari e dei consumatori dei servizi finanziari nel funzionamento efficiente del mercato;
2. rimediare ai crolli del mercato (ad esempio, con la regolazione della “*disclosure*”);
3. proteggere il sistema finanziario dagli imprevedibili ma probabili *shocks* come gli assalti agli sportelli (ad es. *Deposit insurance and capital adequacy regulations*).

Proprio perché le molte esternalità e i crolli in cui gli operatori possono imbattersi hanno un tale impatto sulla economia reale, si è evidenziato che le istituzioni del settore finanziario avrebbero dovuto regolare più rigidamente il mercato, in modo da renderlo altresì più resiliente.

Ma come nascono la finanza e le Borse di scambio?

⁴⁴⁷ G. ROBB, *White-Collar Crime in Modern England*, Cambridge University Press, 1992, p. 80.

⁴⁴⁸ E. AVGOULEAS, *Governance of Global Financial Markets. The Law, The Economics, The Politics*, Cambridge University Press, 2012, p. 4 ss.

Le operazioni di finanza e di credito furono inizialmente confinate solo all'interno di strette relazioni familiari o di gruppi di proprietari terrieri. Solo dopo furono estese anche ai mercanti o alle imprese di commercio.

L'uso di specifici intermediari finanziari divenne, invece, necessario solo quando furono richieste valute più alte o crediti a lungo termine ovvero quando furono coinvolte maggiori distanze geografiche⁴⁴⁹. La previsione di tali servizi si espanse, in particolare, con la crescita del commercio a partire dalla fine del medioevo (dal 1200 circa in avanti). I primi banchieri furono i mercanti italiani durante il XIII e il XIV secolo: la prima banca viene considerata il "Monte de' Paschi di Siena" che fu fondata a Siena nel 1472 (sebbene la Casa di San Giorgio fosse stata fondata prima a Genova nel 1407).

La finanza internazionale poi si espanse in Italia e altrove con i "Great Fairs", i quali furono istituiti nelle principali città mercantili medievali in tutta Europa⁴⁵⁰. La più antica borsa di scambio, invece, fu istituita ad Anversa nel 1460. Successivamente altre borse furono erette a Lione nel 1540, ad Amburgo nel 1558 e ad Amsterdam nel 1602. Il primo mercato di borsa organizzato è tuttavia considerato quello fondato a Parigi nel 1724, la cui iscrizione era ristretta solo a sessanta agenti di cambio ("*agents de change*") e in cui sussisteva un codice di condotta per regolare le contrattazioni.

In Inghilterra, i "provider" del mercato dei capitali iniziarono ad incontrarsi nella City di Londra in "*coffee houses*" a partire dal tardo '600. Un gruppo organizzato si incontrava al "*Jonathan's Coffee – House*" dal 1760 per comprare e vendere azioni. Il nome fu successivamente cambiato in "*Stock Exchange*" nel 1773, con un atto originale di costituzione nel 1802.

Dal XIV secolo circa, le principali città di commercio, tra cui la più famosa è Londra, operavano nel commercio attraverso le corporazioni professionali per le quali i mercanti giuravano obbedienza (una pratica successivamente assorbita nella *common law*). Gradualmente in Inghilterra la Corte della "*Common law and Equity*" assunse la giurisdizione nelle materie commerciali e dal XVIII secolo iniziarono a partecipare anche degli specialisti nella risoluzione delle dispute.

⁴⁴⁹ L. NEAL, *Development of Financial Institutions*, in *New Palgrave Dictionary of Money and Finance*, Palgrave, 1992, pp. 659-662.

⁴⁵⁰ M. BLAIR QC- G- WALKER – S. WILLEY, *Financial Markets and Exchanges Law*, Oxford University Press, 2012, p. 6.

Gli abusi nei mercati finanziari sono stati storicamente regolati mediante una combinazione di diritto penale, riguardante tutti gli operatori dei mercati finanziari, e di regolamentazione dei professionisti del mercato. Sebbene la crisi finanziaria del 2008 abbia portato alla luce gravi pratiche abusive, gli abusi nel mercato finanziario non sono un fenomeno recente. Tradizionalmente, vi sono stati molti casi famosi nella storia, come ad esempio il crollo della “*South Sea Company*”⁴⁵¹ (che verosimilmente è il primo boom degli “*stock market*”), l’illegittima manipolazione del prezzo delle azioni nel “*Guinness affair*” nel 1980, fino alla manipolazione del prezzo delle azioni individuali da parte *Citigroup Global Markets* nel 2005⁴⁵².

È stato osservato che vi è una lunga tradizione consolidata di controllo del mercato e di adozione di norme specifiche per prevenire gli abusi di mercato, che può forse tracciarsi addirittura a partire dall’Impero Romano e dall’istituto del “giusto prezzo”⁴⁵³.

A partire dall’emergenza del sistema delle corporazioni e del controllo delle professioni, nel medioevo nel Regno Unito è stata riconosciuta la c.d. interferenza legittima e il più formale controllo degli abusi di mercato, attraverso pratiche restrittive di commercio e concessioni di monopoli commerciali mediante atti costitutivi del re⁴⁵⁴. Il concetto della interferenza legittima (“*legitimised interference*”) rimane in piedi tutt’oggi come uno dei pilastri del controllo dello Stato contro gli abusi del mercato⁴⁵⁵.

La regolamentazione moderna degli abusi di mercato nel Regno Unito ed in Europa è stata fortemente influenzata dalla legge e dalla regolamentazione americana, sebbene sussistano importanti differenze nell’approccio di tutela.

In Europa e nel Regno Unito, invero, il regime degli abusi di mercato riflette largamente la necessità di parità di informazione (“*equality of information*”): i mercati finanziari organizzati- come il mercato dei titoli pubblici- dipendono dalla divulgazione delle informazioni a tutti gli investitori, la quale deve avvenire in modo tempestivo, paritario e simultaneo.

Diversamente, le leggi americane sui titoli federali seguono un approccio fiduciario o quasi-fiduciario (“*fiduciary or quasi -fiduciary rationale*”). Il presupposto

⁴⁵¹ N. FERGUSON, *The Ascent of Money: A Financial History of the World*, Allen Lane, 2008, ch. 3.

⁴⁵² Financial Services Authority Final Notice, *CitiGroup Global Markets Ltd*, 28 June 2008.

⁴⁵³ B. M. MITNICK, *The Political Economy of Regulation*, Columbia University Press, 1980, p. 243.

⁴⁵⁴ G. GILLIAN, *Regulating the Financial Sector (Studies in Corporate Corporate and Financial Law)*, Kluwer Law International, 1999, pp. 107-108.

⁴⁵⁵ S. BAZLEY, *Market Abuse Enforcement: Practice and Procedure*, Bloomsbury Professional, 2013, pp. 3-5.

è che gli amministratori di una società o di un altro ente che emette titoli pubblici hanno dei doveri verso i propri investitori e, per tal motivo, è richiesto loro di divulgare materiale o informazioni non pubbliche che possiedono sull'emittente prima di procedere alla contrattazione in borsa. Ciò ha delle significative implicazioni pratiche nel fatto che talvolta nel Regno Unito può essere considerato *Insider dealing* ciò che non sarebbe considerato *Insider trading* negli Stati Uniti.

Proprio in ragione dello sviluppo della regolamentazione statunitense, anche nel Regno Unito si ritrova oggi la prova di un rinnovato impegno nel rinforzare l'*Insider dealing* e nell'ampliare le leggi sugli abusi di mercato. Qui la politica del "*credible deterrence*" è stata portata avanti con vigore considerevole.

Prima dell'avvento degli illeciti civili ("*civil offence*") degli abusi di mercato nel FMSA 2000, il Regno Unito non aveva specifiche strategie di controllo. La principale protezione per gli investitori era di applicare la massima "*caveat emptor*" (o anche "*let the buyer beware*"). In seguito, il governo inglese divenne sempre più persuaso che una protezione più formale dei mercati finanziari inglesi dagli abusi di mercato sarebbe stato un fattore che avrebbe assicurato la loro crescita.

Era stato riconosciuto che i mercati finanziari erano cambiati e si erano espansi troppo rapidamente perché la regolamentazione dei servizi finanziari del "*Financial Service Act 1986*" potesse starvi al passo. Inoltre, quest'ultimo risultava inefficace sia a causa di un'eccessiva frammentazione regolatoria sia a causa di una pesante dipendenza delle sanzioni penali rispetto alle sanzioni civili. Conseguentemente, nel maggio 1997, il Governo laburista annunciò la proposta di riforma del sistema regolatorio dei servizi finanziari nel Regno Unito. Nel luglio 1998, il Tesoro pubblicò un rapporto che spiegava la politica della riforma dei servizi finanziari in dettaglio, incluso un disegno per il nuovo "*Financial Services and Markets Bill*" (*the Bill*)⁴⁵⁶.

The Bill propose di cambiare la regolazione dei servizi finanziari inglesi designando la "*Financial Service Authority*" (FSA) come unico agente regolatore per autorizzare, supervisionare ed applicare l'attività dei servizi finanziari. A tal proposito, gli fornì una gamma di nuovi poteri per combattere le condotte lesive del mercato, tra cui:

- il potere di investigazione;
- il potere di instaurare procedimenti penali in casi di *Insider dealing* o in relazione alle pratiche ingannevoli;

⁴⁵⁶ HM Treasury, *Financial Services and Markets Bill: A Consultation Document*, July 1998.

- il potere di imporre multe civili in caso di *market abuse*;
- il potere di emettere ordini di restituzione in caso di condotte lesive il mercato⁴⁵⁷.

La struttura della regolazione degli abusi di mercato nel Regno Unito è stata poi implementata grazie all'adozione della direttiva europea sugli abusi di mercato nel maggio 2002. Il governo inglese riconobbe che l'adozione della direttiva avrebbe richiesto un sostanziale cambiamento nel regime degli abusi di mercato. Per rendere effettiva tale adozione, dunque, il Tesoro e la FSA emisero un progetto congiunto il 18 giugno 2004 ("*Joint Consultation Paper*"), il quale propose la modificazione della legislazione inglese nella materia.

La data effettiva per il Regno Unito per recepire la direttiva sui *market abuse* era il primo luglio 2005. La direttiva richiedeva a ciascun Stato membro di nominare un ente regolatore che si occupasse degli abusi di mercato e dell'*insider trading*⁴⁵⁸: nel Regno Unito tale autorità era la "*Financial Service Authority*" (FSA).

Nel 2000, venne poi promulgato il "*Financial Services and Markets Act 2000* (FMSA) il quale conteneva un regime costituito da un illecito civile per gli abusi di mercato e da tre illeciti penali per le informazioni e le pratiche ingannevoli intese a manipolare i mercati finanziari regolati (FMSA, ss. 118-123 "*Penalties for Market Abuse*"). Si tratta dei reati che, comunemente, accomuniamo sotto la generica dizione di "manipolazione del mercato".

Nel 2012, il Parlamento emanò il "*Financial Service Act 2012*" che allargava l'ambito del regime degli abusi di mercato. In particolare, sostituì la sezione 397 con tre reati distinti, e segnatamente: "*Misleading statement*" (section 89); "*Misleading impressions*" (section 90) e "*Misleading statements etc in relation to benchmarks*" (section 91).

Infine, il *Financial Service Act 2012* eliminò anche la *Financial Service Authority* e la sostituì con due autorità distinte: la "*Prudential Regulation Authority*" (PRA), responsabile di regolare banche, alcune società di investimento e di assicurazione e la "*Financial Conduct Authority*" (FCA), responsabile di regolare le condotte e le pratiche di mercato.

⁴⁵⁷ FSA, *Consultation Paper 17, Financial services regulation: Enforcing the new regime*, December 1998, s 115.

⁴⁵⁸ Directive, Recital 36.

Orbene, il lungo processo di stratificazione di una moltitudine di disposizioni ha portato ad un sistema di leggi e regolamentazione degli abusi di mercato che opera oggi su tre diversi livelli: il diritto penale, gli illeciti civili di abusi del mercato e (per le imprese e i soggetti regolati dalla FCA) il regime disciplinare sotto i Principi del FCA.

Sul lato penalistico, furono disciplinate due specifici reati finanziari di condotta (*market conduct criminal offences*): l'*Insider dealing* e la manipolazione del mercato.

La criminalizzazione dell'*Insider dealing* viene fatta risiedere nella necessità di un'informazione trasparente e tempestiva. Quest'ultima caratteristica è considerata talmente fondamentale nel corretto funzionamento del mercato finanziario, che il requisito della tempestiva "*disclosure*" può considerarsi come una delle pietre angolari della regolamentazione inglese dei mercati⁴⁵⁹.

Quanto alla manipolazione del mercato, la *ratio* del proibire agli operatori del mercato di influenzare il prezzo delle azioni a loro vantaggio ingannandosi l'un l'altro appare più chiaro: è simile alla frode⁴⁶⁰.

La repressione dell'*Insider dealing* nel Regno Unito è cominciata tardi ed inizialmente ha seguito il modello della legge americana dell'*Insider trading*. Invero, soltanto a partire dall'entrata in vigore del "*Companies Act 1980*" (sostituito dal "*Company Securities (Insider Dealing) Act 1985*") l'*Insider dealing* divenne un reato nel Regno Unito. Questo fu seguito dall'adozione della direttiva europea sull'*Insider dealing* attraverso il "*Criminal Justice Act 1993*", che nella Parte V continua a disciplinare i reati (*the "criminal" offences*) di *Insider dealing* nel Regno Unito. Nonostante l'*Insider dealing* divenne un reato negli anni '80, le prime indagini relative a tale fattispecie si ebbero soltanto nel 2008 e da luglio 2013 il FSA ha assicurato 23 condanne per il suddetto reato⁴⁶¹. Si è evidenziato che la maggiore attenzione nell'uso di illeciti penali per la condotta di *Insider dealing* trova anche il favore di un approccio più muscolare da parte dell'UE in relazione al suo perseguimento.

Il moderno reato di manipolazione del mercato affonda le proprie origini nel s.13 del "*Prevention of Fraud (Investments) Act 1958*". In seguito, il s.47 del "*Financial Services Act 1986*", poi sostituito dal s.397 del "*Financial Services and*

⁴⁵⁹ S. BAZLEY, *Market Abuse Enforcement: Practice and Procedure*, Bloomsbury Professional, 2013, p. 245.

⁴⁶⁰ K. ANDERSON -A, PROCTER – J. GOODLIFFE, *A practitioner's guide to the law and regulation of market abuse*, Thomson Reuters, 2017, p. 3 e ss.

⁴⁶¹<http://www.fca.org.uk/news/firms/four-arrested-in-fca-insider-dealing-investigation>.

Markets Act 2000 (FSMA 2000)” introdusse la manipolazione del mercato, costituita tra tre reati: in generale, si punisce chiunque consapevolmente fa un’affermazione falsa o ingannevole o disonestamente nasconde fatti materiali rilevanti in relazione all’acquisto o alla vendita di un investimento (“*any person to knowingly make a false or misleading statement or to dishonestly conceal material facts in connection with the purchase or sale of an investment*”)⁴⁶². Oggi, come si vedrà in seguito (cfr. § 3.6.), il reato di manipolazione del mercato è disciplinato da tre disposizioni (ss.89, 90, 91) previste dal “*Financial Services Act 2012 (FSA 2012)*”, il quale ha sostituito il precedente *Act*.

Il regime inglese degli abusi civili del mercato entrò in vigore accanto l’esistente regime penalistico, il primo dicembre 2001. Nel luglio 2005 fu sostanzialmente rivisto in modo da aggiornarlo con la Direttiva europea sul Market Abuse 2003/6/EC (MAD I). Ora, come visto, è stato totalmente sostituito dal regolamento “*Market Abuse Regulation*” (MAR) che è entrato in vigore il 3 luglio 2016 ed ha abrogato la precedente direttiva.

A differenza del reato di *Insider dealing*, l’ambito che copre l’illecito civile di “*market abuse*” è molto più ampio, proibendo non solo l’abuso dell’informazione privilegiata dei “*company insiders*”, ma anche condotte di persone che creano false o ingannevoli impressioni, o distorcono la domanda e l’offerta di investimenti qualificati nei mercati regolati⁴⁶³. Inoltre, la direttiva sugli abusi di mercato ha esteso significativamente la definizione di “*market abuse*” in ambito civilistico nella legislazione inglese⁴⁶⁴.

Il *Market abuse* è ora definito nella sezione 118 del FSMA come:

1. *Behaviour (whether by one person alone or by two or more persons jointly or in concert) which: (a) occurs in relation to a qualifying investment traded or admitted to trading on a prescribed market or in respect of which a request for admission to trading on such a market has been made, and (b) falls within any one or more of the types of behaviour set out in subsections (2) to (8) as follows;*

⁴⁶² E.J. SWAN – J. VIRGO, *Market Abuse Regulation*, Oxford University Press, 2010, pp. 5-6.

⁴⁶³ B. RIDER – K. ALEXANDER – S. BAZLEY – J. BRYANT, *Market Abuse and Insider Dealing*, Bloomsbury Professional, 2016, pp. 85-86.

⁴⁶⁴ V. “Financial Services and Markets Act 2005 (Market Abuse) Regulations 2005, SI 2005/381” e “Investment Recommendation (Media) Regulations 2005, SI 2005/38”².

2. *An insider who deals, or attempts to deal, in a qualifying investment or related investment on the basis of inside information relating to the qualifying investment; or*
3. *An insider who discloses inside information to another person other than in the proper course of his employment, profession or duties; or*
4. *Behaviour not falling within subsections (2) or (3) (a) but which is based on information which is not generally available to those using the market but which, if available to a regular user of the market, would be, or would likely be, regarded by him as relevant when deciding the terms on which transactions in qualifying investments or related investments should be effected, and (b) is likely to be regarded by a regular user of the market as a failure on the part of the person concerned to observe the standard of behaviour reasonably expected of a person in his position in relation to the market⁴⁶⁵; or*
5. *Behaviour which consists of effecting, or participating in effecting, transactions or orders to trade (other than in conformity with accepted market practices) which give a false or misleading impression as to the supply of, or demand for, or as to the price or value of, one or more qualifying investments at an abnormal or artificial level; or*
6. *Behaviour which consists of effecting, or participating in effecting, transactions or orders to trade which employ fictitious device or any other form of deception or contrivance; or*
7. *Disseminating information by any means which gives, or is likely to give, a false or misleading impression as to a qualifying investment or related investment by a person who knew or could reasonably be expected to have known that the information was false or misleading; or*
8. *Misleading behaviour or distortion of the market where the behaviour falls below the standard of behaviour reasonably expected by the alleged abuser.*

La vaghezza di tali previsioni fu pesantemente criticata durante il dibattito parlamentare. Per tale motivo il governo accettò che la FSA potesse, in effetti, fornire assistenza ed aggiungere alcuni “*safe harbours*” nel *Code of Market Conduct*. Tutto

⁴⁶⁵ “The regular user test” fu introdotto nell’originario FMSA l s 118 (10), ma non è stato inserito nella direttiva eurounitaria. La sottosezione (4) è scaduta il 31 dicembre 2014, mentre la numero (8) è scaduta il 3 luglio 2016 quando il Regolamento è entrato in vigore nella legislazione inglese.

ciò si riflette nella sezione 119 del FSMA 2000, che richiede la produzione del Codice⁴⁶⁶.

Le sottosezioni 2 e 3 sono conosciute come le violazioni di *Insider dealing* derivanti dalla normativa europea, mentre le sotto-sezioni 4 e 8 sono previsioni “super-equivalenti” che non trovano fondamento nella Direttiva. Comunque, le sezioni 4 e 8 sono soggette ad una determinata clausola chiamata “*sunset clause*” in virtù della quale gli illeciti scadranno a meno che la legge non intervenga per mantenerli. Tale clausola è stata estesa tre volte quando la revisione della cornice europea sui *market abuse* era pendente. L’illecito di cui alla sotto-sezione 4 è scaduta il 31 dicembre 2014, mentre l’illecito compreso nella sotto sezione 8 è scaduto il 3 luglio 2016 quando il regolamento europeo sugli abusi di mercato ha acquisito efficacia nell’ordinamento inglese⁴⁶⁷.

Oltre ai reati di *Insider dealing* e *Market manipulation*, e gli illeciti civili di abusi di mercato, vi sono altresì illeciti regolati dalla nuova “*Financial Conduct Authority*” (FCA): le società autorizzate e i singoli individui sono rispettivamente soggetti ai “*Principles for Business, Conduct Rules*” che disciplinano la condotta di coloro che lavorano all’interno delle istituzioni, e ai “*Principles for Approved Persons*”, che disciplinano le regole di condotta nel mercato.

Con particolare riguardo alla tipologia di sanzioni, alcuni sistemi hanno provveduto a fornirsi di un ampio raggio di sanzioni, in modo da ampliare la capacità del regolatore di rispondere in modo effettivo alla gravità delle violazioni. Nel Regno Unito per esempio, il ventaglio delle sanzioni disponibili per il regolatore include:

- a) multe finanziarie (*financial penalties*);
- b) pubblica censura (*public censure*);
- c) divieti per le persone che esercitano un’attività regolamentata o revoca dell’approvazione in qualità di persona autorizzata (*prohibitions on individuals engaging in regulated activity or withdrawal of approval as an “approved person*);
- d) variazione e cancellazione del permesso di intraprendere attività regolate (*variation and cancellation of permission to engage in regulated activity*);
- e) ordini di ingiunzione e di restrizione (*injunctions and restitution orders*);

⁴⁶⁶ R. McCORMICK, *Legal Risk in the Financial Markets*, Oxford University Press, 2010, p. 359.

⁴⁶⁷ Per una trattazione specifica del “*market abuse regime*” si veda S. MORRIS, *Financial Services Regulation in Practice*, Oxford University Press, 2016, p. 447 ss.

f) prosecuzione per gli illeciti penali (*prosecution of criminal offences*)⁴⁶⁸.

Inoltre, durante la crisi finanziaria, l'agenzia di regolazione inglese utilizzò anche altri strumenti, considerati piuttosto blandi, quali la produzione di “*damning reports*”, l'imposizione dell'etichetta di “*media friendly*” o la comminazione di simboliche sanzioni finanziarie⁴⁶⁹.

Determinare il ruolo appropriato delle sanzioni penali nel raggio delle sanzioni disponibili non è semplice. Invero, come anticipato, il controllo regolatorio è spesso caratterizzato da una ambivalenza morale perché riguarda condotte che non sono di per sé moralmente repressibili, ma potrebbero diventarle in alcune circostanze. La criminalizzazione di determinate condotte implica un grado di scandalo pubblico che non è sempre presente negli illeciti amministrativi. La sanzione penale, quale strumento basato sulla deterrenza, è una risposta effettiva alle condotte palesi e imprevedibili; tuttavia, sembra non funzionare così bene nei casi in cui il comportamento che infrange la legge sia seriale ed esteso. In questi casi, un approccio basato sulla “*compliance*” sarebbe forse più efficace, specialmente laddove non è facile identificare le vittime o collegarle ad una contravvenzione regolatoria. Problemi sorgono anche in relazione agli aspetti processuali: nel caso di *Insider dealing*, per esempio, una sempre più recente scelta di comminare sanzioni civili è dovuta anche alla difficoltà di provare le condotte incriminate, a causa sia dell'alto grado di onere della prova richiesto sia della protezione accordata all'imputato nel processo penale.

Il Regno Unito non ha aderito alla proposta di direttiva sulle sanzioni penali per abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato. Il governo inglese aveva sottolineato, invero, che la sua decisione di non partecipare in quel momento a tale riforma si basava sulla convinzione che il Regno Unito punisse già tali condotte con illeciti penali⁴⁷⁰.

Nel 2014 il Governo ha annunciato che sebbene il Regno Unito non utilizzasse lo “*opting in*” per le nuove regole previste nella direttiva del 2014 sulle sanzioni penali per gli abusi di mercato, il regime delle sanzioni penali inglese sarebbe stato aggiornato e sarebbe diventato più forte.

⁴⁶⁸ I. MacNEIL, *Enforcement and Sanctioning*, in N. MOLONEY – E. FERRAN- J. PAYNE (edited by), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford University Press, 2017, p. 296 e ss.

⁴⁶⁹ N. RYDER, *The Financial Crisis and White Collar Crime. The perfect storm?*, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 215.

⁴⁷⁰ Financial Secretary to the Treasury (Mr Mark Hoban), Hansard, Commons Debates, 20 February 2012.

La “*Fair and Effective Markets Review*” ha fornito delle raccomandazioni per raggiungere tale obiettivo. Queste includono l’estensione del regime inglese delle sanzioni penali dei *market abuse* ad un più ampio ambito di mercati a reddito fisso, monete e beni, creando una nuova legislazione per il regime civile e penale per il tasso di cambio a pronti (spot FX) ed aumentando la pena massima per i reati di *market abuse* a 10 anni.

Ciò nonostante, la direttiva europea può causare un forte impatto anche sulle società e sugli individui nel Regno Unito. In particolare, le società inglesi potranno ricadere nella giurisdizione penale di altri Stati membri sulla base del fatto che esse commerciano nei mercati EEA del Regno Unito o che i loro dipendenti hanno la nazionalità di altri Stati membri.

A seguito della conclusione del percorso di uscita del Regno Unito dall’Unione europea (c.d. *Brexit*)⁴⁷¹, non si sa ancora cosa il governo deciderà sulle legislazioni di fonte europea.

