

QUESITI

DAVIDE PAGANI

Beneficio economico e concorso nel reato

L'ottenimento di un vantaggio economico non può automaticamente tradursi nella partecipazione concorsuale al reato che lo ha generato: a tal fine, è necessario accertare l'efficienza causale del contributo (materiale o morale) del beneficiario alla realizzazione del fatto di reato. Tale regola generale trova riscontro nella giurisprudenza delle Sezioni unite in cui si evidenzia come, sul piano dell'accertamento probatorio, l'ottenimento di un vantaggio economico possa al più costituire un indizio della partecipazione concorsuale al reato, dovendo quindi essere valutato alla luce di quanto stabilito all'art. 192, co. 2, c.p.p. Il doveroso rispetto di tali regole sostanziali e processuali può consentire, a determinate condizioni, di escludere la partecipazione concorsuale del beneficiario economico negli esaminati casi di abuso d'ufficio, omessa dichiarazione e bancarotta preferenziale.

Obtaining an economic advantage from an offence cannot automatically imply to the participation therein: to that end, judicial finding of the causal efficiency of the (material or moral) contribution given by the recipient is needed. This general rule is reflected in the case law of the Supreme court, whereby it is highlighted that, when it comes to evaluation of evidence, obtaining an economic advantage may at most be considered as a clue of the participation in the offence; and therefore must be assessed under the criteria set forth by art. 192, co. 2, c.p.p. Complying with these substantive and procedural rules could lead, under certain conditions, to the exclusion of the criminal liability of the beneficiary, in cases such as abuse of office (art. 323 c.p.), failure to provide a statement (art. 5 D. lgs. 74/2000) and preferential bankruptcy (art. 216, co. 3, L. fall.).

SOMMARIO: 1. Il profilo critico dell'apporto causale del beneficiario economico della condotta illecita. - 2. Il problema della tipicità del contributo causale nel concorso di persone nel reato. - 3. Il contributo morale nel concorso di persone nel reato. - 4. La rilevanza del caso concreto nella prova della causalità psichica. - 5. L'indebita equiparazione tra beneficio economico e concorso morale nel reato. - 6. Il caso del delitto di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p. - 7. Il caso del delitto di omessa dichiarazione di cui all'art. 5 del D.lgs. n. 74/2000. - 8. Il caso del concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale di cui all'art. 216, co. 3, L. fall.

1. Il profilo critico dell'apporto causale del beneficiario economico della condotta illecita

Poiché la società contemporanea e le organizzazioni complesse sono sempre più caratterizzate dalla suddivisione e procedimentalizzazione delle attività, cui corrisponde una strutturazione sempre più articolata dei rapporti giuridici sottostanti, ne discende la possibilità che taluni soggetti si occupino in via esclusiva di determinate fasi di una certa attività, che in alcuni casi sia richiesto l'intervento di soggetti in possesso di specifiche qualifiche e competenze, ma anche che determinate attività siano svolte nell'interesse e a favore di soggetti terzi.

Ciò può avvenire nei casi, in particolare, di coincidenza tra richiesta avanzata e provvedimento ottenuto rilevante ai fini del delitto di abuso d'ufficio; di esecuzione degli adempimenti tributari da parte di professionisti specializzati

per conto di un soggetto terzo beneficiario; di soddisfazione di un debito a favore di un creditore della società da parte dell'imprenditore poi dichiarato fallito; di ottenimento di un incarico a seguito dell'altrui turbativa di un bando di gara.

In tali contesti, come in tutti i casi in cui il beneficiario della condotta non è chiamato a rispondere a titolo di concorso necessario di persone nel reato¹, è possibile che il soggetto a favore del quale è svolta l'attività, pur beneficiando economicamente di una condotta poi ritenuta illecita, non vi apporti alcun contributo.

In assenza di una posizione di garanzia che obblighi all'impedimento del reato, il beneficiario della condotta illecita non può essere destinatario di una contestazione di carattere penale fondata sul meccanismo di estensione concorsuale della responsabilità di cui all'art. 110 c.p. e ciò nemmeno - si ritiene - laddove sia a conoscenza dello svolgimento dell'attività in suo favore.

La conoscenza, infatti, di un illecito *in itinere* in assenza di una posizione di garanzia e l'ottenimento di un beneficio in mancanza di un apporto concreto non possono di per sé tradursi in una partecipazione concorsuale al fatto di reato, pena l'ingresso nel nostro ordinamento di criteri oggettivi di imputazione della responsabilità penale.

Una simile ipotesi desta notevoli problemi poiché vi è una tendenziale propensione a riconoscere, in capo al beneficiario economico di una condotta illecita che sia anche a conoscenza del suo compimento, la qualità di concorrente nel reato, se non altro sulla base di un interesse presunto, talvolta difficilmente confutabile in ragione del vantaggio economico ottenuto.

È frequente infatti che al beneficio economico venga fatta corrispondere, se non una diretta partecipazione all'attività illecita, quantomeno un contributo concorsuale in termini di istigazione, ossia di determinazione o rafforzamento dell'altrui proposito criminoso.

Se tuttavia l'ottenimento di un beneficio economico a seguito di un'attività illecita può, da una parte, astrattamente costituire un elemento indiziale della partecipazione al reato, dall'altra non può rappresentare la prova di un contributo concorsuale alla realizzazione dello stesso.

È il caso delle menzionate attività complesse al cui compimento il beneficiario può rimanere estraneo, pur condividendone le finalità.

Rivestire la qualità di beneficiario economico di un illecito determina dunque un coinvolgimento nel relativo reato ma, per l'attribuzione del ruolo di con-

¹ Ai casi menzionati si aggiungono, ad esempio, le ulteriori fattispecie di indebita restituzione dei conferimenti e di illegale ripartizione degli utili che, tuttavia, non saranno oggetto di indagine.

corrente ai sensi dell'art. 110 c.p., si richiede un contributo rilevante ai fini della sua realizzazione o la violazione di un obbligo giuridico di impedimento in presenza della relativa posizione di garanzia. Queste ultime essendo le condizioni essenziali su cui fondare una sicura imputazione della responsabilità.

Invero, un'affermazione di responsabilità non può discendere per ciò solo dal possesso di una qualità o dall'attribuzione di un ruolo. In caso contrario si finirebbe per ammettere una responsabilità "da posizione", che prescinderebbe dall'accertamento di un effettivo contributo colpevole alla realizzazione del reato, in violazione del principio di personalità sancito dall'art. 27 Cost.

Appare quindi necessario che la posizione del beneficiario economico di un fatto illecito si sostanzi in una condotta riconducibile al paradigma concorsuale di cui all'art. 110 c.p. e, pertanto, si pone anzitutto il problema dell'individuazione del criterio di selezione dei contributi a tal fine rilevanti.

2. Il problema della tipicità del contributo causale nel concorso di persone nel reato

La materia del concorso di persone nel reato è, tra le forme di manifestazione del reato, quella più dibattuta, a causa indubbiamente della generica formulazione dell'art. 110 c.p.².

Come noto il nostro legislatore, in linea con il principio di equivalenza causale di cui all'art. 41, co. 1, c.p., ha infatti scelto un modello concorsuale unitario che consente di punire a pari titolo qualsiasi contributo causalmente efficiente rispetto al fatto lesivo³. Tale soluzione, se da una parte evita di distinguere tra i vari tipi di concorrenti, consentendo di adeguare la pena al reale contributo prestato sulla base di un sistema di circostanze aggravanti ed atte-

² Rilevano tale genericità, tra gli altri, FIORE-FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 553; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna - Roma 2015, 512 ss.; BRICOLA, *Commento all'art. 25, comma 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna - Roma, 1981, 263; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015; VASSALLI, *La legge penale e la sua interpretazione, il reato e la responsabilità penale, le pene e le misure di sicurezza*, Milano, 1997.

³ Sulla diffusione del modello unitario di pari responsabilità dei concorrenti SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 3 ss. L'altra possibilità sarebbe stata quella di un modello differenziato, nel quale vengono tipizzate le diverse forme di partecipazione concorsuale, a seconda del diverso ruolo rivestito da ciascun concorrente e distinguendo tra autorità e partecipazione. Un simile modello distingue, ad esempio, tra le varie figure di autore, complice, determinatore, istigatore. Sul punto, tra gli altri, CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2008, 737 ss.

nuanti⁴, dall'altra reca il rischio di una eccessiva estensione della responsabilità concorsuale⁵.