Tuttavia, nella “Dichiarazione politica che definisce il quadro delle future relazioni tra l’Unione europea e il Regno Unito” (2019/C 384 I/02), pubblicata in Gazzetta ufficiale dell’Unione europea il 12.11. 2019, agli artt. 35 e ss. si legge quanto segue:

“35. Le parti si impegnano a mantenere la stabilità finanziaria, l’integrità del mercato, la protezione degli investitori e dei consumatori e la concorrenza leale, rispettando al contempo, su base di reciprocità, l’autonomia normativa e decisionale e la competenza di adottare decisioni di equivalenza nel rispettivo interesse. Ciò non pregiudica la competenza delle parti di adottare o mantenere, se del caso, eventuali misure per motivi prudenziali. Le parti convengono di cooperare strettamente in materia di regolamentazione e vigilanza nell’ambito degli organismi internazionali.

36. In considerazione del fatto che entrambe le parti disporranno di quadri di equivalenza che consentiranno loro di dichiarare che i regimi di regolamentazione e vigilanza di un paese terzo sono equivalenti a fini pertinenti, esse dovrebbero cominciare a valutare l’equivalenza reciproca nell’ambito di tali quadri il prima possibile dopo il recesso del Regno Unito dall’Unione, adoperandosi per concludere

⁴⁷¹ In relazione all’implementazione della MAD II nel Regno Unito prima del voto di “Brexit” e alle sue future implicazioni, si veda C. Howard, *A historical overview of the general implementation of the European Union Market Abuse Directive in the United Kingdom before Brexit and its future implications*, in *Maastricht Journal Of European And Comparative Law*, 2017, p. 217.

tali valutazioni entro la fine di giugno 2020. Le parti continueranno a monitorare i rispettivi quadri di equivalenza.

37. Le parti convengono sul reciproco interesse di una cooperazione stretta e strutturata in materia di regolamentazione e vigilanza. Tale cooperazione dovrebbe fondarsi sul partenariato economico e sui principi dell'autonomia normativa, della trasparenza e della stabilità. Dovrebbe prevedere la trasparenza e un'opportuna consultazione nel processo di adozione, sospensione e revoca delle decisioni di equivalenza, nonché lo scambio di informazioni e la consultazione in merito a iniziative normative e altre questioni di reciproco interesse, a livello sia politico che tecnico”.

Infine, con specifico riguardo ai poteri della FCA, sotto la sezione 380 del FSMA, la FCA può fare richiesta alla Corte di un'ingiunzione per fermare la violazione di una rilevante disposizione. Inoltre, il s. 382 autorizza la FCA ad adire la Corte per un ordine di restrizione contro una persona che ha violato un importante disposizione della FSMA. Infine, la FCA può chiedere un ordine alla Corte per richiedere al reo di restituire i profitti o pagare una compensazione a qualsiasi parte abbia sofferto perdite a causa di una violazione del FSMA, inclusi l'abuso di mercato e la manipolazione del mercato.

Da una prospettiva criminale, è bene menzionare che soltanto nel 2005 la FCA ha applicato il reato di manipolazione del mercato basata sulle dichiarazioni ingannevoli nel caso *R v Rigby, Bailey, and Rowley*⁴⁷². Fino a quel momento, le autorità inglesi avevano instaurato pochi processi di manipolazione del mercato come definita nella sezione 397 o di *insider dealing* come definito nella Parte V del “*Criminal Justice Act 1993*”. Una serie di ostacoli, inclusi gli alti standard dell'onere della prova e la complessità di perseguire i c.d. “*white collar criminals*”, avevano reso difficile per le autorità inglesi concludere le indagini in tale ambito. Infatti, il basso numero di procedimenti instaurati a partire dall'entrata in vigore del FSMA nel 2001 può spiegarsi in parte con l'inefficiente uso di risorse e con le scarse conoscenze

⁴⁷² *R v Bailey and Rigby* [2005] EWCA Crim 3487, [2006] 2 Cr App R (S) 36. The FSA's prosecution here was its first for market abuse and its first contested prosecution. Mr Bailey, the Chief Financial Officer, and Mr Rigby, the Chairman and Chief executive of an Alternative Investment Market (AIM) listed company, AIT, were found guilty of recklessly making a statement that was false or deceptive. The individuals had caused a trading statement to be issued via an RSN that both the turnover and profit of AIT were in line with market expectations, taking into account the revenue from 3 contracts that in fact had not at that time been secured. When 2 corrective announcements were issued, the price of AIT's shares fell sharply and a number of investors who had purchased shares on the strength of the original statement suffered losses.

tecniche delle autorità regolatrici inglesi. In più le inadeguate procedure preprocessuali e l'assenza di un effettivo meccanismo di negoziazione (come ad esempio il patteggiamento) ha altresì minato l'effettività dell'operatività delle agenzie inglesi.

La FCA, dunque, solo ora ha iniziato ad esercitare l'azione penale per imporre sanzioni penali per i reati di manipolazione del mercato. La precedente esigua testimonianza della FSA e delle altre agenzie inglesi nel perseguire la manipolazione del mercato è ora cambiata giacché la FCA ha iniziato ad instaurare più procedimenti penali che potrebbero essere anche portati avanti come azioni di “*regulatory enforcement*” per gli abusi di mercato⁴⁷³. In precedenza, le indagini sugli abusi di mercato della FSA iniziavano con una notificazione “*Notice of Appointment of Investigators*”. Non era chiaro tuttavia, ad indagini concluse, se la FSA instaurava un procedimento penale ovvero uno civile⁴⁷⁴. La FSA descriveva la sua politica di scelta di esercizio dell'azione penale come segue: “*it is our policy to pursue through the criminal justice system all those cases where a criminal prosecution is appropriate. These will be cases where:*

- *There is enough evidence to provide a realistic prospect of convicting the defendant; and*
- *A criminal prosecution is in the public interest, considering the seriousness of the offence and the circumstances surrounding it*”⁴⁷⁵.

Ad ogni modo, i procedimenti penali per gli abusi di mercato e per l'*Insider dealing* non sono generalmente dissimili dai procedimenti penali per altri reati, con alcuni limitate differenze.

In primo luogo, i procedimenti penali per il reato di *insider dealing* previsto nella Part V of the “*Criminal Justice Act 1993*” non possono essere instaurati se non da o con il consenso del “*Secretary of State*” o del “*Director of Public Prosecutions*” (section 61 dell'Act 1993); comunque, nonostante questa sezione, la giurisprudenza ha negato la necessità di tale consenso per la FCA (vedi *R v Westminster Magistrates' Court* [2009] 1 WLR 1905 (CA)).

⁴⁷³ B. RIDER – K. ALEXANDER – S. BAZLEY – J. BRYANT, *Market Abuse and Insider Dealing*, Bloomsbury Professional, 2016, p. 121.

⁴⁷⁴ E.J. SWAN – J. VIRGO, *Market Abuse Regulation*, Oxford University Press, 2010, p. 206.

⁴⁷⁵ FSA, *Enforcing the Code of Market Conduct* (23 March 2005).

In secondo luogo, vi sono altre questioni da tenere in considerazione. Per esempio, la FCA ha il potere, previsto alla sezione 171 del FSMA, di obbligare le persone a rispondere alle domande; un potere che ha anche il “*Serious Fraud Office*”.

In terzo luogo, è bene rilevare che i procedimenti civili e penali non sono alternativi, ma sussiste il c.d. doppio binario sanzionatorio. Come nota la FCA nella sezione di “*enforcement*” sul suo sito web: “*in some cases it will be appropriate for us to take both civil and criminal action. For example, we could take civil proceeding to secure assets, to obtain compensation for victims, and to prevent any further misconduct. We could then follow these by criminal proceedings to enable the Courts to deal with an offender for the misconduct which has already taken place*”⁴⁷⁶.

Ad ogni modo, la principale questione processuale per l'imputato sarà se il proprio caso venga giudicato dalla *Magistrates' Court* o dalla *Crown Court*. Quando l'accusa è associazione a delinquere, non sussiste alcun dubbio perché l'associazione può essere rinviata a giudizio solo davanti alla *Crown Court*. Viceversa, per i casi importanti che sono giudicabili con entrambi i processi, la fase iniziale del procedimento è disciplinato dalla sezione 17A della “*Magistrates' Courts Act 1980*”. All'imputato viene chiesto se si dichiara colpevole o non colpevole: se si dichiara colpevole, allora la *Magistrates' Court* applica il processo disciplinato dalle sezioni 19-23 della “*Magistrates' Court 1980*” e deve decidere se il reato appare più idoneo ad essere giudicato con processo sommario o con procedimento con atto di accusa (*summary trial or for trial on indictment*).

In relazione alla pena applicabile, la pena massima che la *Crown Court* può imporre per l'*Insider dealing* è la reclusione fino a 7 anni e una multa illimitata nell'importo. La condanna massima che la *Magistrates' Court* può imporre è l'arresto fino a 6 mesi e una ammenda che non ecceda il massimo previsto dalla legge⁴⁷⁷.

3.6. Market Manipulation

3.6.1. Il problema preliminare della definizione

È stato ampiamente affermato che la manipolazione del mercato equivale ad una ingiustificata interferenza nelle operazioni finanziarie tra ordinarie forze di

⁴⁷⁶ <http://www.fca.org.uk/firms/being-regulated/enforcement/how-we-enforce-the-law/courts>.

⁴⁷⁷ B. RIDER – K. ALEXANDER – S. BAZLEY – J. BRYANT, *Market Abuse and Insider Dealing*, Bloomsbury Professional, 2016, p. 353-354.

domanda ed offerta che mina l'integrità e l'efficienza del mercato⁴⁷⁸. In termini generali, la manipolazione del mercato riguarda transazioni e comunicazioni di false o ingannevoli informazioni che hanno l'effetto di alterare il prezzo delle azioni⁴⁷⁹.

Alcune tra le più importanti giurisdizioni, come quella statunitense, non definiscono i termini "manipolare" o "manipolazione" ("*manipulate*" or "*manipulation*"). La "*Us Securities and Exchange Act 1934*" (SEA) non prevede alcuna norma definitoria, mentre la "*Us Securities and Exchange Commission*" ha adottato regole che descrivono tali concetti relazionandoli a specifiche attività che sono quindi vietate per essere "*manipulation*" o "*manipulative*". Tali concetti sono spesso descritti come azioni che implicano la volontà di punire un risultato che è socialmente indesiderabile.

La classica definizione di manipolazione del mercato fu data nei famosi casi statunitensi "*General Foods Corporation v Brannon*"⁴⁸⁰ del 1948 e "*Cargil Inc. v. Hardin*" del 1971⁴⁸¹. La manipolazione fu definita nella prima sentenza come la creazione di un prezzo artificiale da parte di un'azione programmata ("*the creation of an artificial price by planned action*"); mentre, nella seconda sentenza, fu definita come un'attività, uno schema o un artificio che deliberatamente influenza il prezzo degli strumenti finanziari, il quale si fissa ad un altro prezzo rispetto a quello che sarebbe risultato in assenza di tale intervento ("*an activity, scheme, or artifice that deliberately influences the price of a financial asset, resulting in a price other than the one that would have resulted in the absence of such intervention*").

Differentemente, a partire dal 1986, il legislatore inglese ha definito la manipolazione del mercato: prima nel "*Financial Services Act 1986*", alla s 47 (1) e (2), e dopo nel FSMA 2000, alla s 397⁴⁸².

Ad ogni modo, tutti i tentativi di definizione della manipolazione del mercato nella teoria economica e nelle disposizioni legislative seguono quattro diversi approcci:

⁴⁷⁸ IOSCO, *Investigating and Prosecuting Market Manipulation*, 2000, p. 8.

⁴⁷⁹ S. HORAN, *Corporate Crime*, Bloomsbury Professional, 2011, p. 1099.

⁴⁸⁰ United States Court of Appeal, *General Foods Corporation v Brannon*, 170 F.2d 220 (19 October 1948).

⁴⁸¹ United States Court of Appeal, *Cargil Inc. v. Hardin*, 452 F.2d 1154 (7 December 1971).

⁴⁸² V. B. RIDER – K. ALEXANDER – S. BAZLEY – J. BRYANT, *Market Abuse and Insider Dealing*, Bloomsbury Professional, 2016, p. 112.

1. il prezzo artificiale o “*effects-based approach*”⁴⁸³, il quale richiede la prova della creazione di un prezzo artificiale (“*price artificiality*”) o di impressioni false o ingannevoli (“*misleading impressions*”). Una versione modificata di tale approccio è adottata dalla direttiva sui Market Abuse (MAD I) e fu, verosimilmente incorporata nella forma originale del “*regulatory offence*” di *market abuse* inglese (l’originale sezione 118 del FSMA 2000) ed, in particolare, nella condotta vietata di “*creation of false or misleading impressions*” e “*market distortion*”;
2. la “*intent-based approach*”, vale a dire il presunto intento del manipolatore di indurre gli altri partecipanti del mercato ad operare sul mercato. È l’approccio adottato dalla sezione 397 (3) del FSMA 2000 e, per alcuni versi, dalla sezione 397 (2) dello stesso *Act*;
3. una combinazione dei due approcci, la quale richiede anche la prova dell’induzione. Questo è l’approccio adottato dalla sezione 10 del SEA 1934 e dalla Corti statunitensi⁴⁸⁴;
4. infine, la capacità di esercitare un potere di mercato in modo da “posizionare” il prezzo degli strumenti finanziari in caso di manipolazioni per il controllo del mercato (*Market Power (Market Control) Manipulations*).

Per quel che qui ci interessa, partendo dal c.d. “*effect-based approach*”, è necessario definire i concetti dei due requisiti ivi richiesti. Invero, l’elemento di “*price artificiality*” è, in un modo o nell’altro, una parte inestricabile di gran parte delle definizioni di manipolazione del prezzo. È irrilevante se l’artificialità del prezzo è stata creata attraverso la disseminazione di false informazioni o mediante il compimento di transazioni artificiali ovvero attraverso specifiche strutture di scambio per raggiungere tale risultato. Ciò che conta è l’effetto di queste strategie nei prezzi del mercato e l’offesa che causano per l’efficienza delle informazioni nello stesso. Si potrebbe obiettare che il risultato di ogni manipolazione del prezzo ben riuscita è sempre la creazione di un prezzo artificiale, an “*artificial price*”⁴⁸⁵.

⁴⁸³ J.D. COX – R.W. HILLMAN- D.C. LANGEVOORT, *Securities Regulation: Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 2017, p. 771. La “market manipulation” è descritta come “*behaviour that has the effect of artificially distorting the market price of the stock in question, typically by appeals to the speculative impulses of other investors*”.

⁴⁸⁴ E. AVGOULEAS, *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, Oxford University Press, 2005, p. 107.

⁴⁸⁵ E. AVGOULEAS, *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, cit., p. 108.

La creazione di un'impressione ingannevole (*“creation of a misleading impression”*) potrebbe essere provata attraverso l'uso dei c.d. *“regular user”* o test dell'uomo ragionevole senza richiedere alcuna prova dell'artificialità del prezzo.

Oggi giorno alle azioni finanziarie è attribuito un valore che si riferisce al loro prezzo di mercato, pertanto, l'artificialità del prezzo costituisce prova che il meccanismo della formazione del prezzo è stata distorta. Tuttavia, tale approccio diventa molto problematico nel momento in cui è necessario incorporare tale elemento in una disposizione legislativa, non essendo facilmente identificabili le differenze tra il prezzo delle azioni, quale risultato di una operazione tra forze competitive nel mercato, e il prezzo artificiale⁴⁸⁶. Pertanto, utilizzare il test dell'artificialità del prezzo è un esercizio molto rischioso.

La *“International Organization of Securities Commissions”* (IOSCO) ha tentato di risolvere questo problema fornendo una definizione internazionalmente accettata di *“price artificiality”*, la quale è stata definita come la divergenza del prezzo rispetto alle forze legittime di domanda e offerta (*“the divergence of price from the legitimate forces of supply and demand”*). La prova deve essere raccolta mostrando che il prezzo non ha seguito le forze economiche lecite (*“prices did not follow legitimate economic forces”*)⁴⁸⁷. In un certo senso, tale formulazione segue la classica definizione del concetto di artificialità del prezzo offerta dal caso statunitense *“Great Western Distributors, Inc v Brannan”*⁴⁸⁸ dove *“artificial price”* fu definito come *“un prezzo che sarebbe diverso se i tentativi di influenzarlo fossero assenti”* (*“a price which would be different if the price influencing efforts were absent”*).

Questo approccio, tuttavia, presenta diverse difficoltà. In primo luogo, tutti i prezzi del mercato sono necessariamente in equilibrio rispetto alle forze che operano nel mercato; secondariamente, non è facile misurare accuratamente quale sarebbe stato il prezzo delle azioni deciso dalla domanda e dall'offerta, in assenza dello scambio *“sospetto”*; infine, è molto difficile circoscrivere l'effetto dell'informazione di tali scambi, in modo da valutare quale sarebbe stato il corretto livello di prezzo in assenza dell'attività manipolativa⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ J.W. MARKHAM, *Commodities Regulation: Fraud, Manipulation and Other Claims*, Clark Boardman Ltd, 1987, §15.01.

⁴⁸⁷ Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions, *“Investing and Prosecuting Market Manipulation”*, 13 May 2000.

⁴⁸⁸ *Great Western Distributors, Inc v Brannan* 201 F 2d 476 (7th Cir. 1953).

⁴⁸⁹ E. AVGOULEAS, *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, cit., p. 109.

Al fine di superare tali difficoltà si è sperimentato il diverso “*intent-based approach*”. Certamente, è molto complicato per i tribunali penali (o addirittura per le agenzie di regolazione) punire un soggetto per la manipolazione del mercato senza prove sufficienti che egli abbia intenzionalmente voluto manipolare il mercato. Pertanto, molte definizioni legali di manipolazione del mercato richiedono la prova che i manipolatori avessero lo scopo (*intent*) di causare un rilevante “*price effect*” ovvero inducessero i partecipanti del mercato, grazie al prezzo distorto, a scambiare in strumenti affetti dallo schema manipolativo. Inoltre, per superare il requisito della prova della creazione di un prezzo artificiale, sono stati fatti diversi tentativi in dottrina al fine di fornire una definizione delle manipolazioni del mercato che non si incentrasse tantp sull’impatto sul prezzo (“*price impact*”), ma piuttosto sulla condotta o sulla volontà dei trader⁴⁹⁰.

A questo punto appare opportuno descrivere brevemente il concetto di *mens rea*, per meglio comprendere quali criteri di imputazione soggettiva ha utilizzato il legislatore inglese nella materia degli abusi di mercato. Nel sistema penale anglosassone esistono tre diverse forme di elemento soggettivo (*mens rea*): *intention*, *recklessness* e *negligence*. Possono essere poste lungo una scala di intensità, in cui la “*intention*” è la forma più grave, la “*recklessness*” la seguente forma più seria, ed infine, la “*negligence*” quale forma meno grave.

Nella forma di “*intention*” il soggetto tende ad un risultato che vuole si verifichi. Lo scopo del soggetto è la commissione di un’azione. Nel caso *Moloney*⁴⁹¹ Lord Bridge suggerì quale regola (“*golden rule*”) l’interpretazione letterale, in modo che i giudici non necessitassero di fornire alla giuria un’indicazione in merito al significato di “*intention*”. Nel caso *Mohan*⁴⁹², “*intention*” fu definita come la decisione di agire, nella misura in cui rientra nel potere dell’imputato, (una conseguenza particolare), indipendentemente dal fatto che l’imputato desiderasse o meno tale conseguenza del suo atto”. Brevemente, può essere descritto come scopo, obiettivo, essendo irrilevante che lo stesso probabilmente si verifichi o meno.

In relazione alla seconda forma di “*mens rea*” è bene sottolineare come in passato esistevano due tipologie di “*recklessness*”: “*the Cunningham*⁴⁹³ *recklessness*”

⁴⁹⁰ E. AVGOULEAS, *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, cit., pp. 111-112.

⁴⁹¹ *Moloney* [1985] AC 905.

⁴⁹² *Mohan* [1976] QB 1, CA.

⁴⁹³ *Cunningham* [1957] 2 QB 396.

(concezione soggettiva) e “*the Caldwell*⁴⁹⁴ *recklessness*” (concezione oggettiva)⁴⁹⁵. Tuttavia, nel caso *R v G*⁴⁹⁶ la House of Lords abolì la concezione oggettiva di tale forma e per tale ragione oggi è necessario considerare solo la prima tipologia di “recklessness”.

Lord Bingham nella sua decisione approvò la seguente definizione: “*a person acts recklessly With respect to –*

1. a circumstance when is aware of a risk that it exists or will exist;

2. a result when he is aware of a risk that it will occur;

and it is, in the circumstances known to him, unreasonable to take the risk”.

La “recklessness” richiede che il soggetto abbia previsto che il determinato tipo di danno sarebbe potuto essere causato e tuttavia ha continuato a correre il rischio di causarlo (“*has foreseen that the particular kind of harm might be done and yet has gone on to take the risk of it*” (Cunningham)).

Per provarlo, è necessario dimostrare che l'imputato era cosciente del rischio che il suo atto potesse arrecare un danno. Inoltre, non importa se una persona ragionevole avrebbe previsto il danno, ma solo ciò che l'imputato stesso abbia effettivamente previsto.

Infine, nella terza forma di “*mens rea*”, la “*negligence*”, si confronta la condotta del reo con quella di una modello agente ragionevole e prudente. Lo stato d'animo dell'imputato, quello che intendeva o aveva previsto, è irrilevante. La giuria valuta semplicemente se l'imputato ha agito in un modo in cui una persona ragionevole non avrebbe fatto.

3.6.2. La disciplina anglosassone della *Market Manipulation*

La manipolazione del mercato è la più vecchia forma di “*market abuse*”. Mentre, l'insider trading è considerabile un fenomeno piuttosto recente, essendosi sviluppato solo nel XX secolo, la manipolazione del mercato è presente da molto tempo in ogni mercato in cui i prezzi sono determinati dalla domanda e dall'offerta (“*supply and demand*”)⁴⁹⁷. La prima regolazione, ed in particolare il divieto della manipolazione del mercato, risale alla fine del diciannovesimo secolo, momento in cui

⁴⁹⁴ *Caldwell* [1982] AC 341.

⁴⁹⁵ Sulla concezione oggettiva e soggettiva della “recklessness” prima del *revirement*, si veda S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato: i principi*, Cedam, 2002, p. 297 ss.

⁴⁹⁶ *R v G* [2003] UKHL 50.

⁴⁹⁷ S. MOCK, *The concept of Market Manipulation*, in M. VENTORUZZO – S. MOCK (edited by), *Market Abuse Regulation. Commentary and Annotated Guide*, Oxford University Press, 2017, p. 33 ss.

tale fenomeno divenne un problema generale. Infatti, fino a tale momento la manipolazione era considerata unicamente come una tipologia di frode e molte giurisdizioni applicavano estensivamente il reato di frode anche agli “*stock markets*”.

La manipolazione del prezzo dei titoli era considerata come una forma di frode che mina l’efficienza e l’integrità dei mercati finanziari. Oggi, la manipolazione del mercato si verifica oltre i confini nazionali attraverso una varietà di modi, incluso l’uso di internet, e consiste nel manipolare i prezzi delle azioni, nel dare informazioni false e negative su un emittente in modo da guidare in basso il prezzo dei titoli o, alternativamente, nel dare false informazioni in modo da far crescere il prezzo azionario di una società⁴⁹⁸.

Queste manipolazioni ricoprono un ampio raggio di attività. L’obiettivo sottostante questi schemi è di generare profitti o di evitare perdite inducendo gli investitori ad acquistare titoli che si rivelano essere di piccolo o nessun valore⁴⁹⁹.

Nel Regno Unito il passaggio dal regime della “*self-regulation*” ad un regime, sempre auto-regolamentato, ma all’interno di una cornice statutaria affonda le proprie radici in scandali finanziari.

Tuttavia, non tutte le maggiori riforme sono nate da drammatici sconvolgimenti finanziari. Ad esempio, il movimento di riforma europeo - considerato uno dei maggiori regolatori finanziari al mondo- è sorto al fine di costruire un mercato finanziario efficiente ed integrato. La direttiva 2001 sugli strumenti finanziari (MiFID I) e le sue norme di sostegno, ad esempio, non perseguono solo gli ambiziosi obiettivi di sostegno all’attività transfrontaliera delle imprese di investimento ma anche obiettivi di ristrutturazione del contesto europeo di negoziazione, sostenendo la concorrenza tra le borse e le altre sedi di esecuzione. L’iniziativa mira inoltre a sviluppare una cultura più forte degli investimenti al dettaglio in tutta l’Unione europea⁵⁰⁰.

Negli Stati Uniti, la criminalizzazione della manipolazione del mercato è stata una dei principali obiettivi della “*US Securities Act 1933*” e del “*Securities and Exchange Act 1934*”⁵⁰¹. La ragione di ciò risiede nel fatto che la classe dirigente

⁴⁹⁸ V. B. RIDER – K. ALEXANDER – S. BAZLEY – J. BRYANT, *Market Abuse and Insider Dealing*, Bloomsbury Professional, 2016, pp. 120-121.

⁴⁹⁹ H. McVEA, *Supporting Market Integrity*, in N. MOLONEY – E. FERRAN- J. PAYNE (edited by), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford University Press, 2017, p. 634 ss.

⁵⁰⁰ N. MOLONEY, *Financial Services and Markets*, in R. BALDWIN- M. CAVE- M. LODGE (edited by), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, 2010, pp. 438-439.

⁵⁰¹ Sul punto anche F. L. BAILEY – H. B. ROTHBLATT, *Defending Business and White Collar Crimes. Federal and State*, The lawyers co-operative publishing co., 1984, p. 493 ss.

americana, la dottrina e il pubblico equiparava l'eccessiva speculazione (“*excessive speculation*”) ad una vera e propria frode, a causa degli effetti destabilizzanti sugli “*stock markets*” e del ruolo scatenante che ebbe nel “*Great Crash*” del 1929. Simultaneamente, venne invece proposta la deregolamentazione (*deregulation*) di tutte le forme di manipolazione del prezzo, giacché la regolamentazione è da molti considerata insensata e dannosa al *welfare* del mercato⁵⁰².

Il Regno Unito ha una lunga storia di incriminazioni (“*statutory prohibitions*”) riguardanti le informazioni false o ingannevoli (“*misleading statements*”) nel contesto del mercato di titoli. La maggior parte delle violazioni comportavano una sanzione penale. Ciò era previsto nella sezione 12(1) del “*Prevention of Fraud (Investments) Act 1939*” a cui seguì la sezione 13 del “*Prevention of Fraud (Investments) Act 1958*”. Fino all’emanazione della sezione 12(1) dell’Act 1939, le fraudolente e ingannevoli rappresentazioni - intese a creare un prezzo falso- erano soggette all’illecito penale della sezione 84 del “*Larceny Act 1861*”.

Come visto, il FMSA 2000 conteneva un regime di abusi di mercato costituito da un illecito civile per gli abusi di mercato e da tre illeciti penali per le informazioni e le pratiche ingannevoli (FMSA, ss 118-123 “*Penalties for Market Abuse*”). Il nuovo regime degli abusi di mercato ha arricchito altresì le esistenti previsioni di diritto penale dell’*Insider dealing* (Part V, CJA 1993) e ha creato illeciti penali per le informazioni e le pratiche ingannevoli intese a manipolare i mercati finanziari regolati (FMSA, s 397 (1)-(3)).

In particolare, le section 397 (1) e (2) stabiliscono che costituisce un reato se un individuo:

- *Make a statement, promise, or forecast, which he/she knows to be misleading, false or deceptive in a material particular;*
- *Dishonestly conceal any material facts whether in connection with a statement, promise or forecast made by him or otherwise; or*
- *Recklessly make (dishonestly or otherwise) a statement, promise or forecast which is misleading, false, or deceptive in a material particular,*

(2) *Where the person who makes the statement, promise, or forecast or conceals the facts does so for the purpose of inducing, or is reckless as to whether may induce, another person to enter or offer to enter into, or to refrain from entering or offering to*

⁵⁰² D.R. FISCHER – D.J. ROSS, *Should the Law Prohibit “Manipulation” in Financial Markets?*, in *Harvard Law Review*, 1991, p. 510.

enter into, a relevant agreement; or exercise, or refrain from exercising, any rights conferred by a relevant investment.

In breve, si punisce chi fa una dichiarazione, una promessa o una previsione che sa essere ingannevole, falsa o decettiva in maniera rilevante; o disonestamente nasconde fatti rilevanti connessi alle informazioni date; ovvero, in modo negligente, fa una dichiarazione, una promessa o una previsione che è ingannevole, falsa o decettiva in maniera rilevante.

Verosimilmente, la prova che il destinatario di tali affermazioni false ha concluso accordi rilevanti o si è astenuto dal concluderli nel corso delle transazioni non è necessaria⁵⁰³. La Corte di Appello ha adottato, ad esempio, la stessa soluzione nel caso *R v Finnegan*⁵⁰⁴ in relazione all'interpretazione di termini simili previsti al s 35(1) del "*Banking Act 1987*".

La sezione (3) del 397 del FSMA 2000 contiene un'altra definizione di "*market manipulation*". Si punisce chiunque fa qualsiasi atto o intraprende qualsiasi condotta che crea una falsa o ingannevole impressione in relazione al mercato o al prezzo o al valore di qualsiasi investimento rilevante. Il reato è incentrato sull'attività o la condotta del reo che crea un'impressione falsa o ingannevole. Comunque, il reato è condizionato⁵⁰⁵, giacché l'atto deve essere fatto e la condotta deve essere intrapresa con l'intento di creare tale impressione e facendo ciò, il soggetto induca altre persone ad acquisire, a disporre, a sottoscrivere quegli investimenti o ad astenersi dal farlo, o ad esercitare, o ad astenersi dall'esercitare, ogni diritto conferito da tali investimenti.

Mentre le disposizioni previste alle sezioni (1) e (2) del 397 richiedono la prova della disonestà o della negligenza, la sezione (3) proibisce solo l'atto o la condotta ingannevole. L'assenza del requisito della disonestà o della negligenza non risolve tutti i problemi relativi alla prova della responsabilità penale per la sezione (3), perché è piuttosto difficile accertare cosa costituisca "l'impressione di qualcun altro". Invero, deve essere provato che l'atto o la condotta in questione siano state poste in essere con

⁵⁰³ E. AVGOULEAS, *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, cit., p. 315.

⁵⁰⁴ *R v Finnegan and anor*; CA (Crim Div); 1 Nov 1995. Section 35(1) of the Banking Act 1987 (fraudulent inducement to make a deposit) does require that the misleading statement should have induced another person to make a deposit. Were that the case then the charge would be one of obtaining property by deception. The offence is complete once the defendant has made a statement which he knows to be misleading, false or deceptive for the purpose of inducing another person to make a deposit with him or another person. The statement does not have to be communicated to the person whom it is intended to induce to make a deposit; it is sufficient if the statement is made and communicated to someone with the necessary intent or purpose.

⁵⁰⁵ S. BAZLEY, *Market Abuse Enforcement: Practice and Procedure*, Bloomsbury Professional, 2013, pp. 247-248.

l'intento di creare una falsa o ingannevole impressione in modo da indurre altri a stipulare un investimento specifico, in quanto elemento costitutivo sotto la sezione (3). Come nel caso del reato di affermazioni o pratiche ingannevoli, non è necessaria la prova che la persona sia stata effettivamente indotta⁵⁰⁶. Questa sezione non richiede che la condotta ingannevole abbia causato perdite per gli investitori; la mera creazione di un'impressione ingannevole è sufficiente a stabilire la responsabilità: in questo modo, è accentuata la distorsione dell'elemento informativo. Pertanto, i c.d. *rumors* falsi o falsi svelamenti da parte degli emittenti possono essere perseguiti e puniti come manipolazione del mercato.

In effetti, la definizione della manipolazione del mercato nella Direttiva dei Market Abuse del 2003 accentua l'importanza delle affermazioni false o ingannevoli nel manipolare i mercati finanziari⁵⁰⁷.

È stato evidenziato che sussistevano molte similitudini e differenze tra il regime inglese di "*market abuse*" introdotto dopo il 30 novembre 2001 e la direttiva. In primo luogo, nel Regno Unito lo standard utilizzato originariamente per provare la condotta manipolativa consisteva nel test complessivo del "*regular user*". La Direttiva non aveva replicato questo approccio e il test dell'investitore ragionevole è ora soggetto ad una "*sunset provisions*". In secondo luogo, il numero dei "*safe harbour*" era significativamente minore. La direttiva prevedeva solo due *safe harbour*: il primo in relazione allo "*hare buy-backs*" e il secondo collegato alla stabilizzazione del prezzo. In terzo luogo, la definizione di *market abuse* prima della direttiva includeva condotte che un investitore ragionevole del mercato avrebbe probabilmente considerato come condotte che avrebbero distorto il mercato negli investimenti del medesimo tipo. In altre parole, il regime previgente alla direttiva aveva a che fare con tre tipi di comportamento: *Insider dealing*, manipolazione del mercato e distorsione del mercato. Il regime post-direttiva vede la distorsione del mercato, giudicata attraverso il *regular user*, soggetta alla "*sunset provision*"⁵⁰⁸.

In seguito, nel 2012 nel Regno Unito e negli Stati Uniti, alcune delle più grandi banche al mondo furono poste sotto osservazione dalle agenzie di regolazione a causa del loro ruolo nello scandalo LIBOR (*London Interbank Offered Rate*)⁵⁰⁹. In breve, le

⁵⁰⁶ E. AVGOULEAS, *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, cit., p. 318.

⁵⁰⁷ E. AVGOULEAS, *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, cit., p. 106.

⁵⁰⁸ E.J. SWAN – J. VIRGO, *Market Abuse Regulation*, Oxford University Press, 2010, p.no 9 ss.

⁵⁰⁹ Su tale scandalo, da ultimo si vedano, L. VAUGHAN – G. FINCH, *The long read Libor scandal: the bankers who fixed the world's most important number*, in www.theguardian.com, 18 January 2017.

indagini hanno rivelato che tra il 2008 e il 2013, alcune banche manipolavano i tassi LIBOR a proprio vantaggio. Come visto, nell'ordinamento inglese, prima dello scandalo LIBOR, le condotte come “*misleading statements*” e “*misleading practices*” erano reati previsti sotto la sezione 397 del FMSA, ma i fatti della LIBOR portarono ad abrogare la sezione 397 attraverso la Part VII del “*Financial Service Act 2012*”, che entrò in vigore il 1 aprile 2013. La sezione 397 del FMSA prevedeva due reati. In primo luogo, aveva creato il reato di “*making false or misleading statements*” in relazione all'attività di mercato. In secondo luogo, puniva la creazione di “*false or misleading impressions*” in relazione al valore degli investimenti⁵¹⁰. In seguito, il FSA 2012 sostituì la sezione 397 con tre distinti reati, denominati: “*Misleading statement*” (section 89); “*Misleading impressions*” (section 90) e “*Misleading statements etc in relation to benchmarks*” (section 91)⁵¹¹.

Quanto alla prima norma incriminatrice (*Misleading statements offence*, s.89), questa è stata così formulata: “*Knowingly or recklessly making statements that are false or misleading in a material respect, or dishonestly concealing material facts with the intention of inducing any person to do or refrain from doing something in relation to a relevant agreement or an investment*”.

Tentando di analizzare il primo reato, è opportuno innanzitutto, notare che l'atto di ingannare le persone fornendo o trattenendo informazioni è sia un illecito penale sia un illecito civile (conosciuto come “*dissemination offence*”). L'illecito penale è definito nella legislazione interna (FSA 2012), mentre l'illecito civile deriva dal regolamento europeo MAR.

Il reato di dichiarazione ingannevole è identificato nella condotta di una persona che:

1. fa una dichiarazione che sa essere falsa o ingannevole in un aspetto considerevole;
2. fa una dichiarazione che è falsa o ingannevole in un aspetto rilevante, essendo negligente nel farlo;
3. in maniera disonesta nasconde qualsiasi fatto rilevante se in connessione con una dichiarazione falsa.

⁵¹⁰Per l'analisi della previgente normativa si vedano, B. RIDER – K. ALEXANDER – S. BAZLEY – J. BRYANT, *Market Abuse and Insider Dealing*, Bloomsbury Professional, 2016, p. 113.

⁵¹¹ A. HUDSON, *Securities Law*, Sweet&Maxwell, 2013, p.748 ss.

Tali condotte concretizzano l'offesa in questione quando influenzano la decisione di una persona nella stipulazione di un contratto o nell'esercizio relativo ad un investimento.

Il termine "falso" significa qualcosa che è oggettivamente scorretto. Tuttavia, un'affermazione può essere falsa anche se costituisce la verità, ma non fornisce la piena visione del fatto.

Le affermazioni possono essere ingannevoli anche se non contengono esplicite affermazioni sbagliate.

La falsità o la natura ingannevole di una affermazione è verosimilmente trattata come "*material*"⁵¹² (rilevante) quando è probabile che abbia un certo significato per la persona nei confronti della quale l'affermazione è fatta. In altre parole, si tratta di un'informazione che sarebbe stata usata dal soggetto per fondare le sue scelte di investimento⁵¹³.

Il soggetto attivo deve sapere che la dichiarazione è falsa o ingannevole o deve essere "*reckless*" per poter commettere l'illecito penale. Generalmente, nel diritto penale, una persona agisce "*recklessly*" quando: (i) è cosciente del rischio; e (ii) nelle circostanze conosciute, è irragionevole correre quel rischio⁵¹⁴.

È discusso se il nascondimento delle informazioni richieda non più che il mero silenzio o l'omissione, purché vi sia un dovere contrattuale, statutario o regolamentare di rendere conosciuta tale informazione ovvero sia comune fare ciò nelle pratiche di mercato.

I fatti sono, ad ogni modo, trattati come "*material*" quando:

(a) è probabile che l'informazione abbia un qualche significato per la persona verso la quale la "*disclosure*" sarebbe dovuta avvenire; e

(b) la legge richiede la divulgazione di quella informazione.

Quando una persona è accusata di nascondere fatti rilevanti, per potersi dire integrata la fattispecie penale, l'occultamento deve essere "disonesto. Una persona

⁵¹² Il concetto di "*materiality*" ha la sua matrice nel diritto statunitense, e segnatamente nel *Securities Act 1933* e il *Securities Exchange Act 1934*. In dottrina, sul concetto di "*materiality*" si vedano SMITH J., *The Law of Theft*, Butterworths, 1997, pp. 149 e ss.; D. ORMEROD – D.H. WILLIAMS, *Smith's Law of Theft*, Oxford University Press, 2007, p. 187; W. HOLMES, *Materiality- Through the looking glass*, in *Journal of Accountancy*, 1972; LEHMAN J. -PHELPS S., *Material*, in *West's Encyclopedia of American Law*, 2005; D. FEDERICI, *Il mendacio bancario: un difficile bilanciamento tra tutela anticipata della correttezza e trasparenza dell'informazione societaria e la necessaria offensività della condotta*, in *Cass. pen.*, 2019, pp. 4059-4062.

⁵¹³ *Basic Inc v. Levinson*, 485 U.S. 224, 108 S. Ct. 978, 99 L. Ed. 2d 194 (1988).

⁵¹⁴ *R. v G.* [2003] UKHL 50; [2004] A.C. 1034.

agisce disonestamente se realizza che la sua condotta è disonesta in relazione all'ordinario standard dell'uomo ragionevole ed onesto⁵¹⁵. La disposizione richiede anche l'intenzione ad indurre altri ad agire o meno in relazione ad un accordo o un investimento rilevante.

Bisogna tuttavia chiedersi cosa succede se una persona voleva indurre altri (o era *reckless*), ma non riesce nell'intento. Si è detto che non è necessario che l'induzione vada a buon fine, ma è sufficiente che una dichiarazione sia stata resa o un occultamento sia stato posto in essere con l'intenzione o la "*recklessness*" di indurre. Nessuno deve essere indotto e nessun accordo rilevante dev'essere stipulato né devono essere esercitati diritti di investimenti rilevanti. Non è inoltre richiesto che colui che fa la dichiarazione o nasconde fatti intenda guadagnare o evitare una perdita, inducendo la terza parte ad agire, ovvero che intenda causare una perdita⁵¹⁶. Infine, per il reato di "*misleading statements*", è anche necessaria la prova che la persona in questione sapesse che la dichiarazione era falsa o ingannevole in modo particolare, o che fosse negligente o che disonestamente abbia nascosto fatti materiali rilevanti⁵¹⁷.

Il secondo reato (*Misleading impressions offence*, s. 90) prevede la punibilità di chi: "*Deliberately acting with the intention of creating a false or misleading impression about investment, if:*

- *The person intends thereby to induce someone to do or refrain from doing something in relation to an investment, or*
- *The person knows that the impression is false or misleading, or is reckless as to whether it is, and intends (or is aware) that the impression is likely to result in the making of a gain or the causing of loss."*

Passando alla relativa analisi, possono essere perseguiti enti o individui giacché la disposizione fa riferimento al termine "persona" ("*person*"), il quale include entrambi. Ciò differisce dal reato di *Insider dealing* in cui, invece, possono essere perseguiti soltanto gli individui⁵¹⁸.

Tale reato punisce chi crea impressioni tali da indurre un'altra persona a fare un investimento o a impedirgli dal farlo ovvero quando le impressioni sono create per guadagnare per se stessi o per causare perdite ad altri.

⁵¹⁵ *R. v Ghosh* [1982] Q.B. 1053; [1982] 3 W.L.R. 110 CA (Crim Div).

⁵¹⁶ K. ANDERSON -A, PROCTER – J. GOODLIFFE, *op. cit.*, p. 150-151.

⁵¹⁷ K. ANDERSON -A, PROCTER – J. GOODLIFFE, *op. cit.*, p. 9.

⁵¹⁸ K. ANDERSON -A, PROCTER – J. GOODLIFFE, *op. cit.*, p. 94-95.

Gli illeciti penali richiedono la prova di un alto grado di intensità del dolo nel reo (*intent*). A differenza dell'*Insider dealing*, questi reati possono essere commessi da enti (società ecc.), così come da individui.

Il terzo reato (*Benchmark offence*, s. 91) è così disciplinato: “*Knowingly or recklessly making a false or misleading statement in the course of arrangements for the setting of a benchmark, or deliberately engaging in any act or conduct to create a false or misleading impression that the person knows to be false or misleading and knows may affect the setting of a benchmark.*”

La sezione 91 punisce “*misleading statements etc in relation to benchmarks*”. Tale disposizione incorpora i menzionati reati in relazione alla configurazione di un rilevante indice di riferimento (ad esempio Libor). In aggiunta al Libor, i poteri di *enforcement* della FCA sotto la sezione 91 sono ora estesi anche per altri benchmark la cui manipolazione costituisce un reato⁵¹⁹.

Vi è inoltre da aggiungere che sussiste un limitato numero di “*defences*”⁵²⁰ relative ai suddetti reati. In particolare, esse si applicano quando la condotta era in conformità con il prezzo stabilizzato, con le regole di controllo dell’informazione o con la rilevante disposizione di cui all’art. 5 del MAR (esenzioni per i programmi “*buy-back*” e per la stabilizzazione) (s.89(3) dell’Act 2012). Non sono invece previste “*defences*” quando il soggetto agente è stato negligente nel fare una dichiarazione falsa o ingannevole o quando ha nascosto fatti rilevanti in modo disonesto.

È da notare, infine, che ci sono altri reati nel diritto penale di parte generale che possono essere rilevanti anche in relazione alle condotte manipolative del mercato. In particolare, si fa riferimento ai reati di frode disciplinati dal “*Fraud Act 2006*” e al reato di associazione per delinquere finalizzata alla truffa previsto nella *common law*.

3.7. Il modello di reato della *Market manipulation*: un principio di analisi

Arrivati a questo punto della trattazione, è possibile tirare le fila del discorso in relazione al modello prescelto dal legislatore inglese in materia di abusi di mercato, con particolare riferimento alla manipolazione del mercato.

⁵¹⁹ V. “*Fair and Effective Market Review*” Final Report (June 2015) che include altri sette benchmark, definiti “*relevant*”.

⁵²⁰ Sul concetto di *defence* v. J. HERRING, *Criminal Law*, Palgrave, 2017, p. 291 ss., il quale evidenzia che quando si affrontano le “*defences*”, appare utile distinguere tra le cause di giustificazione (“*justifications*”) e le scusanti (“*excuses*”). Con l’applicazione di una causa di giustificazione, si afferma essenzialmente che l’atto commesso era ammissibile in tutte le circostanze. Deve essere tuttavia un atto consentito dalla legge. Con l’applicazione della scusante, invece, si ammette che l’atto non era giustificabile, ma che in date circostanze l’imputato non meriti la condanna penale, considerato il suo stato mentale o le circostanze in cui egli ha agito.

Sebbene tali osservazioni saranno ben lontane dalla sperata esaustività, ma anzi si fermeranno al livello dell'approssimazione, appare utile perlomeno accennare il tema del modello di reato usato nella manipolazione per due ordini di ragioni. Innanzitutto, lo studio del modello inglese è necessario al fine di comprendere le origini del regime italiano degli abusi di mercato. In secondo luogo, e ancor più importante, mediante la comparazione giuridica è possibile riflettere sul proprio diritto in maniera più approfondita e arricchente, al fine di meglio comprendere i vantaggi ed i limiti della nostra disciplina in materia di abusi di mercato.

Gli illeciti penali di *Market manipulation* possono rientrare, ad una prima lettura, nei “*regulatory offences*”, ossia in quelle disposizioni penali che puniscono il compimento di un atto proibito, soggetto a regolamentazione, il quale non sarebbe ritenuto di particolare illiceità morale, al di fuori della proibizione dello stesso. Ecco perché essi possono essere plausibilmente caratterizzati anche come “*mala quia prohibita*”.

Invero, nell'ambito dei *regulatory crimes*, le condotte illecite sono spesso soggette sia a sanzioni civili sia a sanzioni penali, senza alcun criterio di preferenza né di previa determinazione di quale applicare⁵²¹. Inoltre, sono le specifiche agenzie di regolazione a decidere se perseguirle penalmente o se, viceversa, instaurare un procedimento civile.

Più in particolare, la *Market manipulation* sembra consistere in un “*regulatory offence*” in quanto illecito penale che ha a che fare con una attività specialistica, quale la regolamentazione dei mercati finanziari, e che è posto a rinforzo della cornice sanzionatoria già formata dall'applicazione della sanzione civile.

Tuttavia, a differenza dei reati rientranti in tale categoria, i quali sono generalmente imputati a titolo di responsabilità oggettiva, le fattispecie manipolative del mercato richiedono la più grave intensità dell'elemento soggettivo in capo al reo: l'*intent*. Così ricostruiti, allora, potrebbero delinearsi quali reati di mera condotta, che anticipano la tutela ad uno stadio precedente alla verifica dell'evento di effettiva distorsione dei prezzi, per i quali è richiesta inoltre la più grave forma di “*mens rea*”. In questo sembrano avvicinarsi maggiormente ai c.d. *real crimes*.

Il regime civilistico, invece, si è sempre di più allontanato dalla prova di tale elemento soggettivo per avvicinarsi ad un regime basato sugli effetti (“*effects -based*”).

⁵²¹ S.P. GREEN, *I crimini dei colletti bianchi*, cit., p. 304.

regime”). Tuttavia, come visto, tale approccio presenta enormi difficoltà e non fornisce una base chiara per distinguere la condotta lecita da quella manipolativa del mercato⁵²².

La vera sfida, dunque, non solo per i regolatori e per i professionisti del mercato ma soprattutto per il legislatore, consiste nel distinguere la condotta manipolativa dalla attività di mercato legittima o da altri comportamenti che possono avere un impatto sui prezzi di mercato.

La soluzione per distinguere la condotta lecita da quella illecita risiede oggi nella richiesta di uno scopo, di un'intenzione della condotta, all'interno degli illeciti penali.

Se, dunque, la condotta posta in essere interferisce con giuste operazioni di forze di mercato al fine di posizionare il prezzo ad un livello distorto, tale comportamento può essere perseguito penalmente come manipolazione del mercato.

La necessaria “*mens rea*” deve essere provata, anche se il reo aveva altri obiettivi nell'effettuare le transazioni, purché la pratica manipolativa fosse lo scopo della transazione da attuare, e vi era una reale e non imprevedibile probabilità che il comportamento in questione avrebbe avuto tale effetto, anche se l'effetto non deve necessariamente verificarsi.

All'interno dei “*criminal market abuse*”, dunque, si è progressivamente abbandonata l’“*effect-based approach*” per abbracciare l’“*intent-based approach*”, al fine di superare la difficile prova dell'effetto della creazione del prezzo artificiale.

⁵²² K. ANDERSON -A, PROCTER – J. GOODLIFFE, *A practitioner's guide to the law and regulation of market abuse*, Thomson Reuters, 2017, p. 86.

CAPITOLO QUARTO

IL MODELLO DI PERICOLO NEL DIRITTO PENALE FALLIMENTARE

4.1. Evoluzione storica

L'istituto del fallimento nasce nel mondo mercantile, anche se si potrebbe affermare che la "*lex mercatoria*" affondi le proprie origini già nell'epoca dell'antica Roma⁵²³. La logica del fallimento e del reato di bancarotta commesso dal mercante insolvente risiede, storicamente, nella "moralità del mercato"⁵²⁴.

Invero, nella civiltà medievale, il mercante doveva possedere "virtù civili" e una forte "professionalità": l'etica mercantile aveva un forte contenuto "pubblicistico". Nel momento, dunque, in cui egli pone in essere una condotta grave, rompe tale codice etico: il mercante debitore diventa insolvente e l'insolvenza è il presupposto del reato di bancarotta, duramente represso negli statuti comunali. Lo stato di insolvenza, senza prendere in considerazione specifiche condotte di "bancarotta", dà luogo a una forte repressione penale con conseguenze infamanti⁵²⁵.

Il termine "bancarotta" sembra appunto derivare dalla pratica della "rottura in pubblico del banco del commerciante insolvente"⁵²⁶. Normalmente il mercante insolvente, per sfuggire alle pesanti conseguenze della bancarotta- ossia il "bando" che implica l'espulsione dal territorio e la privazione della cittadinanza- , si dà alla fuga. E il mercante fuggitivo viene designato con il termine "fallito": il "*fallitus*" è il bancarottiere⁵²⁷. In breve, il modo con cui l'insolvenza si manifestava all'esterno era la fuga del debitore: "*debitor fugitivus*" era sinonimo del debitore insolvente.