L'art. 110 c.p., esprimendo il principio della pari responsabilità dei concorrenti, a prescindere dal tipo di contributo prestato all'opera criminosa, conferisce penale rilevanza anche a condotte altrimenti prive di tipicità⁶. Il fondamento della punibilità a titolo di concorso delle condotte atipiche è stato spiegato attraverso il ricorso a diverse teorie⁷.

Secondo la teoria dell'accessorietà, la condotta atipica del concorrente acquista rilevanza penale in quanto "accede" a quella tipica dell'autore⁸.

Secondo la diversa teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, la condotta concorsuale diventerebbe tipica rispetto ad una nuova norma incriminatrice creata dall'incontro dell'art. 110 c.p. con la norma incriminatrice di parte speciale di volta in volta in considerazione⁹.

Ai fini che qui interessano, il problema si pone sotto il profilo del collegamento causale e, in particolare, ci si chiede se il criterio della causalità condizionalistica espresso all'art. 40, co. 1, c.p. possa valere, oltre che nelle fattispecie a realizzazione monosoggettiva, anche rispetto alle più sfuggenti ipotesi concorsuali.

In tema di concorso di persone nel reato infatti, tale criterio risulterebbe particolarmente restrittivo poiché conferirebbe penale rilevanza ai soli contributi concorsuali che siano condizione dell'evento illecito.

Tale collegamento causale non sussisterebbe rispetto a tutte le ipotesi di partecipazione c.d. "non necessaria" in cui la condotta non si pone quale condizione per la verifica dell'evento. È il caso, ad esempio, dei contributi superflui o inutilizzati, della prestazione di un mero consiglio, del ruolo del

⁴ Sul ruolo delle circostanze nella determinazione della pena concretamente applicabile si v. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 106 ss.

⁵ Tale inconveniente ha portato a parlare (provocatoriamente) di incostituzionalità del titolo sul concorso di persone nel reato per mancanza dei requisiti di precisione e tassatività della norma penale. Sul punto si v. BETTIOL, *Brevi considerazioni sul problema del concorso di più persone in un reato*, Relazione dattiloscritta, in CNR-CNPDS, *La riforma della parte speciale del codice penale. Concorso di persone nel reato*.

⁶ Per un approfondimento della distinzione tra autore e concorrente eventuale circa il «significato lesivo» delle rispettive condotte si v. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1959, 19 ss.

⁷ MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013; MANNA, *Corso di Diritto penale, P. G.*, 4, Milano, 2017, 505 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*; FIORE-FIORE, *Diritto penale, op. cit.*

⁸ FIORE-FIORE, *Diritto penale, op. cit.*, 559 rileva come la teoria dell'accessorietà sia un riflesso dei modelli concorsuali differenziati.

⁹ Propendono per la teoria della fattispecie plurisoggettiva sia FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, 519, sia FIORE-FIORE, *Diritto penale, op. cit.*, 559.

c.d. “palo” o della mera presenza sul luogo di esecuzione del reato che ne rendono più facile la realizzazione¹⁰.

È poi, si ritiene, il caso del beneficiario della condotta che, pur essendo a conoscenza dell’illecito *in itinere*, non fornisce alcun contributo partecipativo né in termini materiali, né in termini morali.

Anche nei confronti di tale soggetto si pone quindi il problema dell’individuazione di un contributo causalmente rilevante, dovendosi altrimenti escludere che lo stesso possa concorrere nel reato ai sensi dell’art. 110 c.p.

Sul piano generale, l’esigenza di giustizia sostanziale e l’accennato rischio di un eccessivo restringimento dell’area del penalmente rilevante hanno suggerito l’elaborazione di un criterio integrativo della causalità condizionale per la selezione dei contributi rilevanti.

Il fondamento di tale criterio è stato rintracciato nell’art. 114 c.p. che, sanzionando in maniera attenuata il contributo di «*minima importanza*», conferirebbe rilievo concorsuale anche a condotte non necessarie, che abbiano tuttavia influito sulle modalità concrete di realizzazione del reato¹¹.

Il riferimento sarebbe a quelle condotte c.d. “di rinforzo” che si limitano ad agevolare la produzione dell’evento ma che rimangono sostituibili nel senso che, ipotizzandone l’eliminazione mentale dal decorso causale dell’azione, non verrebbe ostacolata la produzione del medesimo risultato¹².