Tale situazione appare come una minaccia per l'ordine economico-sociale della comunità, giacché il ritardo nella definizione della situazione debitoria potrebbe portare alla bancarotta di altri mercanti. Per tali ragioni, si instaura il procedimento

⁵²³Cfr. P. CARNUCCIO, *I reati fallimentari*, Cedam, 2017, p. 3 ss.; S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Società Editrice Libreria, 1913, p. 1 ss.

⁵²⁴ Per la ricostruzione storica della bancarotta, cfr. *amplius* M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018, p. 153 ss.; A. PANTANELLA, *Profili penali delle nuove procedure concorsuali*, Aracne, 2020, p. 19 ss.

⁵²⁵ Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, il Mulino, 2010, p. 54.

⁵²⁶ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010, p. 18 ss.

⁵²⁷ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Giuffrè, 1997, p. 145 ss.

fallimentare, il quale, da un lato, seguendo i principi dell'equità mercantile, ha lo scopo di riparare, nella misura più ampia possibile, il danno sociale prodotto dall'insolvenza del mercante; dall'altro lato, è un giudizio tipicamente inquisitorio, in cui è cancellata ogni garanzia di difesa del fallito.

4.2. La bancarotta fraudolenta patrimoniale come illecito di pericolo (concreto)

A questo punto, all'interno delle osservazioni svolte sul modello di reato di pericolo nei reati economici, è venuto il momento di analizzare in che modo tale schema viene utilizzato in materia penalfallimentare.

Il presente capitolo, in particolare, si pone l'obiettivo di indagare il dolo di pericolo nelle figure di bancarotta fraudolenta patrimoniale previste rispettivamente agli artt. 216 (propria) e 223, comma 1, (impropria) l. fall. Si tratta di ipotesi criminose tradizionalmente ascritte al modello dell'illecito di pericolo, in cui l'elemento soggettivo appare di difficile definizione anche a causa dell'evidente disomogeneità, nella componente soggettiva, tra le varie figure di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

L'indagine richiede necessariamente l'analisi di importanti tematiche della parte generale del diritto penale, nelle quali l'ambito del diritto penale fallimentare e della "nuova" crisi di impresa (d.lgs. n. 14 del 2019) costituiscono terreno di elezione per verificare in che modo la tipicità oggettiva dell'illecito di pericolo si rifletta anche sul piano soggettivo e, conseguentemente, come il variare del sostrato di fatto della tipicità modifichi l'oggetto del dolo e il suo accertamento rispetto ai contrapposti reati di danno.

Ciò consentirà inoltre di fornire una interpretazione costituzionalmente orientata del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, idonea a favorire un recupero dei principi di offensività e colpevolezza.

Per poter comprendere più chiaramente le questioni sottese, appare utile scomporre la trattazione in tre parti distinte ma collegate tra loro.

In primo luogo, si analizzerà la struttura soggettiva dei reati di pericolo con particolare riferimento al delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale; in secondo luogo, si cercherà di vagliare le peculiarità dell'oggetto del dolo nel medesimo reato; in ultimo, verrà inquadrato il problema dell'accertamento del dolo di pericolo nel delitto di bancarotta fraudolenta.

Prima però di procedere alla trattazione delle questioni sopra citate, appare necessario fare alcune considerazioni preliminari in ordine alla ricostruzione della

bancarotta fraudolenta patrimoniale come illecito di pericolo concreto, nonché ai suoi rapporti con le circostanze di danno patrimoniale di cui all'art. 219 l. fall. (a breve art. 326 del codice della crisi d'impresa) e con la nuova causa di non punibilità inserita all'art. 25 del codice della crisi d'impresa.

L'attuale sistema penalfallimentare prevede sia il modello di reato di pericolo sia quello di danno. Tale assetto non dovrebbe subire modifiche in conseguenza dell'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019, in vigore dal 15 agosto 2020), con la sostituzione del "fallimento" per mezzo della procedura di "liquidazione giudiziale"⁵²⁸.

Quanto al primo modello, emblematica è la fattispecie prevista dall'art. 216, comma 1, n.1, l. fall. (nonché dall'art. 223, comma 1, l. fall. in forza del rinvio effettuato "ai fatti preveduti nell'art. 216"), in cui è assente l'evento dannoso del dissesto/insolvenza dell'impresa e, conseguentemente, il nesso causale tra quest'ultimo e le condotte distrattive. Viceversa, il paradigma del modello di danno è riscontrabile, a seguito della modifica intervenuta nel 2002, nel delitto di cui all'art. 223, comma 2 n. 1, l. fall., in cui si prevede espressamente il nesso eziologico tra i reati societari e il dissesto della società («hanno cagionato o concorso a cagionare»)⁵²⁹; nonché nell'ipotesi di bancarotta impropria preterintenzionale *ex* art. 223, comma 2 n. 2, l. fall., nella quale, con dolo o per effetto di operazioni dolose, deve essere "cagionato il fallimento della società".

Escludendo, come accennato, la sussistenza del nesso di causalità tra i fatti di bancarotta e l'insolvenza/dissesto nel modello di reato di pericolo previsto nella bancarotta fraudolenta prefallimentare, occorre indagare quali siano le condotte che possono dirsi offensive per il bene giuridico tutelato. È necessario dunque, in ossequio ai principi di offensività e colpevolezza, delimitare l'area della responsabilità penale per tale delitto, in modo da evitare di risalire a condotte troppo lontane dal fallimento.

La ricerca delle condotte depauperative integranti la fattispecie in esame può risultare più o meno ardua a seconda della loro lontananza o vicinanza temporale

⁵²⁸ Sulle conseguenze che porterà il nuovo Codice della crisi d'impresa in materia penalfallimentare v. M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 488 ss.

⁵²⁹ Sul nesso di causalità nei reati di bancarotta si veda A. PANTANELLA, *La Corte di cassazione e la damnatio memoriae della "sentenza Corvetta" in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3727 ss.

rispetto alla dichiarazione di fallimento, la quale, come è noto, cristallizza definitivamente la lesività dei fatti di bancarotta.

Infatti, se sussiste un breve lasso temporale tra le condotte che diminuiscono la garanzia dei creditori e l'insolvenza/fallimento ovvero se le condotte distrattive presentano caratteristiche oggettive di fraudolenza, appare di chiara evidenza la natura concretamente depauperativa delle condotte. Si pensi, ad esempio, al fenomeno di "scissione" di una società nel cui ambito vengono separate le passività lasciandole nella c.d. *bad company*, dalle attività che invece vengono trasferite nella società di nuova costituzione, c.d. *new company*⁵³⁰.

Nel caso in cui, invece, tale stretto rapporto temporale non sussista e le condotte tipiche di cui all'art. 216 l. fall. siano cronologicamente distanti dal fallimento ovvero esse abbiano ad oggetto beni di esiguo valore, appare più difficile distinguere le condotte integranti il reato di bancarotta fraudolenta da quelle indicative di una libera scelta imprenditoriale.

In altre parole, bisogna chiedersi se, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumano o meno rilevanza penale tutte le condotte *lato sensu* depauperative, in qualunque momento siano state commesse.

A tale quesito ha tentato di fornire una risposta la recente giurisprudenza di legittimità che, riprendendo l'impostazione già adottata da tempo da autorevole dottrina⁵³¹, ha valorizzato la ricostruzione della bancarotta fraudolenta patrimoniale come reato di pericolo concreto. Seguendo la struttura di tali reati, si sposta in avanti il limite temporale a partire dal quale considerare penalmente rilevanti le condotte distrattive, giacché si selezionano unicamente le condotte che hanno concretamente posto in pericolo il bene giuridico tutelato⁵³². Al contempo non si escludono, in tal modo, anche comportamenti di molto antecedenti allo stato di insolvenza, purché concretamente pericolosi⁵³³.

⁵³⁰ Sez. V, 6 ottobre 2017, n. 17163, in *Guida al diritto*, 2018, p. 21; Sez. V, 13 giugno 2014, n. 42272, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3245, con nota di I. SCORDAMAGLIA.

⁵³¹ Vedi fra tutti, C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI – A. ALESSANDRI – L. FOFFANI – S. SEMINARA – G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Monduzzi, 2003, p. 110 ss.

⁵³² Sui criteri di delimitazione temporale delle condotte penalmente rilevanti si veda A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Vol. IV, I reati fallimentari*, Giappichelli, 2019, p. 47 ss.

⁵³³ Come si rischierebbe di fare, invece, utilizzando la teoria della zona di rischio penale, giacché, richiedendo un ambito di rischio cronologicamente delimitato, si lascerebbero fuori condotte sì remote ma gravi. Per la teoria della zona di rischio penale si veda P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, 1955. Da ultimo, la giurisprudenza ha affermato che la cd. "zona di rischio penale" può escludere la rilevanza penale della condotta solo qualora l'atto

Si aderisce, dunque, all'ormai maggioritario orientamento giurisprudenziale secondo cui la bancarotta fraudolenta prefallimentare è un reato di pericolo e non è dunque necessario che la condotta abbia causato un effettivo pregiudizio ai creditori (reato di danno)⁵³⁴. In particolare, la predetta fattispecie è considerata un reato di pericolo concreto e non di pericolo astratto, con la conseguenza che l'elemento oggettivo non può essere integrato dal solo distacco ingiustificato dei beni patrimoniali (e, dunque, dal mero impoverimento dell'asse patrimoniale da parte dell'imprenditore), ma deve risultare concretamente idoneo a creare un pericolo di lesione all'integrità della garanzia dei creditori in caso di apertura della procedura concorsuale⁵³⁵.

A parere della giurisprudenza, la pericolosità delle condotte tipiche deve permanere dal momento del loro compimento sino al momento di apertura della procedura concorsuale. Ciò in quanto, fino a tale momento, possono sorgere vicende in grado di "riassorbire" la pericolosità degli atti, come nel caso della c.d. bancarotta riparata. Tale figura determina l'insussistenza dell'elemento materiale se la sottrazione dei beni è annullata da un'attività reintegrativa di segno opposto avvenuta prima della dichiarazione di fallimento⁵³⁶. Nel lasso di tempo che intercorre tra la commissione delle condotte tipiche e la dichiarazione di fallimento si concede dunque ai soggetti qualificati la possibilità di un ravvedimento tempestivo idoneo ad eliminare o ridurre l'offesa per gli interessi tutelati.

Si aggiunga che la valutazione sulla concretezza del pericolo si ferma al momento della dichiarazione del fallimento, rendendo dunque indifferenti le

addebitato non sia idoneo ad esporre a pericolo il patrimonio dell'impresa e non sia collocabile in un contesto di condotte che abbiano determinato il dissesto, cfr. Sez. V, 22 febbraio 2018, n. 18517, in *C.E.D. Cass.*, n. 273073.

⁵³⁴ Sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11633, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1601; Sez. V, 15 maggio 2014, n. 24051, in *C.E.D. Cass.*, n. 260141. Una parte della dottrina nega la qualificazione della bancarotta fraudolenta come reato di pericolo, costruendola essenzialmente come reato di danno che si perfeziona con l'insolvenza del debitore, cfr. A. FIORELLA, *I reati fallimentari*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, 2019, p. 392 ss.; A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Giappichelli, 2014, p. 32-33.

⁵³⁵ Così Sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3951, con nota di M. POGGI D'ANGELO, *Sul modello d'illecito e le sue conseguenze in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare*; in senso conforme, v. Sez. V, 15 maggio 2014, n. 40981, *ivi*, 2015, p. 1597.

⁵³⁶ *Ex plurimis*, Sez. V, 24 novembre 2017, n. 57759, in *C.E.D. Cass.*, n. 271922-01; Sez. V, 20 ottobre 2015, n. 4790, *ivi*, n. 266025; Sez. V, 4 novembre 2014, n. 52077, *ivi*, n. 261347; Sez. V, 23 aprile 2013, n. 28514, *ivi*, n. 255576. In dottrina, C. PEDRAZZI, *sub Art. 216*, in C. PEDRAZZI- F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja- Branca. Legge fallimentare Art. 216-227*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, 1995, pp. 72-73; *contra*, U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Giappichelli, 2012, p. 40.

evoluzioni positive della procedura concorsuale dopo che il fallimento sia stato dichiarato⁵³⁷.

4.2.1. La rilevanza del danno patrimoniale: applicabilità delle circostanze di cui all'art. 219 l. fall. ai reati di pericolo

Parte della dottrina, tuttavia, evidenzia come le condotte in questione spesso non si limitino a esporre a pericolo il bene giuridico, bensì cagionino una effettiva lesione patrimoniale. Ciò è ricavabile dal fatto che l'art. 219 l. fall. (nuovo art. 326 c.c.i.) prevede una circostanza aggravante ed una circostanza attenuante se la condotta (il fatto di bancarotta) ha determinato un danno patrimoniale rispettivamente di rilevante gravità o di speciale tenuità⁵³⁸.

Ciò tuttavia non deve indurre a ricostruire la figura di reato quale illecito di danno/lesione, in quanto le circostanze sono elementi accidentali o accessori del reato, che incidono esclusivamente sulla entità della pena, senza influire quindi sulla esistenza giuridica della fattispecie⁵³⁹. La circostanza aggravante del danno di rilevante gravità e la circostanza attenuante del danno di specialità tenuità, dunque, ben potrebbero accedere a un reato di pericolo già perfetto dei suoi elementi costitutivi. Si consideri, a riprova di ciò, il prevalente orientamento giurisprudenziale che ritiene applicabile l'aggravante *ex art. 61, comma 1, n. 3 c.p.* e l'attenuante *ex art. 62, comma 1, n. 4 c.p.* anche al delitto tentato, nel caso in cui si appuri che, qualora fosse giunto a consumazione, il reato avrebbe prodotto un danno patrimoniale di rilevante gravità o di speciale tenuità⁵⁴⁰.

A ben vedere, inoltre, l'art. 219 l. fall. fa riferimento al “danno patrimoniale” e non al generico danno. L'inserimento di tali circostanze, operato *ex novo* dalla legge fallimentare del 1942, è servito ad estendere l'applicabilità delle circostanze comuni relative all'entità del danno (artt. 61, comma 1, n. 7 e 62, comma 1, n. 4 c.p.) anche ai

⁵³⁷ Così Sez. V, 2 ottobre 2018, n. 2389.

⁵³⁸ R. BRICCHETTI, *La costruzione giurisprudenziale della bancarotta prefallimentare come reato condizionale a condotta realmente pericolosa per il bene giuridico tutelato*, in *discrimen.it*, 24 settembre 2018, p. 8.

⁵³⁹ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 300.

⁵⁴⁰ *Ex plurimis* Sez. II, 3 marzo 2015, n. 17424, in *C.E.D. Cass.*, n. 263369; Sez. Fer., 13 agosto 2009, n. 33408, *ivi*, n. 244353; Sez. V, 19 giugno 2014, n. 42819, *ivi*, n. 261044; Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 28243, *ivi*, n. 255528. Ad avviso di G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 628 e 640, la soluzione adottata dalla giurisprudenza appare *contra legem*.

reati non propriamente contro il patrimonio come i delitti di bancarotta e, di riflesso, ha consentito di eliminare le incertezze circa la loro applicabilità⁵⁴¹.

Quanto alla valutazione dell'entità del danno, si è posto il problema se, nell'applicazione delle circostanze, si debba far riferimento al danno patrimoniale cagionato dal fallimento (il c.d. passivo fallimentare) oppure a quello derivato dai fatti di bancarotta.

Ebbene, si deve qui far riferimento al danno patrimoniale cagionato dalla commissione dei fatti di bancarotta e non al danno espresso dal passivo per l'intera massa creditoria. L'insolvenza nella sua dimensione economica, invero, può essere conseguenza di plurimi fattori e, proprio per tale ragione, non è richiesto il nesso causale tra la stessa e le condotte bancarottiere⁵⁴².

In altre parole, non deve aversi riguardo al danno causato dal fallimento, ma alla diminuzione patrimoniale determinata dall'azione dell'imprenditore in danno dei creditori al momento della consumazione del reato ed è pertanto errato riferirsi, nella valutazione del danno, all'entità del passivo o alla differenza tra attivo e passivo⁵⁴³. Qualora, invece, concorra una pluralità di fatti di bancarotta, deve tenersi conto del danno patrimoniale complessivo e non di quello arrecato da ciascuno dei singoli fatti di bancarotta⁵⁴⁴.

Anche a parere della giurisprudenza di legittimità, la valutazione del danno va effettuata con riferimento non all'entità del passivo o alla differenza tra attivo e passivo, bensì alla diminuzione patrimoniale cagionata direttamente ai creditori dal fatto di bancarotta. Ne consegue che il giudizio relativo alla particolare tenuità/ gravità del fatto non va riferito al singolo rapporto che intercorre tra fallito e creditore

⁵⁴¹ L. CONTI, *I reati fallimentari*, Utet, 1991, p. 338.

⁵⁴² Così C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in *Diritto penale*, vol. IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2003, p. 935; A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 46-47. Di recente, si è evidenziato che l'aggravante non fa riferimento al danno espresso dal passivo per la massa *tout court*, ma alle conseguenze in termini di pregiudizio patrimoniale per la massa che si collegano strettamente alla condotta v. N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, il Mulino, 2018, p. 154.

⁵⁴³ Così, R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Giuffrè, 2017, p. 327; A. ROSSI, *Reati fallimentari*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. Vol. II, a cura di Grosso, Giuffrè, 2018, p. 282. Per F. SGUBBI, sub *Art. 219*, in C. PEDRAZZI- F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja- Branca. Legge fallimentare Art. 216-227*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, 1995, pp. 205-206, l'entità del danno patrimoniale va determinata, invece, sull'entità del passivo nel delitto di "causazione dolosa del fallimento" (art. 223, comma 2, n. 2), ove il fallimento si presenta come evento.

⁵⁴⁴ L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 339.

ammesso al concorso, né a singole operazioni commerciali o speculative dell'imprenditore decotto, ma va posto in relazione alla diminuzione (non percentuale, ma globale) che il comportamento del fallito ha provocato nella massa attiva che sarebbe stata disponibile per il riparto, ove non si fossero verificati gli illeciti⁵⁴⁵.

Tuttavia, anche se il danno patrimoniale non è quello insito nell'insolvenza, ma quello direttamente provocato dai fatti di bancarotta, il momento temporale in cui valutarlo è quello dell'insolvenza-fallimento. Il tempo cui far riferimento per la valutazione della rilevante gravità o della speciale tenuità del danno causato all'intera massa dei creditori è quello dell'apertura della procedura concorsuale, non rilevando peraltro eventi successivi⁵⁴⁶.

Ciò è desumibile anche dall'applicabilità delle circostanze di cui all'art. 219 l. fall. alla bancarotta documentale: pur difettando un effettivo documento, la dannosità dei fatti di bancarotta documentale si misura sul pregiudizio derivante ai creditori dall'impossibilità di ricostruzione integrale dell'attivo attraverso il reperimento delle componenti diverse e l'esercizio delle azioni di recupero. In particolare, è stato affermato in giurisprudenza che la circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, prevista dall'art. 219, comma 3, l. fall., deve essere valutata in relazione al danno causato alla massa creditoria in seguito all'incidenza che le condotte integranti il reato hanno avuto sulla possibilità di esercitare le azioni revocatorie e le altre azioni poste a tutela degli interessi creditori⁵⁴⁷.

Dunque, il danno patrimoniale deve essere sì collegato alla condotta illecita, ma deve essere valutato nel momento di apertura della procedura concorsuale, esaminando la differenza fra l'attivo che vi sarebbe stato in assenza della condotta illecita e l'attivo rimasto in concreto a disposizione degli organi della procedura: «cristallizzandosi col fallimento la situazione patrimoniale, l'originaria pericolosità si stabilizza e si colora come danno: non per un fenomeno di progressione offensiva, ma per il mutamento del quadro di contorno»⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Cfr. Sez. V, 1 aprile 2019, n. 19981, in *C.E.D. Cass.*, n. 277243; Sez. I, 10 ottobre 2000, n. 12087, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3533.

⁵⁴⁶ G. COCCO, sub *Art. 219 l. fall.*, in F. PALAZZO- C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, 2007, p. 1230; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, cit., p. 327.

⁵⁴⁷ Cfr. Sez. V, 3 dicembre 2018, n. 7888, in *C.E.D. Cass.*, n. 275345; Sez. V, 18 gennaio 2013, n. 19304, in *Cass. pen.*, 2014, p. 351.

⁵⁴⁸ Cfr. C. PEDRAZZI, sub *Art. 216*, cit., pp. 17-18.

4.2.2. La nuova causa di non punibilità prevista dal codice della crisi d'impresa

Una diversa collocazione potrebbe essere attribuita alla c.d. misura premiale prevista all'art. 25 del nuovo codice della crisi di impresa introdotto dal d.lgs. n. 14 del 2019 (in attuazione della legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017), il quale entrerà in vigore decorsi 18 mesi dalla pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* (15 agosto 2020)⁵⁴⁹.

L'art. 25, comma 2, c.c.i. inserisce una nuova causa di non punibilità, stabilendo che la tempestiva presentazione dell'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero della domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al presente codice, quando a seguito delle stesse viene aperta, su iniziativa del debitore, una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti, esclude, limitatamente alle condotte poste in essere prima dell'apertura della procedura, la punibilità dei reati di cui agli articoli 322 [bancarotta fraudolenta], 323 [bancarotta semplice], 325 [ricorso abusivo al credito], 328, 329 [fatti di bancarotta fraudolenta], 330 [fatti di bancarotta semplice], 331 [ricorso abusivo al credito], 333 [reati dell'istitutore] e 341, comma 2, lettere a) e b) [bancarotta nel concordato preventivo], a condizione che il danno cagionato sia di speciale tenuità⁵⁵⁰.

La dottrina ha rilevato come la nuova causa di non punibilità, collegandosi anche alla sussistenza del requisito che la condotta posta in essere cagioni un "danno di speciale tenuità", senza alcun riferimento alla natura patrimoniale dello stesso,

⁵⁴⁹ Come primi commenti al nuovo codice della crisi d'impresa si vedano M. GAMBARDELLA, *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 27 novembre 2018; R. BRICCHETTI, *Codice dalla crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 7-8/2019, p. 75 ss.; F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, p. 1189 ss.; A. ROSSI, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I "riflessi" su alcune problematiche in campo societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1153 ss.

⁵⁵⁰ Nell'ultima parte del comma 2 dell'art. 25 è stata altresì introdotta una nuova circostanza attenuante ad effetto speciale, la quale prevede che, fuori dai casi in cui risulti un danno di speciale tenuità, per chi ha presentato le istanze predette la pena è ridotta fino alla metà quando, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicura il soddisfacimento di almeno un quinto (20 per cento) dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non supera l'importo di 2.000.000 euro. Per P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le Società*, 2019, p. 452, la nuova causa di non punibilità è destinata a trovare applicazioni residuali in ragione della difficile definizione del requisito del "danno".

negherebbe la natura di reato di pericolo concreto del delitto di bancarotta fraudolenta propria (nuovo art. 322 c.c.i.)⁵⁵¹. Questo ambiguo riferimento al “danno”, in un contesto in cui sono presenti reati di pericolo, potrebbe trovare una spiegazione nell’idea, che appare sottesa alla Relazione illustrativa⁵⁵², secondo la quale anche la bancarotta fraudolenta propria dovrebbe essere ricostruita come delitto di lesione effettiva, anziché di pericolo concreto, come asserisce oggi la giurisprudenza di legittimità e una parte consistente della dottrina.

Tuttavia, il riferimento al danno (e non al danno patrimoniale) e al nesso eziologico tra la condotta distrattiva e l’insolvenza dell’impresa non appare assolutamente contemplato nell’attuale delitto di bancarotta fraudolenta propria *ex art.* 216 l. fall., né in quello di bancarotta fraudolenta impropria *ex art.* 223, comma 1, l. fall. E d’altronde le figure di bancarotta transitano inalterate nel nuovo codice della crisi d’impresa agli artt. 322 e 329.

Infine, appare utile osservare che, anche se in ambito diverso, la Suprema Corte ha recentemente negato l’applicabilità della circostanza attenuante dell’integrale riparazione del danno agli illeciti di omissione di soccorso, quali reati istantanei di pericolo, giacché l’art. 62, comma 1 n. 6 c.p. trova nel “danno” il proprio imprescindibile presupposto logico⁵⁵³.

4.3. Il dolo di pericolo: la “tipicità soggettiva” nella bancarotta fraudolenta propria.

Ora, fatte queste brevi premesse sull’elemento oggettivo del reato di pericolo nell’ambito dei delitti di bancarotta, si affronta il primo argomento che qui si vuole trattare e, segnatamente, la struttura dei reati di pericolo sotto il profilo soggettivo con particolare riferimento alla bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Si fa riferimento alla struttura soggettiva propria dei reati di pericolo, considerabile diversa dalle strutture soggettive di altri modelli di reato. Invero, la

⁵⁵¹ Così M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, cit., p. 502. Si è evidenziato poi che, come per il nuovo falso in bilancio (art. 2621-ter c.c.), sarebbe stato più opportuno inserire nella causa di non punibilità il riferimento anche all’esiguità del pericolo per il bene tutelato (la garanzia patrimoniale dei creditori) ovvero al concetto di genere di “offesa”, comprensivo pure del pericolo (come d’altronde è previsto per l’art. 131-bis c.p. per determinare la tenuità del fatto), cfr. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018, p. 134 ss. *Contra*, R. BRICCHETTI, *Codice dalla crisi d’impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, cit., p. 97 ss., il quale fa riferimento al “danno patrimoniale” anche nell’art. 25 c.c.i.