Tuttavia, il riferimento alla causalità agevolatrice o di rinforzo anche indipendentemente dall’art. 114 c.p. sembra imprescindibile se solo si consideri che lo stesso art. 110 c.p., ignorando l’alternativa di un regime differenziato,

¹⁰ In realtà, per consolidata giurisprudenza, la figura del “palo” e la mera presenza fisica allo svolgimento dei fatti possono integrare un apporto concorsuale rilevante ai sensi dell’art. 110 c.p. laddove si traducono in uno stimolo all’azione o nel conferimento di un maggiore senso di sicurezza: si v. *ex multis* Cass., Sez. II, 22 ottobre 2013, A. A. e altri, in *Mass. Uff.*, n. 257979 nonché PIVA, *Presenza sul luogo del reato ed effettività del contributo concorsuale*, in *Cass. pen.*, 2003, 5, 1531 ss.

¹¹ Sul punto si v. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997. «D’altronde, il problema da risolvere è quello di trovare un valido criterio di tipizzazione dei contributi concorsuali, sicché l’adozione a tal fine di un modello causale non implica di per sé la necessità che tale causalità sia di tipo condizionale, poiché questa prospettiva così rigorosa si impone soltanto quando si debba risolvere il diverso problema dell’imputazione di un evento, per evitare possibili pronunce di responsabilità per fatto altrui. Nell’ambito della tipizzazione delle condotte di partecipazione può quindi bastare un criterio causale meno rigido, come quello della causalità agevolatrice, di rinforzo, che consente di dare rilevanza a comportamenti che abbiano in qualche modo influito sul risultato criminoso, pur senza condizionarlo» CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato*, Milano, 2009, 61 ss.

¹² Si tratta della teoria della causalità agevolatrice o di rinforzo. Sul punto, tra gli altri, si v. FIANDACAMUSCO, *Diritto penale*, op. cit., 523; MANNA, *Corso di Diritto penale*, op. cit., 517.

avrebbe incentrato la disciplina della responsabilità concorsuale proprio sulla causalità condizionale del contributo fornito¹³.

La lettura combinata degli artt. 110 e 114 c.p. potrebbe allora suggerire che, facendo salvo il criterio della causalità condizionale, lo stesso venga esteso fino a ricomprendere la causalità agevolatrice proprio in conseguenza del passaggio dalla fattispecie monosoggettiva a quella concorsuale¹⁴. Tale soluzione, pur rappresentando un valido compromesso, presenta tuttavia alcune contraddizioni laddove richiede di conciliare l'efficacia causale della condotta con la minima importanza del contributo prestato¹⁵.

Abbandonando il criterio della causalità condizionale e agevolatrice, una possibile alternativa sarebbe poi quella di conferire rilevanza concorsuale a tutte quelle condotte che, sulla base di un giudizio prognostico *ex ante*, appaiano idonee a facilitare la commissione del reato alla stregua del parametro di idoneità degli atti di cui all'art. 56 c.p.¹⁶.

Eventuali teorie alternative¹⁷ alla causalità condizionale presentano tuttavia inconvenienti di non poco conto. Ammettendo infatti la rilevanza causale di condotte che non sono condizione dell'evento, si espande l'area di punibilità

¹³ Con riferimento a possibili criteri alternativi di tipicizzazione della causalità concorsuale, INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986, 54 ss. afferma che «essi ci paiono da disattendere. E questo non tanto e non solo per l'abbandono del criterio causale [...] quanto per la reintroduzione di una tipologia, di un regime differenziato che da un lato non trova riscontro normativo esplicito, dall'altro, soprattutto contrasta con il preciso significato innovativo degli artt. 110 e ss. c.p. polarizzati al superamento della tipologia di contributi non necessari già contenuta nell'art. 64 del Codice Zanardelli. Ma soprattutto anche per questa via si finisce col fuggire dai criteri formali di tipicizzazione: che altro è se non la surrettizia reintroduzione di un concetto sostanzialistico di meritevolezza di pena, la fondazione di criteri di tipicizzazione derogatori rispetto al generale regime desumibile dall'art. 110 c.p.?».

¹⁴ «Secondo noi, però, le teorie che prescindono dal paradigma causale e prediligono, invece, riletture non causali del concorso di persone [...] non appaiono in sintonia con le indicazioni promananti dalle norme che disciplinano il concorso di persone, che pure indicano la necessità di allargare il paradigma causale, nelle ipotesi di concorso, anche alla causalità agevolatrice» MANNA, *Corso di Diritto penale*, op. cit., 512.

¹⁵ Rileva tale contraddizione MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, II, Torino, 1981, 604 ss.

¹⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 530 e PAGLIARO, *Principi di Diritto penale: parte generale*, 2003, 569.

¹⁷ Esempi di ulteriori teorie alternative sono: la teoria circostanziale del concorso di persone nel reato, che applica diversi criteri a seconda che si tratti di condotte di determinazione psichica, esecuzione frazionata o rafforzamento psichico; la teoria dell'organizzazione, secondo cui il singolo contributo dovrebbe essere valutato in relazione all'organizzazione dell'impresa anziché al fatto tipico. Per la prima si v. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1398 ss.; per la seconda INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano 1986, 5 ss.; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo 1952, 49 ss. affianca al criterio causale quello della adeguatezza del contributo causale rispetto all'evento.

del concorso di persone nel reato ma, allo stesso tempo, si sacrifica l'esigenza di tassatività e determinatezza del precetto penale¹⁸.

Non sembrando pertanto possibile allontanarsi dal criterio condizionalistico, i rilievi mossi alla causalità agevolatrice potrebbero essere superati riferendo i vari contributi concorsuali all'evento in concreto realizzato, anziché all'evento astrattamente considerato dalla norma incriminatrice.

In tale prospettiva, anche il contributo che non sia imprescindibile potrebbe dirsi causalmente rilevante se ed in quanto si ponga quale condizione dell'evento per come in concreto verificatosi. Conferendosi infatti rilievo alle concrete modalità di realizzazione del fatto, l'accertamento della rilevanza causale del contributo concorsuale sarebbe collegata alla direzione finalistica della condotta¹⁹.

La ricerca di un valido criterio sul quale fondare la tipicità del contributo concorsuale riguarda, come rilevato, la condotta che, pur fornendo un contributo partecipativo, non si pone quale condizione del risultato criminoso. È tale, ad esempio, quella del complice che, pur non essendo strettamente essenziale ai fini del reato, può tuttavia rilevare in termini di agevolazione alla realizzazione della fattispecie concorsuale per come in concreto realizzata unitamente al contributo decisivo dell'autore e degli eventuali coautori.

La posizione del mero beneficiario economico della condotta sembrerebbe rientrare solo in parte nell'area della questione esposta: il problema, infatti, non si pone rispetto al beneficiario che abbia fornito un contributo materiale e causalmente rilevante, il quale è certamente concorrente nel reato dal momento che ha avuto contezza dell'attività illecita in corso, almeno in termini eventuali, contribuendovi in via quantomeno agevolatoria.

¹⁸ «Il sostegno alla teoria in esame comporta, in realtà, una dilatazione dei confini applicativi della fattispecie del concorso di persone che pone in pericolo le istanze di necessaria determinatezza e tassatività della norma penale, rese vulnerabili, di per sé, già dalla stessa generica formulazione dell'art. 110 c.p. Ma è altrettanto vero che, ove la legge ha voluto richiedere un nesso condizionalistico in termini di *condicio sine qua non* assimilabile a quello proprio del reato monosoggettivo di cui all'art. 40, co. 1, c.p., lo ha fatto espressamente (art. 116 c.p.), a compensazione di un attenuato disvalore soggettivo» MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, 2, Bologna, 2017, 589.

¹⁹ «Il quesito va impostato altrimenti: appunto in rapporto alle modalità concrete del fatto principale: se il fatto principale, senza l'aiuto del partecipe, si sarebbe verificato nelle stesse modalità concrete [...]. Basta cioè che l'influsso del partecipe si eserciti su qualche particolare, anche secondario, dell'impresa criminosa. [...] Ecco allora la necessità di considerare la direzione immanente della condotta che, per sua natura, tende a inserirsi nell'economia dell'offesa. [...] Qui, a nostro avviso, può ricercarsi un concetto di agevolazione distinto [...] dal "render possibile", eppure riferito a un risultato concreto: un contributo in mancanza del quale si sarebbe avuto un fatto criminoso dello stesso genere, che cioè non condiziona il fatto principale nella sua totalità, ma in qualche modalità particolare; se l'influsso di chi agevola è, rispetto a quello di chi rende possibile, limitato a una sfera più ristretta, il nesso tra condizionante e condizionato non è meno intenso» PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, op. cit., 79 ss.