⁵⁵² Cfr. *Relazione illustrativa*, p. 48.

⁵⁵³ Così Sez. IV, 17 gennaio 2019, n. 5050, in *C.E.D. Cass.*, n. 275117.

pluralità delle tipologie strutturali degli illeciti esistenti nel sistema penalistico italiano sembrerebbe rendere diverse le nozioni di dolo al variare della fattispecie, con la conseguenza che, per quel che qui interessa, la natura di reato di pericolo concreto della bancarotta fraudolenta patrimoniale assume rilievo anche in relazione all'elemento soggettivo del reato.

Seguendo tale crinale, il dolo non appare un concetto unico per tutti i reati: la struttura soggettiva si modifica con il variare della tipicità oggettiva. Avremo, dunque, una struttura soggettiva compatibile con i reati d'evento ed una con i reati di condotta: si tratta del dolo come tipicità oltre che del dolo come volontà.⁵⁵⁴

Secondo le concezioni dogmatiche, oggi prevalenti in dottrina, che si sono affermate a partire dalle teorie finaliste, accanto all'uso tradizionale del concetto di elemento oggettivo, inteso come insieme dei dati materiali esterni alla psiche, se ne affianca un altro, quello di fatto tipico in cui anche dolo e colpa rilevano non solo al livello della colpevolezza, ma contribuiscono altresì alla tipizzazione della condotta. La distinzione tra elemento oggettivo e soggettivo è dunque anche interna al concetto di fatto tipico⁵⁵⁵, esistendo un dolo e una colpa che non sono ancora necessariamente colpevoli⁵⁵⁶. Sono questi gli elementi che vengono definiti, della "tipicità soggettiva"⁵⁵⁷. Nella fase interpretativa della fattispecie - ma anche in quella di accertamento processuale - il dolo dovrà in definitiva essere scomposto ed analizzato primariamente nel proprio aspetto della tipicità e, secondariamente, sotto l'aspetto

⁵⁵⁴ V. C. FIORE, voce: *Azione finalistica*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. IV, 1988, p. 4; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996, p. 172 ss.; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Morcelliana, 1992, p. 9 e ss.

⁵⁵⁵ Cfr. M. DONINI, voce: *Teoria del reato*, in *Digesto*, vol. XIV Penale, Utet, 1999, pp. 262-263; da ultimo, v. P. M. ASTORINA, *L'accertamento del dolo: determinatezza, normatività e individualizzazione*, Giappichelli, 2018, p. 424 ss., secondo cui la normatività del dolo non è soltanto ammissibile ma anche necessaria per un accertamento che si allontani dal fatto psicologico meramente interno.

⁵⁵⁶ Si è brillantemente evidenziato che, nella concezione normativa della colpevolezza, dolo e colpa non "appartengono" al contenuto della colpevolezza, ma si configurano come il suo oggetto. Invero, rispetto al fatto, essi assumono un ruolo costitutivo della conformità al tipo, in cui si esaurisce il loro valore descrittivo; rispetto alla colpevolezza, per altro verso, dolo e colpa svolgono la funzione di delimitare l'oggetto del rimprovero, circoscrivendolo unicamente nei confronti di chi ha realizzato "personalmente" un fatto penalmente illecito. In tal senso si vedano C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Utet, 2016, pp. 435-436. Così anche G.V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 107 ss.

⁵⁵⁷ Sul riconoscimento della funzione tipizzante del dolo e della colpa da considerarsi, tuttavia, scollata dalla categoria del "disvalore di azione" della teoria finalistica si veda, G. FIANDACA, *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Edizioni scientifiche italiane, 2007, p. 237 ss.

della colpevolezza. Ed allora la tipicità oggettiva propria dei reati di pericolo porterà altresì alla variazione della loro struttura soggettiva⁵⁵⁸.

Appare interessante ricordare come nella relazione di sintesi che Delitala scrisse nel 1972 sulle relazioni preliminari al Congresso internazionale di diritto penale svoltosi a Roma nel 1969, egli notò che sul problema della colpevolezza nei reati di pericolo la tesi generalmente seguita era quella della necessità del dolo: da intendersi, per la relazione italiana, non come volontà di cagionare il risultato dannoso (giacché allora si avrebbe tentativo del reato di danno), bensì nel senso di consapevolezza dell'esposizione a pericolo di dati beni⁵⁵⁹.

Ricorre, a tal proposito, in dottrina il riferimento al c.d. dolo di pericolo (*Gefährdungsvorsatz*), nozione che non attiene alle forme del dolo, ma che riflette il contenuto offensivo della fattispecie legale del reato di pericolo⁵⁶⁰. A seconda della natura offensiva, infatti, si distingue il dolo di danno dal dolo di pericolo in rapporto all'oggetto del dolo. Si sostiene che tale distinzione serve soprattutto ad evidenziare le ipotesi in cui vi è uno scambio corrispettivo: reati di danno con dolo di pericolo (ad es. omicidio preterintenzionale) e reati di pericolo con dolo di danno (ad es. delitto tentato)⁵⁶¹.

Ciò significa che il dolo è di pericolo, laddove l'elemento soggettivo si accontenta della volontà di porre in pericolo il bene giuridico, a differenza del dolo di danno, dove l'integrazione del dolo richiede la volontà di ledere il bene giuridicamente rilevante⁵⁶². Tuttavia, la struttura soggettiva del dolo di pericolo non diverge nella "composizione" rispetto al dolo di danno: infatti, anche tale istituto richiede la compresenza sia dell'elemento cognitivo sia di quello volitivo, solo che qui

⁵⁵⁸ Sul punto anche G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 5033.

⁵⁵⁹ V. G. DELITALA, *I reati di pericolo*, in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Giuffrè, 1976, p. 423.

⁵⁶⁰ Così G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente* (Annuario dell'Università Cattolica), in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, cit., p. 431; M. GALLO, voce: *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, 1964, p. 794; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2017, p. 320; A. PAGLIARO, *Il reato*, in Grosso – Padovani – Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2007, p. 99.

⁵⁶¹ Così T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 256; inoltre, sulla differenza tra reati di pericolo con dolo di danno e reati a dolo specifico in senso stretto, v. L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Giuffrè, 1993, p. 184 ss. Infine, per una approfondita ricostruzione storica del legame tra tentativo e pericolo si veda S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Giuffrè, 2012, p. 347 ss.

⁵⁶² Cfr. A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Fr.lli Bocca editori, 1913, p. 332; C. SALTELLI – E. ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Vol. I, Artt. 1-84, Utet, 1940, p. 262; così anche F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Istituto italiano d'arti grafiche, 1930, p. 89.

rappresentazione e volontà sono proiettate verso l'esposizione a pericolo del bene tutelato⁵⁶³. In altre parole, per l'integrazione del dolo di pericolo è necessario che il soggetto si rappresenti il pericolo concreto e, sulla base di tale rappresentazione, decida di agire⁵⁶⁴.

Si ritiene, inoltre, esistere uno spazio applicativo autonomo per la figura del dolo di pericolo, non potendosi confondere quest'ultimo né con il dolo eventuale di danno, né con la colpa con previsione. Non può prospettarsi l'identità tra il contenuto del dolo di pericolo e il contenuto del dolo eventuale, giacché quest'ultimo ha natura di autentico dolo di danno, mentre il concetto di dolo di pericolo dovrebbe venire in considerazione solamente nelle relative fattispecie di pericolo⁵⁶⁵. Sotto tale profilo, dunque, il soggetto agente non si rappresenta necessariamente la direzione eziologica della propria condotta verso il risultato dannoso⁵⁶⁶.

Applicando quanto appena detto ai delitti di bancarotta, la selezione delle condotte conformi al tipo descritto dal legislatore dovrebbe avvenire prima sul piano "oggettivo", mediante la verifica della concreta idoneità delle stesse a porre in pericolo l'integrità della garanzia patrimoniale, per poi investire il profilo "soggettivo", dovendo tale idoneità essere rappresentata da parte dell'agente. Inoltre, è bene evidenziare che i due accertamenti devono rimanere separati, non potendo presumersi la sussistenza implicita del dolo solo sulla base del carattere distrattivo della condotta (c.d. *dolus in re ipsa*)⁵⁶⁷.

Per quel che riguarda l'elemento soggettivo, la formulazione dell'art. 216, comma 1, n.1, l. fall. ha sempre suscitato molti dubbi in dottrina e in giurisprudenza. L'analisi del dolo, invero, deve fare i conti con una netta differenziazione – sul piano soggettivo - tra le varie ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Manca qui

⁵⁶³ G. RATIGLIA, *Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione*, Gazzettino, 1931, pp. 156-157.

⁵⁶⁴ Cfr. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999 p. 232. In particolare, secondo G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo*, cit., pp. 5036-5037, non è sufficiente che il pericolo, sotto il profilo soggettivo, sia evincibile dalla sussistenza di determinate circostanze, ma è necessario anche che il soggetto agente formuli un "giudizio" circa la sua esistenza, ossia una valutazione sul significato della propria condotta rispetto ai concreti risvolti pericolosi della sua realizzazione.

⁵⁶⁵ Cfr. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 232 ss.

⁵⁶⁶ Brevemente sulla differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente nei reati di bancarotta v. S. CANESTRARI, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, in M. DONINI – R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, 2013, p. 155 ss.

⁵⁶⁷ Sul problema del "*dolus in re ipsa*" nella fattispecie di cui all'art. 216 l. fall. si veda l'importante contributo di F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, 1960, p. 165 ss.

l'espressa previsione legislativa dello «scopo di recare pregiudizio ai creditori», richiesto contrariamente nell'ipotesi in cui le medesime condotte sono collegate al gonfiamento del passivo, nonché nella bancarotta fraudolenta documentale di cui al n. 2 dell'art. 216 l. fall. Nulla dicendo la disposizione di legge, si pone dunque il quesito se il legislatore abbia richiesto il dolo specifico solo per l'ipotesi finale della simulazione di passività⁵⁶⁸.

Secondo il costante e pacifico orientamento della giurisprudenza in materia di bancarotta per distrazione, ad integrare l'elemento soggettivo sarebbe sufficiente il dolo generico, ossia la rappresentazione e volontà di estromettere il singolo bene dal patrimonio del soggetto agente. Non è richiesto il fine specifico di recare pregiudizio ai creditori, ma soltanto la consapevolezza della sottrazione di beni alla garanzia della massa creditoria⁵⁶⁹. Parte della dottrina ha suggerito, quale correttivo psicologico per circoscrivere nel tempo l'incriminabilità dei fatti che sono previsti all'art. 216 l. fall., che il dolo specifico sia riferito tanto ai casi di diminuzione fittizia quanto a quelli di diminuzione effettiva del patrimonio⁵⁷⁰.

Come si è detto si reputa che la ricerca di un criterio di limitazione di un arco di rilevanza temporale dei fatti di bancarotta fraudolenta debba essere condotto innanzitutto sul terreno dell'elemento materiale, per poi investire in modo omogeneo l'elemento soggettivo del delitto⁵⁷¹.

Ed allora appare necessario valorizzare il dolo generico in modo tale da renderlo idoneo a selezionare le condotte meritevoli di sanzione. Tale impostazione deve muovere dalla pericolosità concreta dei fatti di bancarotta, da intendersi come atti capaci di intaccare la garanzia patrimoniale facendola scendere al di sotto del livello di guardia necessario al soddisfacimento dei creditori. In conseguenza di ciò, sul piano soggettivo, il dolo in capo all'imprenditore deve essere qualificato come consapevolezza di agire ponendo in pericolo tale garanzia⁵⁷².

Anche la giurisprudenza più recente ha iniziato ad "arricchire" il dolo generico: oltre al tradizionale richiamo alla consapevolezza di disporre di elementi del

⁵⁶⁸ Per una più approfondita trattazione in ordine ai diversi orientamenti sull'elemento soggettivo, cfr. E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI- M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2016, pp. 315 -316.

⁵⁶⁹ V. Sez. V, 28 febbraio 2017, n. 14846, in *C.E.D. Cass.*, n. 270022; Sez. V, 18 gennaio 2008, n. 7414, in *Guida dir.*, 2008, p.78; Sez. V, 19 febbraio 2004, n. 12564, in *Giur. it.*, 2005, p. 133.

⁵⁷⁰ Cfr. R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e altri reati fallimentari*, cit., p. 128; A. ROSSI, *Reati fallimentari*, cit., p. 145.

⁵⁷¹ Così C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 125.

⁵⁷² Sul punto C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 133.

patrimonio sociale per scopi diversi da quelli propri dell'impresa, si richiede altresì la volontà di compiere atti che possono cagionare un pericolo di danno ai creditori⁵⁷³. Si è evidenziato⁵⁷⁴, tuttavia, che le formule impiegate risultano alquanto ambigue, spingendosi talvolta oltre il dolo di pericolo (“possono cagionare”), per raggiungere addirittura un dolo di danno (“atti che cagionino danni ai creditori”)⁵⁷⁵.

4.3.1. La bancarotta come reato di condotta pericolosa o reato di evento di pericolo: riflessi sull'oggetto del dolo

Sembra opportuno ora analizzare il secondo argomento, e cioè quali siano le conseguenze in ordine al contenuto dell'oggetto del dolo per i reati – come la bancarotta fraudolenta patrimoniale *ex artt.* 216 e 223, comma 1, l. fall. – che presentano una diversa tipicità rispetto agli illeciti di danno.

Si vuole, in particolare, verificare quali elementi della fattispecie tipica dei reati di pericolo debbano rientrare all'interno dell'oggetto del dolo. A tal riguardo, si muove dalla concezione secondo cui nell'oggetto del dolo vada ricompreso unicamente il fatto concreto che corrisponde alla figura legale del fatto incriminato (fatto tipico), restando, invece, al di fuori d'esso l'offesa dell'interesse protetto dalla norma, ossia la consapevolezza del disvalore insito nel fatto commesso, la cui ignoranza o erronea interpretazione potrà rilevare, se del caso, *ex art.* 5 c.p.⁵⁷⁶.

Al fine di ricostruire più puntualmente l'oggetto del dolo nelle fattispecie di cui agli art. 216, comma 1, n.1 e 223, comma 1, l. fall., è bene preliminarmente riprendere la definizione del concetto di pericolo precedentemente delineata, con riferimento altresì alla dottrina straniera, nonché accertare quale sia la posizione che esso occupa all'interno della fattispecie⁵⁷⁷.

A tal proposito, occorre evidenziare come non vi sia nel codice penale né un generale modello di reato di pericolo – al pari del tentativo – né una definizione di

⁵⁷³ Sez. V, 26 ottobre 2017, n. 8997, in *Diritto&Giustizia*, 2018, 28 febbraio, con nota di E. FONTANA.

⁵⁷⁴ Cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 62.

⁵⁷⁵ Sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4400, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2403, con nota di D. ZINGALES.

⁵⁷⁶ V. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2018, p. 295 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 247 ss. Per M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 1996, pp. 302-303, l'art. 5 c.p. costituisce lo sbarramento più importante contro le teorie del dolo incentrate sulla conoscenza dell'offesa, poiché l'offesa, essendo un momento di qualificazione giuridica dell'intero fatto, coinciderebbe con l'antigiuridicità.

⁵⁷⁷ È utile evidenziare che il concetto di pericolo, oltre che come elemento tipico della fattispecie, viene in rilievo anche in altri istituti del diritto penale: ad esempio, nel tentativo, nella colpa e in alcune cause di giustificazione. Cfr., a tal proposito, D. PULITANO, *Diritto penale*, Giappichelli, 2019, p. 177. Inoltre, sulla relazione di pericolo che lega il delitto-base e l'evento nei delitti qualificati dall'evento si veda F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Giuffrè, 2005, p. 829 ss.

pericolo⁵⁷⁸, che invece ritroviamo nel T.U. sulla sicurezza nei luoghi di lavoro (d.lgs. n. 81 del 2008). L'art. 2, comma 1, lett. r) definisce il pericolo come «proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni». Nonostante non vi sia una definizione codicistica, si asserisce in generale che l'offesa al bene giuridico può consistere, oltre che nella lesione del bene protetto, anche nella messa in pericolo, ossia nel nocimento solo potenziale del bene giuridico. Pertanto, i reati di offesa abbracciano altresì i reati di pericolo, non ostando alla configurazione di quest'ultimo modello il principio di offensività⁵⁷⁹. Ad ogni modo, il pericolo è definito in generale come un giudizio di probabilità tra la condotta e il verificarsi di un evento dannoso.⁵⁸⁰ All'interno degli illeciti di pericolo poi la dottrina tradizionale italiana distingue tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto⁵⁸¹.

Quanto alla dottrina straniera, come detto precedentemente, la categorizzazione dei reati di pericolo si deve a Binding, il quale ripartì in tre classi le norme proibitive secondo lo scopo della tutela attuato dalle stesse: i divieti di violazione (*Verletzungsverbote*), i divieti di pericolo (*Gefährdungsverbote*), i divieti semplicemente tali (*Verbote schlechthin*)⁵⁸². All'interno delle fattispecie di pericolo, poi, il modello utilizzato dal legislatore tedesco è quello di pericolo concreto, il quale

⁵⁷⁸ Era stata proposta, invero, una definizione di pericolo concreto dal Progetto Grosso (art. 15). Si veda a tal proposito il testo in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 664.

⁵⁷⁹ Si veda, da ultimo, Corte cost. 20 maggio 2016, n. 109, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3192, con osservazioni di E. APRILE. Analogamente cfr. Corte cost. 11 luglio 1991, n. 333, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2628 ss., con nota di G. FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*. Sul principio della necessaria offensività in generale e sul suo eventuale inserimento tra i principi generali nei progetti di riforma del codice penale si vedano G. NEPPI MODONA, voce: *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Torino, 1996, p. 277; C.F. GROSSO (a cura di) *Per un nuovo codice penale. II. Relazione della Commissione Grosso (1999)*, Cedam, 2000, pp. 3-5; M. PISANI (a cura di), *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge- delega al Governo*, Cedam, 1993, p. 27.

⁵⁸⁰ Così S. CANESTRARI, voce: *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 2. In posizione diversa si pone M. GALLO, *Reati di pericolo*, in *Foro pen.*, Roma, 1969, p. 2, il quale afferma che il pericolo consiste in un apprezzabile grado di possibilità, e non di probabilità, di un evento temuto. Così anche R. RIZ, *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in AA. VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, 1984, p. 1358 ss.

⁵⁸¹ Sulla distinzione dei reati di pericolo, in generale, cfr. G. MARINUCCI- E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 252 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 201 ss. Sull'utilità politico-criminale dei reati di pericolo astratto, pur se sussiste la problematica del possibile scarto tra tipicità e offesa, v. M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*. II, Giuffrè, 2006, pp. 1415-1442. Sull'ammissibilità dei reati di pericolo astratto se posti in collegamento con un'indagine politico-criminale dei pericoli che da determinate condotte scaturiscono per il bene giuridico v. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Edizioni scientifiche italiane, 1998, pp. 179-180. Sull'uso dei reati di pericolo nella tutela della salute, cfr. D. PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Giuffrè, 1990.

⁵⁸² Cfr. K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Lipsia, 1916, p. 111 ss. e p. 454 ss.

è sempre di evento, accertabile con giudizio su base totale⁵⁸³. Al di là del concetto di pericolo di origine “codicistica”, tuttavia, nella dottrina tedesca si è rilevato che sussistono situazioni di pericolosità concreta della condotta (e altre di pericolosità astratta), le quali si differenziano dal pericolo concreto come evento⁵⁸⁴.

Neanche il sistema giuridico anglosassone ha un generale illecito di pericolo. Nel suo “*Draft Code of Conduct*” Robinson ha proposto un generale reato di pericolo, analogo alla disposizione sul tentativo, il quale punisca la creazione di un significativo ed ingiustificato rischio di causare un evento ritenuto criminoso dal codice stesso (“*act in a way that creates a substantial and unjustified risk of causing a result made criminal by this Code*”)⁵⁸⁵. Viceversa, il “*Model Penal Code*” statunitense contiene il reato di “*recklessly engaging in conduct which places or may place another person in danger of death or serious bodily injury*” (§. 211.2), limitato solo ai casi di pericolo di morte o di seri danni alla persona.

Sebbene nel sistema anglo-americano non esista un generale modello di pericolo, la tendenza è quella di adoperare gli illeciti di pericolo, senza tuttavia comprendere ed apprezzare le ampie conseguenze che il loro utilizzo implica⁵⁸⁶. Peraltro, la tecnica legislativa penale non è caratterizzata da quella organizzazione sistematica propria dei sistemi di *civil law*: la moltitudine di reati di pericolo è inclassificabile e la vaghezza e la confusione dei termini utilizzati dal legislatore aumentano notevolmente le difficoltà⁵⁸⁷. A titolo esemplificativo, invero, la dottrina angloamericana distingue lo “*attack*” dallo “*endangerment*”⁵⁸⁸; gli “*implicit*

⁵⁸³ Ricostruzione imperniata sul modello legislativo della messa in pericolo della circolazione stradale (§ 315 c, StGB). Sul punto v. K. LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, De Gruyter, 1967, p. 10 ss. In tema, si vedano le riflessioni di M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in Donini-Castronuovo (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza sul lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Cedam, 2007, p. 278 ss. Sul rifiuto della categoria dei reati di pericolo astratto, v. K. BINDING, *op. cit.*, p. 368 ss. e 380 ss.

⁵⁸⁴ H. J. HIRSCH, *Gefahr und Gefährlichkeit*, in *Fest. Arth. Kaufmann*, 1993, p. 545 ss.

⁵⁸⁵ P. H. ROBINSON, *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, 1997, p. 218.

⁵⁸⁶ Nel “*Model Penal Code*” americano del 1962 si rinvengono diversi reati di pericolo, tra i quali alcuni contro la persona (come l’abbandono di minori, § 230,4-5); contro l’ordine pubblico (come la rissa, § 250); o contro la pubblica sicurezza (come l’incendio, § 220.1).

⁵⁸⁷ V. E.S. BINAVINCE, *Crimes of Danger*, in *Wayne Law Review*, 1969, p. 683 ss.

⁵⁸⁸ Così R.A. DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, 2007, p. 151 ss.

endangerment” dagli “*explicit endangerment*”⁵⁸⁹; i reati di pericolo concreto da quelli di pericolo astratto⁵⁹⁰; il “*risk*” dal “*danger*”⁵⁹¹.

Infine, un concetto simile di pericolo - denominato “*mise en danger*” – si può ritrovare anche nel sistema francese. Quest’ultimo è primariamente una nozione di diritto penale generale corrispondente ad una terza forma di elemento soggettivo rispetto al dolo e alla colpa, ritenuta da alcuni paragonabile al dolo eventuale⁵⁹². Essa figura all’articolo 121-3 del codice penale come “*mise en danger délibérée de la personne d’autrui*”⁵⁹³.

Quanto al sistema penale italiano, come detto, vi sono illeciti in cui il pericolo è un elemento costitutivo della fattispecie, la cui concreta sussistenza deve essere accertata dal giudice (reati di pericolo concreto). Tuttavia, al contrario del modello utilizzato dal legislatore tedesco, il ruolo del pericolo quale elemento costitutivo della fattispecie non è riconducibile ad un unico modello. Difatti, vi sono fattispecie criminose in cui lo stato di pericolo rappresenta il presupposto della condotta; altre, nelle quali il pericolo qualifica la condotta illecita o le cose oggetto materiale dell’azione; altre, infine, in cui il pericolo può consistere nell’effetto di una determinata azione, ravvisandosi nell’evento⁵⁹⁴.

In breve, si fa riferimento alla distinzione tra reati di evento di pericolo e reati di condotta pericolosa, a seconda che il pericolo costituisca l’evento del reato ovvero qualifichi la condotta criminosa. All’interno della categoria dei reati di condotta

⁵⁸⁹ Cfr. A. ASHWORTH, *The Criminal Law’s Ambivalence About Outcomes*, in R. CRUFT – M.H. KRAMER – M.R. REIFF (edited by), *Crime, Punishment, and Responsibility. The jurisprudence of Antony Duff*, Oxford University Press, 2011, p. 165.

⁵⁹⁰ A.P. SIMESTER – A. VON HIRSH, *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Hart publishing, 2014, p. 75 ss.

⁵⁹¹ P. WESTEN, *The Ontological Problem of “Risk” and “Endangerment” in Criminal Law*, in R.A. DUFF- STUART P. GREEN, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, p. 305 e ss.

⁵⁹² V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 2017, p. 262. Sul punto, si veda l’attenta analisi di S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 288 ss.

⁵⁹³ In generale sul concetto di “*mise en danger*” nel nuovo codice penale francese si vedano J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l’infraction pénale*, L’Harmattan, 2003, p. 352 ss.; F. DESPORTES – F. Le GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, p. 421; F. CURI, *Tertium non datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell’elemento soggettivo del reato*, Giuffrè, 2003, p. 111 ss.

⁵⁹⁴ Così M. GALLO, *Reati di pericolo*, cit., pp. 2-3; si veda anche F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, 1995, p. 32. Diversamente per N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell’illecito penale. L’illecito commissivo doloso e colposo*, Giuffrè, 1983, p. 169, i reati di pericolo concreto sono da ricondurre solo alla categoria dei reati con evento naturalistico.

pericolosa, denominati anche di pericolo “astratto-concreto”⁵⁹⁵ o “generico”, non si esige la volontà del soggetto di provocare una situazione/stato di pericolo ma è sufficiente la consapevolezza rispetto agli elementi tipici della fattispecie di condotta⁵⁹⁶.