Il discorso è diverso rispetto alla posizione del beneficiario della condotta che non abbia fornito alcun contributo materiale, nemmeno in termini di agevolazione, la cui posizione potrebbe al limite essere ricondotta a quella del concorrente morale nel reato.

Tuttavia tale possibilità, perché non si risolva in un surrettizio criterio di imputazione oggettiva, deve rimanere legata alla scelta del criterio causale da utilizzare per l'individuazione del contributo morale rilevante ai fini del concorso di persone. Così, mentre il criterio della causalità condizionale consentirebbe di circoscrivere l'area della partecipazione concorsuale alle sole condotte che abbiano contribuito al risultato criminoso, quantomeno in misura agevolatrice, un criterio causale alternativo potrebbe conferire rilievo concorsuale anche a condotte non necessarie, sostituibili o addirittura ininfluenti.

Si impone pertanto un approfondimento dei criteri che consentono di affermare la rilevanza concorsuale delle condotte di partecipazione morale, dal momento che la punibilità del mero beneficiario economico della condotta, in mancanza di un apporto materiale, dipenderebbe proprio dalla possibilità di ravvisare nella sua posizione un contributo morale alla realizzazione del risultato illecito.

3. Il contributo morale nel concorso di persone nel reato

La rilevanza causale della condotta di ciascun concorrente pone un ulteriore problema circa l'individuazione del contributo minimo necessario ai fini della realizzazione della fattispecie concorsuale.

A tal fine l'art. 115 c.p. esclude la punibilità dell'accordo per commettere un reato a cui non faccia seguito la sua esecuzione (cd. "tentativo di concorso"), così individuando tale livello minimo nella realizzazione concorsuale di atti idonei diretti in modo non equivoco alla commissione di un reato (cd. "concorso nel tentativo")²⁰.

L'estensione dell'area della responsabilità concorsuale che, come rilevato, rappresenta il rischio di un modello unitario quale quello di cui all'art. 110 c.p., si realizza grazie al ricorso all'istituto del concorso morale. Questo può rappresentare infatti una forma residuale di compartecipazione delittuosa in tutti i casi in cui manchi la prova di un contributo materiale alla realizzazione della condotta illecita²¹.

²⁰ Una certa dottrina ipotizza invece che l'art. 115 c.p. escluderebbe la rilevanza penale delle sole ipotesi dell'accordo a cui non sia stata data esecuzione alcuna e dell'istigazione non accolta, ferma restando negli altri casi la punibilità del tentativo di concorso. CAMAIONI, *Riflessione sul tentativo di concorso nel reato e tentativo di reato in concorso*, in *Riv. ita. dir. pen. proc.*, 2005, 1069 ss.

²¹ È il caso, ad esempio, dei soggetti posti ai vertici delle organizzazioni criminali di tipo mafioso, consi-

Tradizionalmente, il concorso morale di persone nel reato può avere ad oggetto le condotte di istigazione e di accordo: mentre quest'ultimo attiene al nucleo organizzativo dell'impresa criminosa, traducendosi in una condivisione anziché nella semplice adesione al fatto illecito altrui²²; l'istigazione comprende a sua volta la determinazione e il rafforzamento del proposito criminoso altrui.

La prima condotta consiste nel far sorgere in altri un proposito criminoso prima inesistente, richiedendo quindi un condizionamento significativo della libertà di scelta altrui²³; la seconda presuppone invece la preesistenza del proposito criminoso nella psiche dell'autore²⁴.

In assenza della prova di un contributo materiale, è possibile che vi siano comunque elementi che consentano di ricondurre la posizione di un soggetto alla compartecipazione psichica quali, ad esempio, la conoscenza della condotta delittuosa, la condivisione delle finalità perseguite, la vicinanza ad altro soggetto autore materiale del reato o ancora, come qui più specificamente interessa, il beneficio economico conseguito dal reato.

Può accadere che il concorso morale venga rintracciato in tali elementi laddove, invece, questi ultimi potrebbero rappresentare solo l'indice di un'eventuale partecipazione penalmente rilevante che deve tuttavia essere accertata in concreto, essendo richiesto un collegamento causale in termini di determinazione o rafforzamento del proposito criminoso altrui.

È noto infatti come la mera conoscenza o anche l'adesione morale all'azione altrui, essendo condotte passive prive di un reale contributo collaborativo,

derati concorrenti morali degli omicidi "eccellenti" materialmente realizzati dagli affiliati, per il solo fatto della posizione ricoperta all'interno di un'associazione fortemente verticistica (Cass., Sez. I, 28 novembre 1995, in *Foro it.*, 1996, II, 587). Si ritiene tuttavia che le tematiche inerenti alla criminalità organizzata, pur interessando la materia del concorso morale, esulino dal presente lavoro che si intende riferito alle forme di criminalità economica e, conseguentemente, non saranno oggetto di trattazione.

²² Sul punto SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, 154 ss.

²³ Si segnala a questo riguardo MANNA, *Corso di Diritto penale, op. cit.*, 513, secondo il quale «l'accordo, invece, non deve essere confuso con la mera conformità di opinioni o di intenti, in quanto tale forma di concorso morale presuppone non solo una manifestazione di adesione ideologica, bensì un vero e proprio incontro di volontà che implichi la disponibilità a fornire, se pure in forma eventuale, un proprio contributo alla realizzazione del piano criminoso, non diversamente, cioè, dal senso in cui si intende il termine "accordo", di cui all'art. 1321 c.c., nella nozione di contratto».

²⁴ SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale, op. cit.*, 152 ss. esclude dall'area di rilevanza del rafforzamento psichico, oltre alla mera tolleranza dell'azione altrui, «tutte quelle casistiche variamente definite come ipotesi di adesione, di solidarietà o di stabilizzazione del proposito altrui, commesse in genere alla mera presenza sul luogo del reato, di certo irrilevanti penalmente sia per la loro indimostrabilità causale, sia per l'assenza di una condotta significativa di condizionamento». Secondo l'A. il rafforzamento psichico presuppone poi, da parte dell'autore principale, un «intenso stato emotivo che ne diminuisca in modo significativo la capacità razionale di autogoverno».

non integrino la fattispecie concorsuale ma siano, al limite, qualificabili come forme di connivenza non punibile²⁵. Si tratta di condotte in ultima analisi omissive e, come tali, punibili solo in presenza di un obbligo giuridico di impedimento²⁶.

Alla luce della distinzione rispetto alla connivenza non punibile, è quindi evidente che il contributo morale rilevante ai fini del concorso di persone nel reato è soltanto quello causalmente efficiente, ossia quello che si risolve nella determinazione o nel rafforzamento del proposito criminoso altrui, poiché solo in questo caso si realizza una collaborazione rispetto all'altrui condotta materiale.

L'applicazione dei principi in tema di causalità condizionale nel concorso di persone nel reato presenta, tuttavia, notevoli difficoltà nel passaggio dal concorso materiale a quello morale; tanto da giungere a porre in dubbio che la causalità psicologica costituisca una vera e propria forma di causalità²⁷.

In realtà, una volta effettuato il passaggio dalla fattispecie monosoggettiva a quella concorsuale, il dato distintivo sotto il profilo causale rimane, anche rispetto alla causalità psicologica, la stretta connessione alle concrete modalità di realizzazione del fatto incriminato.

Il problema si pone semmai sul piano dell'accertamento probatorio dal momento che, ai fini del concorso morale di persone nel reato, è richiesta la prova: dell'intenzione di provocare il fatto istigato, che rimane un elemento