Stante le premesse, saranno diverse le conseguenze sulla costruzione dell’oggetto del dolo del delitto di cui all’art. 216 l. fall. - e di riflesso del delitto *ex* art. 223, comma 1, l. fall. -, in base alla considerazione del pericolo come attributo della condotta ovvero come evento.

A tal proposito, se la bancarotta fraudolenta propria è configurata come reato di pericolo concreto e di mera condotta, l’imprenditore deve rappresentarsi e volere che le condotte siano idonee a cagionare un danno ai creditori, senza che sia necessario l’intenzione di causarlo⁵⁹⁷.

In particolare, come detto, la selezione dei comportamenti conformi al tipo descritto dal legislatore deve avvenire prima sul piano oggettivo, mediante la verifica della concreta idoneità degli stessi a porre in pericolo l’integrità della garanzia patrimoniale; dopodiché, sotto il profilo soggettivo, tale idoneità deve costituire oggetto di rappresentazione da parte del reo⁵⁹⁸, anche quando egli non agisca con l’obiettivo di recare pregiudizio ai creditori, in quanto non richiesto per la sussistenza del reato⁵⁹⁹.

È esclusa invece dall’oggetto del dolo la consapevolezza dello stato d’insolvenza e della dichiarazione di fallimento⁶⁰⁰.

Se, viceversa, si ricostruisce l’art. 216, comma 1, n. 1, l. fall. come reato di evento di pericolo, oltre alla rappresentazione e volontà della condotta, l’agente deve poter prevedere anche il depauperamento e la conseguente diminuzione della garanzia al di sotto del livello sufficiente ad assicurare il soddisfacimento dei creditori. Non occorre che il pregiudizio ai creditori sia perseguito come obiettivo, essendo sufficiente che l’irrealizzabilità delle ragioni creditorie sia prevista ed accettata quale

⁵⁹⁵ L’origine di tale figura si deve a H. SCHRÖDER, *Abstrakt-Konkrete Gefährungsdelikte?*, in *Juristische Zeitung*, 1967, p. 522 ss.

⁵⁹⁶ S. CANESTRARI, *L’elemento soggettivo nei reati di pericolo concreto*, in *Studium iuris*, 2001, p. 534; sulla categoria dei c.d. reati di pericolo “astratto-concreto” si veda altresì M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, 1990, p. 245 ss.

⁵⁹⁷ Sez. V, 5 novembre 2014, n. 51715, in *C.E.D. Cass.*, n. 261739.

⁵⁹⁸ In tal modo, Sez. V, 15 maggio 2014, n. 40981, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1597.

⁵⁹⁹ Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, Passarelli e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 266805.

⁶⁰⁰ Sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, cit.

conseguenza della propria condotta⁶⁰¹. Nel fuoco del dolo deve rientrare non solo l'adeguata conoscenza della concreta situazione aziendale da parte dell'imprenditore, ma anche la rappresentazione della possibilità dell'insorgere dello stato di dissesto⁶⁰².

Si richiede, oltre alla rappresentazione della pericolosità della condotta distrattiva, anche la prevedibilità del rischio di lesione degli interessi creditorî tutelati dalla norma incriminatrice⁶⁰³. Tuttavia, così operando la giurisprudenza sembra confondere il concetto di rischio con quello di pericolo⁶⁰⁴. Com'è stato sapientemente osservato, il rischio non si limita a precedere il pericolo, ma assume oggetto e criteri di valutazione diversi⁶⁰⁵. Il diritto penale del pericolo, invero, è costituito generalmente da reati che colpiscono condotte *ab origine* illecite e non costituiscono una deroga al principio di offensività, perché pur sempre offensive, anche se a livello della messa in pericolo. Il diritto penale del rischio, viceversa, è costituito da reati che puniscono condotte in sé lecite ma che oltrepassano il rischio consentito, creando dunque non un risultato pericoloso ma un rischio non consentito⁶⁰⁶.

È bene evidenziare che la questione sulla posizione che spetta al pericolo nella fattispecie di cui all'art. 216 l. fall. (e tra qualche tempo nell'art. 322 c.c.i.) non è un esercizio di puro stile ma è necessario ad affrontare le vastissime problematiche che si

⁶⁰¹ Così C. PEDRAZZI, *sub Art. 216*, cit., pp. 75-76. Anche in giurisprudenza si è affermato che l'agente pur non perseguendo direttamente il danno ai creditori, tuttavia lo preveda e, ciononostante, agisca consentendo la sua realizzazione. Cfr., Sez. V, 16 ottobre 2008, n. 43216, in *Guida dir.*, 2009, p. 92; Sez. V, 1 luglio 2002, n. 29896, in *C.E.D. Cass.*, n. 222388.

⁶⁰² Così E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2640 ss.

⁶⁰³ Si veda, Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, in *penalecontemporaneo.it*, 13 maggio 2015, con nota di C. BRAY, *La Cassazione sul caso Parmalat- Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*.

⁶⁰⁴ Cfr. A. GARGANI, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3879, secondo il quale, peraltro, "pericolo" e "rischio" tendono ad essere assimilati e sovrapposti nell'ambito del "pericolo presunto". In senso difforme, v. V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, 1988, p. 17 ss., il quale evidenzia l'identità strutturale delle relazioni di pericolo e di rischio, specificando che si tratta di una relazione di possibilità tra una condotta umana e l'offesa ad un bene giuridico. Tuttavia, la nozione di pericolo è più comprensiva di quella di rischio quanto al primo termine di relazione, potendosi riferire non solo alla condotta ma anche ad altri elementi di fattispecie.

⁶⁰⁵ Così T. PADOVANI, *Il destino sistematico e politico-criminale delle contravvenzioni e le riforme del diritto penale del lavoro in Italia*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Giuffrè, 2003, p. 166.

⁶⁰⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 207. Sulla distinzione tra rischio e pericolo si veda anche M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, p. 108 ss.; per una più ampia trattazione sul concetto di rischio nella "società del rischio" e sulla sua incursione nel sistema penale cfr. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 33 ss. Sulla difficoltà di costruire un sistema imperniato sul diritto penale del rischio nel nostro ordinamento cfr. F. VIGANÓ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000, p. 216 ss.

aprono in relazione al modello di accertamento del pericolo da utilizzare per verificarne la sussistenza. Ben diverso è invero il momento in cui il giudice deve idealmente riportarsi: nei reati a condotta pericolosa, nei quali cioè il pericolo qualifica la condotta, al momento della condotta; nei reati di evento di pericolo, nei quali cioè il pericolo costituisce l'evento stesso, al momento tra la fine della condotta e l'inizio dell'evento⁶⁰⁷.

Naturalmente, in entrambe le ipotesi (di condotta pericolosa o di evento di pericolo) l'oggetto del dolo non ricomprende anche la sentenza dichiarativa di fallimento (ora sentenza dichiarativa di liquidazione giudiziale), laddove quest'ultima venga intesa- come è accaduto recentemente in giurisprudenza- quale condizione obiettiva di punibilità "estrinseca" ai sensi dell'art. 44 c.p. Allo stesso risultato, ad ogni modo, era pervenuta altresì la giurisprudenza di legittimità antecedente all'ultimo *revirement*, nonostante considerasse la sentenza di fallimento elemento del reato di bancarotta⁶⁰⁸.

In definitiva, se il reato in esame è considerato reato di pericolo concreto si avrà quello che si suole chiamare "dolo di pericolo", vale a dire il riflesso sul piano soggettivo del contenuto della fattispecie di pericolo. È dunque solo il pericolo, che lo si intenda quale condotta pericolosa o quale evento di pericolo, che deve rientrare nell'oggetto del dolo.

4.3.2. L'accertamento del dolo: l'uso degli "indici di fraudolenza"

Veniamo ora al terzo argomento, incentrato sulla questione dell'accertamento del dolo nei reati di pericolo, quali le ipotesi criminose di bancarotta fraudolenta patrimoniale propria ed impropria.

Notoriamente, l'accertamento del dolo solleva grandi difficoltà poiché i fatti psichici che compongono il dolo (rappresentazione e volizione) non possono essere accertati mediante i sensi, ma devono esser desunti da dati esteriori mediante l'utilizzo di massime di esperienza. Tuttavia, è stato sottolineato - sia in dottrina sia in giurisprudenza - che le massime di esperienza, per non portare a risultati inaccettabili, devono essere usate con prudenza, tenendo conto di tutte le circostanze del caso

⁶⁰⁷ Sul problema dell'accertamento del pericolo nei reati di pericolo concreto con particolare riferimento al delitto di manipolazione del mercato, si veda Sez. I, 6 maggio 2015, n. 45347, in *Cass. pen.*, 2017, p. 286, con nota di M. POGGI D'ANGELO, *L'accertamento del "pericolo concreto" nel delitto di manipolazione del mercato*.

⁶⁰⁸ Ad esempio, v. Sez. V, 20 febbraio 2001, n. 17044, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3872; Sez. V, 26 giugno 1990, n. 15850, *ivi*, 1991, p. 828.

concreto⁶⁰⁹. In particolare, possono rilevare circostanze oggettive, relative alle modalità della condotta, nonché circostanze soggettive, relative alla persona del soggetto agente, le quali rendono esteriorizzabile uno stato soggettivo interiore: si tratta dei c.d. indicatori del dolo, attraverso i quali il dolo è dedotto e valutato⁶¹⁰.

Gli indicatori sono pensati quali criteri di collegamento tra struttura ed accertamento del dolo, da intendersi come momenti interdipendenti. In particolare, secondo Hassemer, gli indicatori non possono essere separati dal concetto del dolo, perché soltanto loro lo rendono applicabile; essi, dunque, fanno parte di tale concetto⁶¹¹. Il dolo è dunque da intendersi quale “concetto disposizionale”, che indica non già dati fisici del mondo naturalistico, bensì capacità, attitudini ecc. Essendo il dolo uno stato interiore non direttamente osservabile dall'esterno può essere accertato unicamente attraverso indicatori, i quali devono essere osservabili, completi e rilevanti⁶¹².

In totale accordo con tale posizione è anche parte della dottrina italiana, la quale evidenzia come il merito di tale teoria risieda nell'aver messo in luce l'illusorietà della separatezza tra il problema della definizione del dolo e quello del suo accertamento. Soltanto gli indicatori, invero, consentirebbero di accedere all'ambito interno decisionale, cuore centrale del dolo, contribuendo di conseguenza a modellare un concetto non altrimenti utilizzabile⁶¹³.

Contrariamente, altra parte della dottrina, ritiene che gli indicatori non possano contribuire a definire la struttura e l'oggetto del dolo ma servano unicamente nella fase di accertamento processuale. Se dal punto di vista concettuale, si intende preservare l'aspetto volitivo del dolo, piano sostanziale e piano processuale non devono essere confusi⁶¹⁴.

L'accertamento del dolo, già difficile di per sé, appare ancora più complicato e delicato nell'ambito del dolo eventuale⁶¹⁵. Le Sezioni Unite della Cassazione si sono pronunciate proprio sulla questione nel noto caso ThyssenKrupp, fornendo una serie

⁶⁰⁹ G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 376.

⁶¹⁰ Sez. II, 23 giugno 1986, n. 1209, in *C.E.D. Cass.*, n. 174971; Sez. III, 4 febbraio 2010, n. 11866, *ivi*, n. 246591.

⁶¹¹ W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *L'indice penale*, 1991, p. 498 ss.

⁶¹² Per una puntuale ricostruzione della teoria di Hassemer, v. G. DEMURO, *Il dolo. II: L'accertamento*, Giuffrè, 2010, p. 27 ss.

⁶¹³ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 74-75.

⁶¹⁴ Cfr. G. DEMURO, *Il dolo*, cit., pp. 192-193.

⁶¹⁵ Sull'oggetto del dolo eventuale ed il suo accertamento con riguardo al reato di ricettazione, cfr. Sez. un., 26 novembre 2009, n. 12433, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2548, con nota di M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*.

di indicatori che dovrebbero aiutare il giudice a tracciare il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente⁶¹⁶.

Ebbene, il concetto degli “indicatori” potrebbe essere utilizzato anche al di fuori dell’ambito di accertamento del dolo eventuale. Si potrebbe far uso di specifici indici anche in quei reati che presentano il c.d. dolo di pericolo, al fine di rendere più corposa la prognosi postuma della concreta messa in pericolo.

A tal proposito, proprio in materia penalfallimentare, in una recente sentenza la Corte è tornata ad occuparsi dell’elemento soggettivo della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, collegando il relativo accertamento alla natura di pericolo concreto del reato in esame. L’accertamento del dolo generico dovrebbe basarsi, oltre che sugli ordinari criteri, anche su degli “indici di fraudolenza”, i quali appaiono necessari, da un lato, a dare rilevanza alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell’integrità del patrimonio dell’impresa e, dall’altro, a dare corpo alla proiezione soggettiva in capo all’agente della rappresentazione e volontà della condotta pericolosa⁶¹⁷.

In particolare, tali indici sono rinvenibili in alcune circostanze quali: l’analisi della distrazione alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell’impresa; il contesto in cui l’impresa ha operato; l’estraneità del fatto depauperativo rispetto a qualsiasi canone di ragionevolezza imprenditoriale⁶¹⁸.

Già da tempo, nell’ambito del concorso omissivo nei reati di bancarotta, la giurisprudenza ha ammesso che la prova del dolo riposi sull’accertamento dell’avvenuta percezione, da parte di amministratori non coinvolti nella realizzazione del reato, di fatti che rivelano vistose anomalie gestionali: si tratta dei c.d. segnali d’allarme⁶¹⁹.

⁶¹⁶ A tal proposito, si vedano le riflessioni di M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a Sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 580 ss.; sull’utilizzo degli indicatori nella sentenza ThyssenKrupp e nelle pronunce successive, v. P. M. ASTORINA, *L’accertamento del dolo*, cit., p. 404 ss.; in senso critico sull’utilizzo degli indicatori v. G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4624 ss.

⁶¹⁷ Così Sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4330, con nota di E. FASSI, *La valutazione della natura e degli elementi costitutivi della bancarotta fraudolenta patrimoniale e la ricerca degli “indici di fraudolenza” della condotta nel caso concreto*.

⁶¹⁸ Da ultimo, anche in tema di bancarotta fraudolenta documentale *ex art. 216*, comma 1, n. 2 l. fall., la Corte ha evidenziato la necessità della sussistenza degli “indici di fraudolenza” della condotta al fine dell’accertamento del dolo generico, cfr. Sez. V, 22 febbraio 2019, n. 26613, in *C.E.D. Cass.*, n. 276910.

⁶¹⁹ In proposito, cfr. A. ALESSANDRI- S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. Vol. I, I principi generali*, Giappichelli, 2018, p. 78 ss.; E. AMATI- L. BARON, *I soggetti attivi*, in Cadoppi – Canestrari – Manna – Papa (diretto da), *Diritto penale dell’economia*, tomo secondo, Utet, 2017, p. 1682 ss.; M. PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. “pregnanti”*, Jovene, 2012, p. 316 ss.

In particolare, nella nota sentenza Bipop-Carire, in ordine alla responsabilità degli amministratori senza delega per i reati commessi dagli omologhi operativi, la Corte di Cassazione aveva collegato sul piano soggettivo l'accertamento del dolo eventuale ai “segnali d'allarme”⁶²⁰. Ha evidenziato una distinzione fra segnali di diversa pregnanza, precisando che ai fini della prova del dolo, devono essere utilizzati segnali “perspicui e peculiari”; segnali “d'allarme o di rischio” possono rilevare, invece, sul piano della colpa⁶²¹.

4.3.3. La valorizzazione dell'elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta patrimoniale: la sfida attuale per conformarla ai principi di offensività e colpevolezza

In conclusione, la recente ricostruzione giurisprudenziale della bancarotta fraudolenta patrimoniale come illecito di pericolo concreto appare un traguardo utile proprio perché permette di circoscrivere l'area del penalmente rilevante, escludendo condotte depauperative cronologicamente lontane dall'insolvenza/dissesto e concretamente non pericolose per il patrimonio posto a garanzia dei creditori.

Più in particolare, in giurisprudenza la vera partita per la tenuta del delitto di bancarotta, quale reato conforme ai principi di offensività e di colpevolezza, si sta giocando e si giocherà sull'elemento soggettivo del reato. Invero, il deficit di offensività che sussiste nel punire condotte distrattive cronologicamente distanti dal fallimento sembra superabile valorizzando il dolo ed indicando specificamente i criteri per il suo accertamento, attribuendo al soggetto attivo unicamente quelle condotte depauperative con le quali ha messo concretamente in pericolo la garanzia patrimoniale apprestata a favore dei creditori. Solo così sembra rispettarsi il principio di personalità della responsabilità penale⁶²².

Non sembra, invero, rispondere alle attuali esigenze la teoria della zona di rischio penale, la quale, richiedendo un ambito di rischio cronologicamente delimitato,

⁶²⁰ In proposito, v. F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, 2009, p. 125 ss.; sul punto, in seguito, è sorto un contrasto nella giurisprudenza di legittimità, cfr. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., pp. 54-58.

⁶²¹ Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, in *Guida al dir.*, 2007, p. 71, con nota di R. BRICCHETTI; in *Soc.*, 2008, p. 899, con nota di D. PULITANÓ.

⁶²² A tal proposito, si è detto, che la personalità della responsabilità penale impone di valorizzare anche sul piano del “fatto proprio” l'attribuzione di un certo evento (*l'an* o il *quantum* del dissesto) a un tipo di rischio fallimentare attivato: non è solo questione di offesa, ma di offesa “attribuibile” alla condotta di un certo soggetto, che la qualifica della condizione obiettiva di punibilità (la sentenza dichiarativa) aggancerebbe altrimenti al caso, in contrapposizione dunque al “fatto proprio”. Cfr. M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1577 ss.

che ricomprende unicamente le condotte di bancarotta tenute quando lo stato di insolvenza è già in atto, rischia di escludere condotte pur molto precedenti allo stato di insolvenza, ma in concreto idonee a porre in pericolo il bene tutelato⁶²³.

De lege ferenda, si potrebbe forse pensare all’inserimento dell’avverbio “consapevolmente”, come è avvenuto nel delitto di false comunicazioni sociali (con la rimodulazione da parte della l. n. 69 del 2015), in modo da arricchire il versante soggettivo⁶²⁴. In particolare, se il dolo generico è connotato a livello testuale dall’avverbio “consapevolmente”, all’oggettiva idoneità delle condotte a porre in pericolo il bene tutelato si aggiunge, sotto il profilo soggettivo, la consapevolezza della stessa concreta idoneità. L’introduzione del suddetto avverbio, inoltre, potrebbe portare a conseguenze importanti se gli si attribuisce, nella costruzione del reato, la funzione di escludere il dolo eventuale ai fini dell’imputazione del delitto *de quo*⁶²⁵. L’esclusione del dolo eventuale potrebbe trovare applicazione nei riguardi dei concorrenti per omissione nel delitto di bancarotta, quali gli amministratori privi di deleghe. Come visto, infatti, parte della giurisprudenza ritiene infatti che sia configurabile il concorso se, nel quadro di una specifica contestualizzazione delle distrazioni, essi fossero a conoscenza di fatti pregiudizievoli per la società o, quanto meno, di "segnali di allarme" inequivocabili dai quali desumere l'accettazione del rischio secondo i criteri propri del dolo eventuale⁶²⁶.

Occorre tuttavia sottolineare che la giurisprudenza di legittimità, senza il puntuale riferimento normativo, ha già arricchito il dolo generico della bancarotta in termini di consapevolezza e volontà di determinare, con il proprio comportamento

⁶²³ *Contra*, S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell’insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, p. 265 ss., il quale afferma l’esigenza di postulare l’insolvenza quale elemento costitutivo (presupposto della condotta) dei reati di bancarotta prefallimentare, rilevando così l’atipicità, ai sensi dell’art. 216 l. fall., di condotte distrattive realizzate al di fuori del “contesto significativo” rappresentato dallo stato di crisi. Tale esigenza risulterebbe confermata oggi anche dal codice della crisi e dell’insolvenza, il quale “ritaglia” un momento in cui l’ordinamento pretende l’esternalizzazione, da parte dell’imprenditore, della situazione aziendale nell’ottica di una gestione programmata con i creditori, cfr. S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice “dimezzato”*: nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell’insolvenza?, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, p. 1341.

⁶²⁴ Sul tema v. M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, cit., p. 130 ss.

⁶²⁵ Cfr. G. MINICUCCI, *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze University Press, 2018, p. 261, secondo il quale la più grave forma di bancarotta, connotandosi per una rafforzata presenza del dolo *nel fatto*, non può dirsi compatibile con un mero surrogato di volontà quale il dolo eventuale, sprovvisto sia della necessaria rappresentazione dell’insolvenza sia della finalità lesiva.

⁶²⁶ Da ultimo, Sez. V, 19 giugno 2018, n. 42568, in *C.E.D. Cass.*, n. 273925.

distrattivo o dissipativo, un pericolo di danno per i creditori, ritenendo non sufficiente la sola consapevolezza e volontà del fatto distrattivo⁶²⁷.

Sembra questo il percorso da intraprendere, nell'immutata configurazione dei delitti di bancarotta nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di imminente entrata in vigore: non solo allo scopo di selezionare, quali condotte penalmente rilevanti, unicamente quelle che hanno posto in pericolo il bene giuridico tutelato, distinguendo così le condotte depauperative concretamente pericolose da quelle indicative di una libera scelta imprenditoriale; ma altresì per circoscrivere la risposta penale al solo fatto proprio e colpevole, escludendo forme oggettive e presuntive di responsabilità sempre in agguato.

4.4. Compatibilità del reato di cui all'art. 216 come reato di pericolo concreto con le condizioni obiettive di punibilità

Come abbiamo visto, il problema principale nella bancarotta fraudolenta prefallimentare consiste nell'ascrivibilità, in capo all'imprenditore, di condotte distrattive poste in essere in un'epoca anche di molto precedente all'insolvenza e alla conseguente declaratoria di fallimento. L'imprenditore è soggetto alla sanzione penale per aver pregiudicato la garanzia dei creditori, ma soltanto qualora sopraggiunga il fallimento, il quale può essere dichiarato anche a distanza di un tempo notevole.

In ragione della ricostruzione effettuata dalla recente giurisprudenza sul delitto di bancarotta fraudolenta prefallimentare come reato di pericolo concreto, è bene domandarsi se quest'ultimo sia compatibile con la condizione obiettiva di punibilità rappresentata – come da sempre sollecitato dalla dottrina alla quale da ultimo ha aderito la più recente giurisprudenza di legittimità - dalla sentenza di fallimento.

Invero, la dichiarazione di fallimento è stata considerata da giurisprudenza e dottrina in modo differente: la prima l'ha qualificata come condizione di esistenza del reato o come elemento costitutivo, la seconda come condizione obiettiva di punibilità.

La giurisprudenza ha sempre ritenuto che la sentenza dichiarativa di fallimento rappresentasse un elemento costitutivo del reato, senza identificarla tuttavia nell'evento in senso tecnico. Tale qualificazione, in particolare, ha avuto nel tempo delle accezioni diverse.

In un primo momento, la Suprema corte ha considerato la sentenza dichiarativa di fallimento come condizione di esistenza del reato, nel senso che essa costituisce «un

⁶²⁷ Cfr. Sez. V, 26 ottobre 2017, n. 8997, cit.

elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi od omissivi anteriori alla sua pronunzia»⁶²⁸.

In un secondo momento, essa è stata considerata elemento indispensabile per attribuire rilevanza penale a condotte altrimenti lecite o, per meglio dire, elemento costitutivo del reato⁶²⁹. Infine, il fallimento è stato ascritto all'interno degli elementi costitutivi del reato in senso improprio⁶³⁰.

Secondo tale impostazione, anche se nelle diverse accezioni, la sentenza dichiarativa di fallimento è elemento costitutivo del reato il quale si differenzia dall'evento stesso, in quanto non deve essere collegato da nesso psicologico al soggetto agente né da un nesso eziologico con la condotta⁶³¹.

Come sopra accennato, recentemente tale quadro giurisprudenziale è stato travolto da una pronuncia della Suprema corte- sentenza Santoro - che ha qualificato la sentenza di fallimento come condizione obiettiva di punibilità, negandone di conseguenza la qualificazione di elemento costitutivo sulla base di due ragioni⁶³².

Innanzitutto, la ricostruzione tradizionale non è risultata coerente con il principio di responsabilità penale personale, in quanto il fallimento, pur se elemento costitutivo, non rientrerebbe nell'oggetto di rimprovero per il soggetto agente. In secondo luogo, secondo tale pronuncia la configurabilità di elementi costitutivi estranei alla dicotomia "evento- condizione obiettiva di punibilità" dovrebbe essere una scelta esplicita del legislatore.

Diversamente, la dottrina maggioritaria ha sempre ravvisato nella sentenza dichiarativa una condizione obiettiva di punibilità ai sensi dell'art. 44 c.p., sulla base del fatto che la declaratoria di fallimento determina unicamente la punibilità dei fatti tipici previsti dal reato senza aggravarne in alcun modo l'offesa⁶³³.

⁶²⁸ Cfr. Sez. un., 25 gennaio 1958, in *Giust. Pen.*, 1958, II, p. 515, con nota di G. SABATINI, *Condizioni di punibilità e reati ad evento condizionato*.

⁶²⁹ Cfr. Sez. I, 16 novembre 2000, n. 4356, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1533; Sez. V, 12 ottobre 2004, n. 46182, *ivi*, 2006, p. 2593.

⁶³⁰ Sez. V, 7 maggio 2014, n. 32031, in *Foro it.*, 2015, II, p. 726, con nota di MOLINARO.

⁶³¹ Per una ricostruzione dell'orientamento giurisprudenziale, si vedano R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Giuffrè, 2017, p. 287 ss.; V. ACANFORA, *Bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: i tempi sono maturi per un intervento di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, p. 118 ss.

⁶³² Così Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2197, con nota di E. FASSI.

⁶³³ Per una completa ricostruzione dottrinale, si veda C. CASSANI, *Reati fallimentari*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI- A. MANNA – M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia, tomo secondo. Reati fallimentari. Responsabilità da reato dell'ente*, UTET, 2017, p. 1647 ss.

All'interno di tale concezione, si è proceduto ad un'ulteriore distinzione tra le condizioni di punibilità intrinseche ed estrinseche⁶³⁴.

Secondo un orientamento risalente, la dichiarazione di fallimento sarebbe una condizione obiettiva di punibilità "intrinseca", vale a dire capace non solo di qualificare penalmente i fatti di bancarotta ma anche di incidere sul bene giuridico tutelato approfondendone l'offesa⁶³⁵. È stato osservato, tuttavia, che così considerandola, la sentenza dovrebbe rientrare nell'oggetto del rimprovero da muovere al soggetto agente in conformità con il principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost.*, e mal si comprende come un provvedimento giudiziale possa rientrare nell'oggetto del dolo⁶³⁶.

Un diverso orientamento, invece, ritiene che la declaratoria di fallimento non incida sull'offesa tipica ma costituisca un accadimento estraneo ad essa e alla sfera di volizione dell'agente, nulla aggiungendo quindi all'offesa del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice⁶³⁷.

Tuttavia, tale distinzione non convince per una serie di ragioni che di seguito si mettono in evidenza.

Innanzitutto, sembra che il codice del '30 faccia riferimento unicamente alle condizioni obiettive "estrinseche" di punibilità in ragione del tenore letterale degli artt. 44 e 158, comma 2 c.p.: l'adozione della formula per "la punibilità del reato" (e non del fatto), prevista in entrambe le disposizioni, sembra ammettere l'ipotesi che un reato si è configurato ed è già perfetto, a prescindere dalla sua concreta punibilità⁶³⁸.

In secondo luogo, solo le condizioni "estrinseche" potrebbero essere compatibili con il principio di colpevolezza poiché estranee ed indifferenti al piano dell'offesa tipica del reato⁶³⁹: sulla base dell'insegnamento della Corte costituzionale, infatti, tutti gli elementi che contribuiscono a contrassegnare il disvalore del tipo

⁶³⁴ A tal proposito, G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 813 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 431.; E. DI SALVO, *sub Art. 44*, in G. LATTANZI- E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. II: il reato, Libro I: artt. 39 – 84, 2015, pp. 323- 324.

⁶³⁵ Si veda, P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., p. 42; F. BRICOLA, voce: *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, 1967, p. 594.

⁶³⁶ Così, C. PEDRAZZI, *sub Art. 216*, cit., pp. 20-21. Inoltre, G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 818 – 819.

⁶³⁷ Per tutti, si vedano G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, 1930, pp. 106-109; C. PEDRAZZI, *sub Art. 216*, cit., p. 16 ss.

⁶³⁸ Così anche F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 783.

⁶³⁹ V. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2018, p. 604; V.N. D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 681.

devono essere investiti da un coefficiente di colpevolezza⁶⁴⁰. Ed allora le condizioni “intrinseche”, partecipando all’offesa del bene giuridico, dovrebbero prevedere non più il regime di imputazione obiettiva originaria bensì un’imputazione soggettiva quantomeno a titolo di colpa.

Ma come è stato giustamente evidenziato in dottrina, le condizioni “intrinseche” mascherano degli autentici elementi costitutivi del fatto, risultando difficile distinguere tra i due⁶⁴¹. Invece le condizioni “estrinseche” di punibilità, quali eventi estranei all’offesa del bene tutelato, rispondono ad esigenze diverse rispetto a quelle che conducono alla previsione del fatto di reato, presupponendo che tutto ciò che attiene alla dimensione offensiva e al rimprovero di colpevolezza stia a monte: il reato è perfetto ma diviene punibile per motivi di opportunità in ossequio ad esigenze di sussidiarietà e di *extrema ratio*⁶⁴².

In conseguenza delle suesposte ragioni, nell’alternativa tra la natura estrinseca o intrinseca, sembra non potersi dubitare della natura di condizione obiettiva di punibilità “estrinseca” della sentenza di fallimento nella bancarotta prefallimentare, in quanto essa consiste in un provvedimento di un giudice e dunque in un evento estraneo all’offesa tipica. La verifica della sentenza dichiarativa di fallimento rende solamente irreversibile la lesione degli interessi offesi dalla precedente condotta. La tutela penale scatta con la sentenza dichiarativa di fallimento nonostante la lesione per i creditori, nella forma del pericolo, si sia già prodotta nel momento in cui l’imprenditore ha tenuto una delle condotte previste dall’art. 216 l. fall. o nel momento di verifica dell’evento di pericolo⁶⁴³.

Ciò significa che la condizione obiettiva “estrinseca” di punibilità costituita dalla sentenza dichiarativa di fallimento appare compatibile con la struttura oggettiva della bancarotta fraudolenta prefallimentare, sia se quest’ultima la si qualifichi come reato a condotta pericolosa ovvero come reato di evento di pericolo. Nella prima ipotesi, la bancarotta si configura come reato di condotta che risulta integrato con il compimento dell’atto distrattivo consapevolmente posto in essere e idoneo a mettere

⁶⁴⁰ Corte cost. 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 289, con nota di P. VENEZIANI, *Furto d’uso e principio di colpevolezza*.

⁶⁴¹ V. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 441, i quali negano del tutto l’esistenza delle condizioni obiettive intrinseche di punibilità.

⁶⁴² Si veda altresì P. VENEZIANI, *Tomo II: La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in G. GROSSO- T. PADOVANI- A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, 2014, p. 282.

⁶⁴³ Cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale. Volume I*, Giappichelli, 2014, p. 278.

in pericolo il bene tutelato. Quanto alla seconda ipotesi, laddove si consideri la bancarotta un reato di evento di pericolo, questo si consuma con l'effettiva esposizione a pericolo degli interessi creditori. Pertanto, in entrambe le ipotesi, il reato risulta già integrato in tutti i suoi elementi costitutivi e la declaratoria di fallimento sopraggiunge a ciò quale circostanza esterna.

Vi è da evidenziare, inoltre, che la discussione sul momento consumativo nei reati in cui è presente una condizione obiettiva di punibilità non ha alcuna attinenza con la prescrizione del reato. Invero, ai sensi dell'art. 158, comma 2 c.p. il termine di prescrizione, quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, decorre dal giorno in cui la condizione si verifica⁶⁴⁴. Si tratta di un'eccezione alla regola, prevista al primo comma, della decorrenza della prescrizione a partire dal momento in cui si consuma il reato.

Per tali ragioni, laddove si consideri la sentenza dichiarativa di fallimento una condizione obiettiva di punibilità, il termine di prescrizione nella bancarotta prefallimentare decorrerà dalla data della sentenza del tribunale fallimentare.

Il problema della consumazione appare rilevante, invece, per l'intera disciplina della successione delle leggi penali nel tempo, essendo differente la disciplina prevista dall'art. 2 c.p. se il *tempus commissi delicti* si identifica con il momento della condotta tipica ovvero con il verificarsi della condizione⁶⁴⁵.

Per la dottrina prevalente, che inquadra la sentenza dichiarativa di fallimento tra le condizioni obiettive di punibilità, ma anche per la sinora costante giurisprudenza di legittimità, che invece considerava la sentenza uno degli elementi costitutivi dei reati di bancarotta, la bancarotta prefallimentare si consuma quando il Tribunale dichiara il fallimento⁶⁴⁶.

Per altra parte della dottrina, invece, la condizione di punibilità non integra il momento consumativo del reato, ma rende soltanto applicabile la pena presupponendo un reato perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi. Seguendo tale impostazione, si

⁶⁴⁴ A tale disposizione la legge Orlando aggiunge un ulteriore comma finale racchiudente nuove ipotesi di decorrenza del termine di prescrizione per i delitti nei confronti del minore. Si veda, a tal proposito, il contributo di M. GAMBARDELLA, *La nuova prescrizione: prime prove di un modello "ibrido"*, A. MARANDOLA- T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, 2017, p. 33 ss.

⁶⁴⁵ Sui problemi relativi al rapporto tra condizioni obiettive di punibilità e *tempus commissi delicti*, si veda M. ZANOTTI, voce: *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. X, 1995, p. 534 ss.

⁶⁴⁶ Per tutti, C. PEDRAZZI, sub *Art. 216*, cit., 34 ss.; in giurisprudenza, cfr. Sez. V, 12 ottobre 2004, n. 46182, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2593; Sez. V, 25 marzo 2010, n. 20736, *ivi*, 2011, p. 2364; Sez. V, 4 ottobre 2013, n. 592, *ivi*, 2014, p. 4268.

sostiene che la consumazione della bancarotta avviene nel momento in cui il soggetto pone in essere i singoli fatti criminosi⁶⁴⁷.

Al fine di ricondurre ad equilibrio l'interazione tra il momento consumativo e il termine di decorrenza della prescrizione, sarebbe forse utile riprendere una tesi avanzata dal Mantovani in tempi non recenti⁶⁴⁸, ma utilizzata recentemente dalla giurisprudenza di legittimità nel noto caso Eternit⁶⁴⁹, secondo la quale si distingue la perfezione dalla consumazione del reato. In base a tale teoria la perfezione consiste nell'integrazione dei requisiti minimi previsti dalla fattispecie di reato, mentre la consumazione indica il momento in cui si chiude l'*iter criminis* e il reato perfetto raggiunge la sua massima gravità.

Si potrebbe allora affermare che il reato di bancarotta fraudolenta prefallimentare si perfeziona nel momento in cui vengono poste in essere le condotte depauperative capaci di porre in pericolo il bene giuridico tutelato. La consumazione, invece, si avrà con la pronuncia della sentenza di fallimento, poiché è in quel momento che i fatti di bancarotta diventano punibili raggiungendo il grado massimo di offesa.

Ad ogni modo, il pregio dei recenti orientamenti giurisprudenziali risiede nel fatto che la Corte di legittimità stia tentando di mettere in luce l'adeguatezza della ricostruzione della bancarotta fraudolenta prefallimentare come reato di pericolo concreto. Al fine di evitare che si possa risalire all'infinito alla ricerca di episodi riconducibili alla fattispecie tipica della bancarotta, la Corte valorizza infatti l'idoneità degli atti di depauperamento ad esporre a pericolo il bene tutelato.

È sempre più importante, di fronte ad una norma incriminatrice ormai vetusta, fornire una definizione rigorosa dei fatti di bancarotta che eviti un'espansione irragionevole della responsabilità penale. Per tale ragione, la carica lesiva immanente ai fatti di bancarotta va intesa in termini di pericolo concreto, il quale non si accerta sulla sola ricognizione isolata della condotta, ma va considerato nelle circostanze concrete in cui questa si realizza⁶⁵⁰.

Come si è visto, la ricerca di un criterio di limitazione di un arco di rilevanza temporale dei fatti di bancarotta deve essere condotta, innanzitutto, sul terreno

⁶⁴⁷ In tal senso si veda L. CONTI, *Diritto penale commerciale, vol. II, I reati fallimentari*, Utet, 1991, p. 135 ss.; A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, p. 143 ss.

⁶⁴⁸ Da ultimo si veda, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 425 ss.

⁶⁴⁹ Sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2619 ss., con osservazioni di M. POGGI D'ANGELO.

⁶⁵⁰ V. C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., p. 111.

dell'elemento materiale del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, dando soltanto un valore indiziante alla condotta commessa nella c.d. zona di rischio penale. Infatti, l'indagine dovrà avere ad oggetto anche condotte antecedenti a tale fase, a condizione che esse siano idonee a porre in pericolo gli interessi dei creditori.

Dopodiché, si afferma l'esigenza di un'indagine sulla imputazione soggettiva del pericolo concreto per la massa dei creditori, quale che sia la collocazione che si voglia dare alla dichiarazione di fallimento all'interno della fattispecie, anche se ricoprisse il ruolo di condizione per la sola punibilità. Invero, sembra che tale dibattito debba ritenersi ancora aperto né esso può dirsi confinato ad una necessaria rimessione alle Sezioni unite a seguito della riforma Orlando, poiché nelle S.U. Passarelli si trattava solo di un *obiter*⁶⁵¹.

Per le ragioni suesposte, sembra tuttavia possibile affermare che la condizione "estrinseca" di punibilità costituita dalla sentenza di fallimento appare compatibile con la struttura oggettiva della bancarotta fraudolenta prefallimentare, indipendentemente dalla sua qualificazione come reato a condotta pericolosa ovvero come reato di evento di pericolo.

La dichiarazione di fallimento considerata una causa obiettiva di punibilità, e dunque posta al di fuori del reato, nulla dovrebbe aggiungere al disvalore oggettivo del fatto, già manifestatosi nella messa in pericolo del bene giuridico.

⁶⁵¹ Per tale ragione non potrà procedersi ai sensi del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p. che prevede la rimessione alle sezioni unite da parte della sezione semplice che ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato da queste ultime.

BIBLIOGRAFIA

- ACANFORA V., *Bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: i tempi sono maturi per un intervento di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019
- ACCINNI G.P., *Disastro ambientale. (Dall'horror vacui all'horror pleni)*, Giuffrè, 2018
- AGAMBEN G., Karman. *Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, Bollati Boringhieri, 2017
- ALESSANDRI A.- SEMINARA S., *Diritto penale commerciale. Vol. I, I principi generali*, Giappichelli, 2018
- ALESSANDRI A., *Diritto penale commerciale. Vol. IV, I reati fallimentari*, Giappichelli, 2019
- ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010
- ALESSANDRI A., *Parte generale*, in C. PEDRAZZI – A. ALESSANDRI – L. FOFFANI - S. SEMINARA – G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Monduzzi, 2003
- ALTINI C., *Potenza/Atto*, il Mulino, 2014
- AMARELLI G., *Particolare tenuità del fatto ed offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in AA. VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. CAVALIERE – C. LONGOBARDO – V. MASARONE – F. SCHIAFFO – A. SESSA, Edizioni scientifiche italiane, 2017
- AMATI E.- BARON L., *I soggetti attivi*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, tomo secondo, Utet, 2017
- AMATI E., *Art. 185 t.u.f.*, in E. PEDERZINI (a cura di), *La disciplina degli abusi di mercato. Commentario sistematico*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007
- AMBROSETTI E.M.– MEZZETTI E.– RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, 2016
- AMOROSO M.C., *Il disastro ambientale tra passato e futuro*, in *Cass. pen.*, 2018

- ANDERSON K. -PROCTER A.– GOODLIFFE J., *A practitioner's guide to the law and regulation of market abuse*, Thomson Reuters, 2017
- ANDREWS C., *The Enforcement of Regulatory Offences*, Sweet & Maxwell, 1998
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, 1983
- ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, 1994
- ANNUNZIATA F., *Il recepimento di MiFID II: uno sguardo di insieme, tra continuità e discontinuità*, in *Rivista delle Società*, 2018
- ANTOLISEI F., *L'evento e il nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, in *Idem, Scritti di diritto penale*, Giuffrè, 1955
- ANTOLISEI F., *L'offesa e il danno nel reato*, Istituto italiano d'arti grafiche, 1930
- APRATI R., *Effettivo pregiudizio e nullità*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*
- ARISTOTELE, *Metafisica*
- ASHWORTH A. - HORDER J., *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 2013
- ASHWORTH A. - ZEDNER L., *Preventive Justice*, Oxford University Press, 2014
- ASHWORTH A. –BLAKE M., *The Presumption of Innocence in English Criminal Law*, in *Criminal Law Review*, 1996
- ASHWORTH A.- ZEDNER L., *Just Prevention: Preventive Rationales and The Limits of the Criminal Law*, in R.A. DUFF- S.P. GREEN, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011
- ASHWORTH A., *Attempts*, in J. DEIGH-D. DOLINKO, *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011
- ASHWORTH A., *Defining Criminal Offences Without Harm*, in P. SMITH (edited by), *Criminal Law: Essays in Honour of J. C. Smith*, Butterworths, 1987
- ASHWORTH A., *Is the Criminal Law a Lost Cause?*, in *Law Quarterly Review*, 2000

- ASHWORTH A., *Principles of Criminal Law*, Clarendon Press, 1991
- ASHWORTH A., *The Criminal Law's Ambivalence About Outcomes*, in R. CRUFT – M.H. KRAMER – M.R. REIFF (edited by), *Crime, Punishment, and Responsibility. The jurisprudence of Antony Duff*, Oxford University Press, 2011
- ASHWORTH A., *United Kingdom*, in K.J. HELLER – M.D. DUBBER (edited by), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford University Press, 2011
- ASTORINA P.M., *L'accertamento del dolo: determinatezza, normatività e individualizzazione*, Giappichelli, 2018
- AVGOULEAS E., *Governance of Global Financial Markets. The Law, The Economics, The Politics*, Cambridge University Press, 2012
- AVGOULEAS E., *The Mechanics and Regulation of Market Abuse*, Oxford University Press, 2005
- BAILEY F.L. – ROTHBLATT H.B., *Defending Business and White Collar Crimes. Federal and State*, The lawyers co-operative publishing co., 1984
- BAJNO R., *La tutela dell'ambiente nel diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990
- BARBERIS M., *Europa del diritto*, il Mulino, 2008
- BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, 2003
- BARBERIS M., *L'evoluzione nel diritto*, Giappichelli, 1998
- BARBERIS M., *Libertà, liberismo, costituzionalismo*, in *Teoria politica*, 2000
- BARNES P., *Stock Market Efficiency, Insider Dealing and Market Abuse*, Gower, 2009
- BASILE E., *Mini-riforma del market abuse: obiettivi mancati ed eterogenesi dei fini nel D. Lgs. n. 107/2018*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019
- BASILE F., *La colpa in attività illecite. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Giuffrè, 2005
- BAZLEY S., *Market Abuse Enforcement: Practice and Procedure*, Bloomsbury Professional, 2013

- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), Einaudi, 2018
- BECK U., *Dalla società industriale alla società del rischio. Questioni di sopravvivenza, struttura sociale e illuminismo ecologico*, in *Teoria sociologica*, 1994
- BELL A.H. - VALSECCHI A., *Il nuovo delitto di disastro: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015
- BENSON M.L.– SIMPSON S.S., *Understanding White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, Routledge, 2015
- BERNASCONI C., *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, ETS, 2008
- BINAVINCE E.S., *Crimes of Danger*, in *Wayne Law Review*, 1969
- BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Lipsia, 1916
- BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 4, Clarendon Press, 1773
- BLAIR QC M.- WALKER G.– WILLEY S., *Financial Markets and Exchanges Law*, Oxford University Press, 2012
- BOBBIO N., *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto*, Giappichelli, 1996
- BON P.-A., *La causalité en droit pénal*, LGDJ, 2006
- BOULOC V.B., *Droit pénal général*, Dalloz, 2017
- BOZHEKU E., *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, in *Cass. pen.*, 2014
- BRAY C., *La Cassazione sul caso Parmalat- Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 maggio 2015
- BREHM W., *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Mohr, 1973
- BRICCHETTI R.– PISTORELLI L., *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Giuffrè, 2017

BRICCHETTI R., *Codice dalla crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 7-8/2019

BRICCHETTI R., *La costruzione giurisprudenziale della bancarotta prefallimentare come reato condizionale a condotta realmente pericolosa per il bene giuridico tutelato*, in *discrimen.it*, 24 settembre 2018

BRICOLA F., *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, 1984

BRICOLA F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, 1960

BRICOLA F., voce: *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, 1967

BRICOLA F., voce: *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIX, 1973

BRONITT S. -MCSHERRY B., *Principles of Criminal Law*, LBC Information Services, 2001

BRUDNER A., *Agency and Welfare in the Penal Law*, in S. SHUTE, J. GARDNER, J. HORDER (edited by), *Action and Value in Criminal Law*, 1993

BUSCH D.– FERRARINI G., *Regulation of the EU financial markets: MiFID II and MiFIR*, Oxford University Press, 2017

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Wolters Kluwer, 2018

CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 1999

CADOPPI A., voce: *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la) (diritto penale anglo-americano)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Utet, 1994

CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999

CANESTRARI S., *L'elemento soggettivo nei reati di pericolo concreto*, in *Studium iuris*, 2001

- CANESTRARI S., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base “consentito”*, in M. DONINI – R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, 2013
- CANESTRARI S., *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani XXVI*, Roma, 1991
- CARD R. –MOLLOY J., *Card, Cross & Jones criminal law*, Oxford University Press, 2016
- CARNUCCIO P., *I reati fallimentari*, Cedam, 2017
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Vol. I, Utet, 1924
- CASSANI C., *Reati fallimentari*, in A. CADOPPI- S. CANESTRARI- A. MANNA – M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell’economia, tomo secondo. Reati fallimentari. Responsabilità da reato dell’ente*, Utet, 2017
- CASTELLABATE M., *Operazioni manipolative del mercato finanziario ed operazioni lecite: sui problematici confini tra testo e contesto*, in *Cass. pen.*, 2010
- CATENACCI M., *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006
- CATERINI M., *Reato impossibile e offensività. Un’indagine critica*, Edizioni scientifiche italiane, 2004
- CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in G. GIOSTRA- G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale*, Giuffrè, 1998
- CAVALLINI S., *Il diritto della crisi e il codice “dimezzato”: nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell’insolvenza?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019
- CAVALLINI S., *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell’insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Wolters Kluwer- Cedam, 2019
- CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, 2009
- CHIARAVIGLIO P., *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le Società*, 2019

- COCCO G., sub Art. 219 l. fall., in F. PALAZZO- C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, 2007
- COHEN M.A., *The Costs of White Collar Crime*, in S.R. VAN SLYKE- M.L. BENSON- F.T. CULLEN (edited by), *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*, Oxford University Press, 2016
- COHEN M.A., *Willingness to Pay to Reduce White Collar and Corporate Crime*, in *Journal of Benefit-Cost Analysis*, 2015
- COKE E., *Institutes of the Lawes of England (1618-1624)*, Societe of Stationers, 1628
- CONSULICH F.- MUCCIARELLI F., *Informazione e tutela penale dei mercati finanziari nello specchio della normativa eurounitaria sugli abusi di mercato*, in *Le Società*, 2016
- CONSULICH F., *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Giuffrè, 2010
- CONSULICH F., *Manipolazione del mercato e disorientamenti dogmatici: tra eventi di pericolo e pericolo di eventi*, in *Le Società*, 2011
- CONSULICH F., *Market manipulation e legislazione cosmetica*, in *Le Società*, 2019
- CONTI L., *Diritto penale commerciale*, Vol. I, Utet, 1965
- CONTI L., *I reati fallimentari*, Utet, 1991
- CORNFORD A., *Resultant Luck and Criminal Liability*, in R.A. DUFF – L. FARMER – S.E. MARSHALL – M. RENZO – V. TADROS (edited by), *The Structures of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2012
- COX J.D. –HILLMAN R.W.- LANGEVOORT D.C., *Securities Regulation: Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 2017
- CURI F., *Tertium non datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Giuffrè, 2003
- D'ALBERTI M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, 2008
- D'ALESSANDRO F., *Il diritto penale dei limiti-soglia nel settore alimentare: il caso della diossina*, in *Scritti per Federico Stella*, Giuffrè, 2007

- D'ALESSANDRO F., *Pericolo astratto e limiti- soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, 2012
- D'ALESSANDRO F., *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Giappichelli, 2014
- D'ASCOLA V.N., *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993
- DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2018
- DE FRANCESCO G., *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.*, 2015
- DE FRANCESCO G., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave" alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2009
- DE FRANCESCO G.V., *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991
- DE MAGLIE C., *Il declino dell'"harm principle"*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in memoria di Sergio Moccia*, Edizioni scientifiche italiane, 2017
- DE SANTIS G., *Diritto penale dell'ambiente: un'ipotesi sistematica*, Giuffrè, 2012
- DE SANTIS G., *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Dike, 2017
- DE VITA A., *La "crisi di razionalità" dell'opzione punitiva nel diritto penale dell'economia*, in G. AMARELLI- M. D'ALESSANDRO – A. DE VITA, *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: decriminalizzazione e problemi di effettività*, Jovene editore, 2002
- DEAN F., *L'incolumità pubblica nel diritto penale: contributo alla teoria generale dei reati di comune pericolo*, Giuffrè, 1971
- DELITALA G., *Dolo eventuale e colpa cosciente* (Annuario dell'Università Cattolica), in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Giuffrè, 1976
- DELITALA G., *I reati di pericolo*, in Idem, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Giuffrè, 1976

- DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, 1930
- DEMURO G., *Il dolo. II: L'accertamento*, Giuffrè, 2010
- DERVAN L. –PODGOR E., *Investigating and Prosecuting White-Collar Criminals*, in S.R. VAN SLYKE- M.L. BENSON- F.T. CULLEN (edited by), *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*, Oxford University Press, 2016
- DEVLIN P., *The enforcement of Morals*, Oxford, 1959
- DI SALVO E., *sub Art. 44*, in G. LATTANZI- E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. II: il reato, Libro I: artt. 39 – 84, 2015
- DONINI M., “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008
- DONINI M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 2013
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004
- DONINI M., *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018
- DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996
- DONINI M., voce: *Teoria del reato*, in *Digesto*, vol. XIV Penale, Utet, 1999
- DONINI M., *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI- D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza sul lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Cedam, 2007
- DUBBER M.D. –HÖRNLE T., *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, 2016

- DUFF R.A., *Criminalizing Endangerment*, in R.A. DUFF- S.P. GREEN, *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2005
- DUFF R.A. –FARMER L. –MARSHALL S.E. –RENZO M.– TADROS V., *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2010
- DUFF R.A., *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, 2007
- EDELHERTZ H., *The Nature, Impact or Prosecution of White-Collar Crime*, in U.S. Department of Justice, 1970
- EDWARDS J., *Harm Principles*, in *Legal Theory*, 2014
- ESER A., *Comparative Criminal Law: development, aims, methods*, Beck-Hart-Nomos, 2017
- EUSEBI L., *Il dolo come volontà*, Morcelliana, 1992
- FASSI E., *La valutazione della natura e degli elementi costitutivi della bancarotta fraudolenta patrimoniale e la ricerca degli “indici di fraudolenza” della condotta nel caso concreto*, in *Cass. pen.*, 2017
- FASSIN D., *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, 2018
- FEDERICI D., *Il mendacio bancario: un difficile bilanciamento tra tutela anticipata della correttezza e trasparenza dell’informazione societaria e la necessaria offensività della condotta*, in *Cass. pen.*, 2019
- FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, Oxford University Press, 1984
- FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self*, Oxford University Press, 1986
- FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law: Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press, 1988
- FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law: Offence to Others*, Oxford University Press, 1985

- FERGUSON N., *The Ascent of Money: A Financial History of the World*, Allen Lane, 2008
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014
- FIANDACA G., *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, in *Foro it.*, 1991
- FIANDACA G., *Note sui reati di pericolo*, in *Scritti in memoria di G. Bellavista, I, ne Il Tommaso Natale*, 1977
- FIANDACA G., *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Edizioni scientifiche italiane, 2007
- FINKELSTEIN C.O., *Is Risk a Harm?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2003
- IORE C.- IORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Utet, 2016
- IORE C., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, 2006
- IORE C., *Il reato impossibile*, Jovene, 1959
- IORE C., voce: *Azione finalistica*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. IV, 1988
- IORELLA A. – MASUCCI M., *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Giappichelli, 2014
- IORELLA A., *I reati fallimentari*, in A. IORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, 2019
- IORELLA A., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, 2018
- IORELLA A., *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988
- IORELLA A., voce: *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1988

- FISCHEL D.R. –ROSS D.J., *Should the Law Prohibit “Manipulation” in Financial Markets?*, in *Harvard Law Review*, 1991
- FLORIAN E., *Dei delitti contro l’incolumità pubblica*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, diretta dal Prof. Enrico Pessina, Vol. VIII, Società editrice libraria, 1908
- FLORIAN E., *Trattato di diritto penale*, Vol. I, pt. I, *Dei reati e delle pene in generale*, Dott. Francesco Vallardi, 1910
- FOFFANI L., *Art. 185 t.u.f.*, in Palazzo e Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, 2007
- FORNASARI G., *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018
- FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni “liberali” e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo I, *Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, Giuffrè, 2006
- FRANCIS J., *Chronicles and Characters of the Stock Exchange*, Willoghby and Company, 1849
- GALGANO F., *Lex mercatoria*, il Mulino, 2010
- GALLINO L., *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, 2011
- GALLO E., *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970
- GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale. Volume I*, Giappichelli, 2014
- GALLO M., *Reati di pericolo*, in *Foro pen.*, Roma, 1969
- GALLO M., voce: *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, 1964
- GAMBARDELLA M., *Chi ha paura dell’art. 131-bis c.p.? Sull’applicabilità della nuova causa di non punibilità ai reati di competenza del giudice di pace*, in *Arch. Pen.*, 2017

GAMBARDELLA M., *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018

GAMBARDELLA M., *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019

GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, 2002

GAMBARDELLA M., *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 27 novembre 2018

GAMBARDELLA M., *La legge n. 242 del 2016 e la liceità della commercializzazione dei prodotti ottenuti dalla coltivazione di cannabis sativa L. Per le sezioni unite la sostanza ceduta deve avere una reale efficacia drogante*, in *Cass. pen.*, 2019

GAMBARDELLA M., *La nuova prescrizione: prime prove di un modello "ibrido"*, in A. MARANDOLA- T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, 2017

GAMBARO A. – SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Utet, 2018

GARAVAGLIA E., *La tutela penale dell'informazione societaria e gli abusi di informazioni*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, Giappichelli, 2012

GARGANI A., *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, 1997

GARGANI A., *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in *Cass. pen.*, 2017

GARGANI A., *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. GROSSO- T. PADOVANI- A. PAGLIARO, Giuffrè, 2008

GARGANI A., voce: *Incolumità pubblica (delitti contro)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Giuffrè, 2015

- GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Giappichelli, 2005
- GIAVAZZI S., *L'abuso di informazioni privilegiate*, in G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Wolters Kluwer-Cedam, 2017
- GILLIAN G., *Regulating the Financial Sector (Studies in Corporative Corporate and Financial Law)*, Kluwer Law International, 1999
- GIULIANI A., *Giustizia ed ordine economico*, Giuffrè, 1997
- GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Giappichelli, 2012
- GIUNTA F., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997
- GIUNTA F., *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2004
- GIUNTA F., *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, tomo 2, Giuffrè, 2008
- GORDON G.H., *The Criminal Law of Scotland*, W. Green – Thomson Reuters, 2017
- GRASSO G., *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986
- GREEN S.P., *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, Università Bocconi editore Paperback, 2014
- GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano, II, La struttura della fattispecie penale oggettiva*, Giuffrè, 1952
- GRISPIGNI F., *La sanzione criminale nel moderno diritto repressivo*, in *Scuola pos.*, 1920
- GROSS H., *A Theory of Criminal Justice*, Oxford University Press, 1979
- GROSSO C.F. (a cura di) *Per un nuovo codice penale. II. Relazione della Commissione Grosso (1999)*, Cedam, 2000
- GUARINIELLO R., *Tumori professionali a Porto Marghera*, in *Foro it.*, 2007

GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, 1993

HALL J., *General principles of criminal law*, The Bobbs – Merrill company, 1960

HALL J., *Prolegomena to a Science of Criminal Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1941

HARCOURT B.E., *The Collapse of the Harm Principe*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1999

HART H.L.A., *Immorality and Treason*, in R.A. WASSERSTROM (edited by), *Morality and the Law*, Wadsworth publishing Company, 1971

HART H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1963

HARTCOURT B.E., *The Collapse of the Harm Principle*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1999

HASSEMER W., *Caratteristiche del dolo*, in *L'indice penale*, 1991

HASSEMER W., *Perché punire è necessario*, il Mulino, 2012

HERRING J., *Criminal Law*, Palgrave, 2017

HERRING J., *Criminal Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2008

HIRSCH H.J., *Gefahr und Gefährlichkeit*, in *Fest. Arth. Kaufmann*, 1993

HOFFMANN E., *Il linguaggio e la logica arcaica*, Quodlibet, 2017

HOLMES W., *Materiality- Through the looking glass*, in *Journal of Accountancy*, 1972

HORAN S., *Corporate Crime*, Bloomsbury Professional, 2011

HUDSON A., *Securities Law*, Sweet&Maxwell, 2013

HUSAK D., *Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Law*, in S. SHUTE – A.P. SIMESTER (edited by), *Criminal Law Theory. Doctrines of the general part*, Oxford University Press, 2005

HUSAK D., *Overcriminalization. The limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2008

- INSOLERA G., *Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente*, in *Dir. Pen. proc.*, 1997
- JEFFERSON M., *Criminal law*, Pearson, 2015
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, 2009
- KEYMAN S., *Le résultat pénal*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1968
- KINDLEBERGER C.P.– ALIBER R.Z., *Manias, Panics and Crashes. A History of Financial Crises*, Palgrave, 2005
- KLIP A., *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Intersentia, 2016
- LACELY N. –WELLS C., *Reconstructing Criminal Law*, Butterworths, 1998
- LACEY N., *State Punishment: Political Principles and Community Values*, Routledge, 1988
- LACKNER K., *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, De Gruyter, 1967
- LEHMAN J. -PHELPS S., *Material*, in *West's Encyclopedia of American Law*, 2005
- LETTERA F., *Lo stato ambientale: il nuovo regime delle risorse ambientali*, Giuffrè, 1990
- LOCKE J., *Saggio sull'intelligenza umana*, Mondadori, 2008
- LONGHI S., *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, Società Editrice Libreria, 1913
- LOVELESS J., *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2016
- MacNEIL I., *Enforcement and Sanctioning*, in N. MOLONEY – E. FERRAN- J. PAYNE (edited by), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford University Press, 2017
- MAGRO M.B., *Manipolazioni dei mercati finanziari e diritto penale*, Giuffrè, 2012

- MANACORDA S., voce: *Reato nel diritto penale francese*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Utet, 1996
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005
- MANNO M.A., *Profili penali dell'insider trading*, Giuffrè, 2012
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2017
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, Utet, 1981
- MARÉCHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003
- MARINUCCI G.- DOLCINI E. –GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019
- MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Corso di diritto penale. 1. Le fonti. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Giuffrè, 2001
- MARINUCCI G. –DOLCINI E., *Studi di diritto penale*, Giuffrè, 1991
- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in G. MARINUCCI- E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985
- MARKHAM J.W., *Commodities Regulation: Fraud, Manipulation and Other Claims*, Clark Boardman Ltd, 1987
- MARSHALL S.E. – DUFF R.A., *Criminalization and Sharing Wrongs*, in *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1998
- MASUCCI M., *Gli abusi di mercato*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, 2019
- MATTEI U.– ARIANO E., *Il modello di Common Law*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Sistemi giuridici comparati*, Giappichelli, 2018
- MAURO P., *Corruption and Growth*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1995
- MAYAUD Y., *Le mensonge en droit pénal*, L'Hermès, 1979

- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Giuffrè, 1983
- MAZZACUVA N., voce: *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, 1990
- McCORMICK R., *Legal Risk in the Financial Markets*, Oxford University Press, 2010
- McVEA H., *Supporting Market Integrity*, in N. MOLONEY – E. FERRAN- J. PAYNE (edited by), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford University Press, 2017
- MELCHIONDA A., *Aggiotaggio e manipolazione del mercato*, in A. LANZI-A. CADOPPI (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Cedam, 2007
- MIEDICO M., in A. ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo e Paliero, Giappichelli, 2017
- MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, 1988
- MILL J., *On Liberty*, Penguin, 1979 (opera originale pubblicata nel 1859)
- MINICUCCI G., *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze University Press, 2018
- MITNICK B.M., *The Political Economy of Regulation*, Columbia University Press, 1980
- MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995
- MOCK S., *History, Application, Interpretation, and Legal Sources*, in M. VENTORUZZO – S. MOCK, *Market Abuse Regulation. Commentary and Annotated Guide*, Oxford University Press, 2017
- MOCK S., *The Concept of Market Manipulation*, in M. VENTORUZZO – S. MOCK, *Market Abuse Regulation. Commentary and Annotated Guide*, Oxford University Press, 2017
- MOLONEY N., *EU Securities and Financial Markets Regulation*, Oxford University Press, 2014

- MOLONEY N., *Financial Services and Markets*, in R. BALDWIN- M. CAVE- M. LODGE (edited by), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, 2010
- MOORE M.S., *Placing Blame*, Oxford University Press, 1997
- MORRIS S., *Financial Services Regulation in Practice*, Oxford University Press, 2016
- MUCCIARELLI F., *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 ottobre 2018
- MUCCIARELLI F., *L'insider trading nella rinnovata disciplina UE sugli abusi di mercato*, in *Le Società*, 2016
- MUCCIARELLI F., *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019
- MUGNAI M., *Possibile/Necessario*, il Mulino, 2013
- MUSACCHIO V., *Diritto penale della circolazione stradale*, Utet, 2007
- MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Giuffrè, 2007
- NAGEL I.- HAGAN J., *The Sentencing of White-Collar Criminals in Federal Courts: A Sociological Exploration of Disparity*, in *Michigan Law Review*, 1982
- NAGEL T., *Mortal Questions*, Cambridge University Press, 2012
- NATOLI S., *Il rischio di fidarsi*, il Mulino, 2016
- NEAL L., *Development of Financial Institutions*, in *New Palgrave Dictionary of Money and Finance*, Palgrave, 1992
- NEPPI MODONA G., *Il lungo cammino del principio di offensività*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, 2004
- NUVOLONE P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, 1955
- NUVOLONE P., *Il diritto punitivo nella nuova legislazione italiana*, in *Ind. Pen.*, 1982

ORMEROD D.– WILLIAMS D.H., *Smith's Law of Theft*, Oxford University Press, 2007

PADOVANI T. – STORTONI L., *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, il Mulino, 1991

PADOVANI T., *Diritto penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019

PADOVANI T., *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985

PADOVANI T., *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativa alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 2002

PADOVANI T., *Il destino sistematico e politico-criminale delle contravvenzioni e le riforme del diritto penale del lavoro in Italia*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Giuffrè, 2003

PADOVANI T., *La distribuzione di sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984

PADOVANI T., *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guida dir.*, 2015.

PADOVANI T., *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzioni ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987

PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, Priulla, 1957

PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Priulla, 1960

PAGLIARO A., *Il reato*, in G. GROSSO- T. PADOVANI- A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2007

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2018

PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992

- PALIERO C.E.– TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, 1988
- PALIERO C.E., “*Minima non curat praetor*”. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985
- PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993
- PALMIERI G.M., *Contributo ad uno studio sull’oggetto della tutela nel diritto penale dell’ambiente*, Edizioni scientifiche italiane, 2007
- PANTANELLA A., *La Corte di cassazione e la damnatio memoriae della “sentenza Corvetta” in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2015
- PANTANELLA A., *Profili penali delle nuove procedure concorsuali*, Aracne, 2020
- PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, 1990
- PASCULLI L., “*Harm*”, “*Offence*” and “*Offesa*” in the English and Italian Criminal Law, in *Dir. Pen. XXI sec.*, 2016
- PASSERINUS P.F., *De occidente unum pro alio*, Parmae, 1693
- PATRONO P., *Il diritto penale dell’ambiente: rilievi critici di politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996
- PAYNE B.K., *White-Collar Crime. The Essentials*, Sage, 2013
- PEDRAZZI C., *Apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, in AA.VV., *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di R. SACCO, Giuffrè, 1980
- PEDRAZZI C., *L’illecito penale amministrativo. Relazione di sintesi*, in Idem, *Diritto penale*, Vol. I, Giuffrè, 2003
- PEDRAZZI C., *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, in Idem, *Diritto penale*, Vol. I, Giuffrè, 2003
- PEDRAZZI C., *Problemi del delitto di aggio*, Giuffrè, 1958

- PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI – A. ALESSANDRI – L. FOFFANI – S. SEMINARA – G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Monduzzi, 2003
- PEDRAZZI C., *Reati fallimentari*, in Idem, *Diritto penale*, vol. IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2003
- PEDRAZZI, *sub Art. 216*, in C. PEDRAZZI- F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja- Branca. Legge fallimentare Art. 216-227*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, 1995
- PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, Vol. V, *Storia del diritto penale*, Arnoldo Forni editore, 1966
- PETRINI D., *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Giuffrè, 1990
- PICARDI L., *Mercato finanziario e profili di responsabilità da omesse o inesatte informazioni*, in M. RISPOLI FARINA – A. SCIARRONE ALIBRANDI- E. TONELLI (a cura di), *Regole e mercato*, tomo II, Giappichelli, 2017
- PICOTTI L., *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Giuffrè, 1993
- PIERDONATI M., *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Jovene, 2012
- PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004
- PISANI M. (a cura di), *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo*, Cedam, 1993
- PISANI N., *Crisi di impresa e diritto penale*, il Mulino, 2018
- POGGI D'ANGELO M., *Il doppio evento (danno/pericolo) nel nuovo delitto di disastro ambientale-sanitario*, in *Cass. pen.*, 2019
- POGGI D'ANGELO M., *L'accertamento del "pericolo concreto" nel delitto di manipolazione del mercato*, in *Cass. pen.*, 2017
- POGGI D'ANGELO M., *L'estinzione per prescrizione del reato di disastro doloso nel processo "Eternit"*, in *Cass. pen.*, 2015

- POGGI D'ANGELO M., *Sul modello d'illecito e le sue conseguenze in tema di bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Cass. pen.*, 2017
- POMANTI P., *La eseguità da criterio di selezione della "tipicità bagatellare" ad indice di selezione della punibilità*, Pisa University Press, 2017
- PREZIOSI S., *La manipolazione del mercato nella cornice dell'ordinamento comunitario e del diritto penale italiano*, Cacucci, 2008
- PULITANÓ D., *Diritto penale*, Giappichelli, 2019
- PULITANÓ D., *False comunicazioni sociali*, in AA.VV. (a cura di A. ALESSANDRI), *Il nuovo diritto penale delle società*, Giuffrè, 2002
- PULITANÓ D., *La formulazione della fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del CRS, Franco Angeli, 1987
- PULITANÒ D., voce: *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Giuffrè, 2015
- RABUT-BONALDI G., *Le Préjudice en droit pénal*, Dalloz, 2016
- RATIGLIA G., *Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione*, Gazzettino, 1931
- RICCARDI G., *I "disastri ambientali": la Cassazione al crocevia tra clausola di salvaguardia, fenomeno successorio e concorso apparente di norme*, in *Dir. pen. cont.*, 2018
- RIDER B.–ALEXANDER K.–BAZLEY S.–BRYANT J., *Market Abuse and Insider Dealing*, Bloomsbury Professional, 2016
- RIZ R., *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in AA. VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, 1984
- ROBB G., *White-Collar Crime in Modern England*, Cambridge University Press, 1992
- ROBERT J.-H., *Droit pénal general*, Presses Universitaires de France, 1988
- ROBINSON P.H., *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, 1997

- ROCCO A., *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale*, Fratelli Bocca editori, 1913
- ROMAGNOSI G.D., *Osservazioni sulla Dissertazione del signor Avvocato Massa di Mentone, intitolata: Della legislazione criminale*, in *Opere edite ed inedite di G.D. Romagnosi sul diritto penale*, a cura di De Giorgi, I parte, 1841
- ROMANO M., *Dolo eventuale e Corte di cassazione a Sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015
- ROMANO M., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, 2006
- ROSS E.A., *Sin and Society: An analysis of latter-day iniquity*, Houghton Mifflin, 1907
- ROSSI A., *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico. I "riflessi" su alcune problematiche in campo societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019
- ROSSI A., *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria. Parte speciale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. GROSSO- T. PADOVANI – A. PAGLIARO, Giuffrè, 2012
- ROSSI A., *Le fattispecie penali di aggio e di manipolazione del mercato (artt. 2637 c.c. e 185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58): problemi e prospettive*, in E. DOLCINI -C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Giuffrè, 2006
- ROSSI A., *Reati fallimentari*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. Vol. II, a cura di Grosso, Giuffrè, 2018
- ROSSI G., *Il mercato dell'azzardo*, Adelphi, 2008
- ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Edizioni scientifiche italiane, 1998
- RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, 2016
- RUGA RIVA C., *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Giappichelli, 2015

- RUSSELL B., *Storia della filosofia occidentale*, Longanesi & C., 1948
- RYDER N., *The Financial Crisis and White Collar Crime. The perfect storm?*, Edward Elgar Publishing, 2014
- SABATINI G., *Condizioni di punibilità e reati ad evento condizionato*, in *Giust. Pen.*, 1958
- SALTELLI C. –ROMANI -DI FALCO E., *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Vol. III, Artt. 24- 498, Utet, 1940
- SALTELLI C. –ROMANO-DI FALCO E., *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Vol. I, Artt. 2-84, Utet, 1940
- SANTAMARIA D., voce: *Evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, 1967
- SANTORIELLO C., voce: *Mercati finanziari (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, Tomo II, 2008
- SARFATTI M., *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Giappichelli, 1933
- SCHAUER F., *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carocci editore, 2016
- SCHRÖDER H., *Abstrakt-Konkrete Gefährungsdelikte?*, in *Juristische Zeitung*, 1967
- SELZNICK P., *Focusing Organizational Research on Regulation*, in R. NOLL (edited by), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press, 1985
- SEMINARA S., *Diritto penale commerciale*, Vol. III. *Il diritto penale del mercato mobiliare*, Giappichelli, 2018
- SEMINARA S., *Il delitto tentato*, Giuffrè, 2012
- SEMINARA S., *Informazione finanziaria e diritto penale*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Giuffrè, 2009
- SEMINARA S., *Insider trading e diritto penale*, Giuffrè, 1989
- SEN A., *Etica ed economia*, Laterza, 2002
- SEPE M., *Abusi di mercato*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Wolers Kluwer- Cedam, 2015

- SFUBBI F.- FONDAROLI D. – TRIPODI A., *Delitto penale del mercato finanziario*, Cedam, 2013
- SGUBBI F., sub Art. 219, in C. PEDRAZZI- F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja- Branca. Legge fallimentare Art. 216-227*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, 1995
- SILVA SÁNCHEZ J., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Giuffrè, 2004
- SIMESTER A. -VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, 2011
- SIMESTER A.P.- SULLIVAN G.R., *Criminal Law Theory and Doctrine*, Hart publishing, 2007
- SMITH J., *The Law of Theft*, Butterworths, 1997
- SPITÉRI P., *L'infraction formelle*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1966
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003
- STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, Cambridge University Press, 1967
- STRADER J.K., *Understanding White Collar Crime*, Carolina Academic Press, 2017
- SULLIVAN G.R., *Strict Liability and the European Convention on Human Rights*, in A.P. SIMESTER, *Appraising Strict Liability*, Oxford University Press, 2005
- SUMMERS S.– SCHWARZENEGGER C.– EGE G.– YOUNG F., *The Emergence of EU Criminal Law. Cybercrime and the Regulation of the Information Society*, Hart Publishing, 2014
- SUTHERLAND E. H., *Crime and Business*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1941
- SUTHERLAND E.H., *White Collar Crime*, Dryden, 1949
- SUTHERLAND E.H., *White-Collar Criminality*, in *American Sociological Review*, 1940

- SWAN E.J.– VIRGO J., *Market Abuse Regulation*, Oxford University Press, 2010
- TORELLI F., *Pericolo ed incolumità pubblica: ricostruzione del concetto di pericolo penalmente rilevante alla luce del paradigma di tutela anticipata dei reati, dolosi e colposi, di comune pericolo mediante frode*, in *Cass. pen.*, 2018
- Van CAENEGEM R.C., *I sistemi giuridici europei*, il Mulino, 2003
- VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Giuffrè, 1982
- VAUGHAN L. –FINCH G., *The long read Libor scandal: the bankers who fixed the world's most important number*, in *www.theguardian.com*, 18 January 2017
- VELLA F.- BOSI G., *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, il Mulino, 2019
- VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990
- VENEZIANI P., *Tomo II: La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in G. GROSSO- T. PADOVANI – A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, 2014
- VIGANÓ F., *La Cassazione chiude il caso della scalata Antonveneta (e perde una preziosa occasione per fare un po' di chiarezza sui delitti di agiotaggio)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 aprile 2013
- VIGANÓ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000
- VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato: i principi*, Cedam, 2002
- VINCIGUERRA S., *Le fonti culturali del diritto penale italiano*, Cedam, 2008
- Von HAYEK F.A., *Law, Legislation and Liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, Taylor & Francis Group, 2012
- VON HIRCH A., *Extending the Harm Principle: "Remote Harms" and Fair Imputation*, in A.P. SIMESTER– A.T.H. SMITH, *Harm and Culpability*, Oxford University Press, 1996

WELLMAN C.H., *Rights Forfeiture and Mala Prohibita*, in R.A. DUFF – L. FARMER – S.E. MARSHALL – M. RENZO – V. TADROS, *The Constitution of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2013

WELLMAN C.H., *The Rights Forfeiture Theory of Punishment*, in *Ethics*, 2012

WESTEN P., *The Ontological Problem of “Risk” and “Endangerment” in Criminal Law*, in R.A. DUFF- S.P. GREEN, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011

WILLIAMS B., *Moral Luck*, Cambridge University Press, 1981

WILLIAMS R., *Criminal Law in England and Wales. Just Another Form of Regulatory Toll?*, in M. DYSON – B. VOGEL (edited by), *The Limits of Criminal Law. Anglo-German Concepts and Principles*, Intersentia, 2018

WILSON W., *Criminal Law*, Pearson, 2017

ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Giuffrè, 2017

ZANNOTTI R., *Il ruolo della sanzione penale nella tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, Cedam, 2012

ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca, 1924

ZANOTTI M., voce: *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. X, 1995

ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale. Nuovi scenari del diritto penale della modernità*, Aracne, 2015