²⁵ «Com'è noto, la distinzione tra connivenza non punibile e concorso nel reato va individuata nel fatto che, mentre la prima postula che l'agente mantenga un comportamento meramente passivo, inidoneo ad apportare alcun contributo alla realizzazione del reato, nel concorso di persone punibile è richiesto, invece, un contributo partecipativo - morale o materiale - alla condotta criminosa altrui, caratterizzato, sotto il profilo psicologico, dalla coscienza e volontà di arrecare un contributo concorsuale alla realizzazione dell'evento illecito (...) assicurando all'altro concorrente, anche implicitamente, una collaborazione sulla quale questi può contare [...]. Il concorso ex art. 110 c.p., esige, infatti, un contributo causale in termini, sia pur minimi, di facilitazione della condotta delittuosa, mentre la semplice conoscenza o anche l'adesione morale, l'assistenza inerte e senza iniziative a tale condotta, non realizzano la fattispecie concorsuale (...)» (Cass., Sez. IV, 27 maggio 2014, n. 24615, T.L. e altro, in *Dir. & gius.*, fasc. 1, 2014, 125, con Nota di FOTO). Per quanto concerne la tendenza giurisprudenziale a trasformare la mera presenza sul luogo del reato in un'ipotesi di concorso morale mediante rafforzamento del proposito criminoso altrui Cass., Sez. II, 8 maggio 2013, n. 28855, B.T. e altro, in *Foro it.*, Rep. 2013, 731.

²⁶ Sulla rilevanza degli obblighi di garanzia in tema di concorso morale di persone nel reato si v. MANNA, *Corso di Diritto penale*, op. cit., 515 ss.

²⁷ Tale dubbio è stato rilevato da STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000, 102 ss.; CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di Canestrari-Fornasari, Bologna, 2001, 187. Addirittura FIORE-FIORE, *Diritto penale*, op. cit., 582, nel porre il problema dei limiti di rilevanza del contributo ai fini del concorso di persone nel reato, distinguono tra concorso causale e concorso psichico, come se quest'ultimo non avesse ad oggetto un collegamento causale al pari del concorso materiale.

imprescindibile, sia pure sotto il profilo soggettivo; della idoneità causale della condotta istigatrice rispetto al fatto in concreto realizzato²⁸.

Astrattamente considerata, la posizione del mero beneficiario economico della condotta sembra correttamente riconducibile a quella del connivente non punibile, fintanto che il suo contributo non si sostanzi in una collaborazione che si ponga quale causa dell'evento.

Applicando il modello causale condizionalistico, infatti, la partecipazione morale penalmente rilevante è quella senza la quale l'autore materiale non avrebbe commesso il reato.

Il problema risiede quindi nell'adattamento del modello condizionalistico allo specifico caso del concorso morale e nell'accertamento del relativo collegamento causale.

È evidente che, a differenza della causalità materiale, quella psichica non può essere ricondotta a leggi scientifiche di copertura, dal momento che ha ad oggetto connessioni inafferrabili e irripetibili che non consentono generalizzazioni né indagini probabilistiche²⁹.

Per la sua applicabilità alla causalità morale, il modello condizionalistico richiede allora di essere integrato con un parametro diverso da quello tradizionalmente individuato nelle leggi scientifiche di copertura, criterio che risulta insoddisfacente rispetto ai collegamenti psicologici. Tale diverso parametro è stato quindi individuato nelle leggi "sociali" di copertura a base statistica, che conferirebbero rilevanza concorsuale alle condotte idonee a condizionare la psiche altrui.

²⁸ SERENI, *Istigazione al reato e autoreponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, op. cit., 143 ss. ricollega il tema oggetto di indagine al principio di autoreponsabilità nel quadro delle libertà costituzionali. In tale prospettiva, la definizione del tipo di condizionamento rilevante ai fini del concorso morale deve tenere conto dello spazio di libertà garantito dalla costituzione e, in primo luogo, della libertà di opinione. Pertanto, riprendendo alcune note sentenze della Corte costituzionale in materia di istigazione a delinquere e apologia di reato che affermavano la punibilità della sola istigazione che, per le sue modalità concrete di manifestazione, potesse essere considerata azione, l'A. individua quali connotati dell'azione istigatrice l'intenzione e la causalità in concreto. Tali elementi devono essere oggetto di un rigoroso accertamento, pena la confusione dell'istigazione con la variabile del rischio tipica della colpa e posto che, nella prospettiva dell'A., «l'istigazione è irrilevante già come modo di causazione del reato; che è lo stesso a dire: l'istigazione non può essere considerata di norma un fatto penalistico [...]. L'istigazione dunque è un (fattore di) rischio che un ordinamento liberale quale il nostro mette in conto e che, entro certi limiti, è costretto a tollerare se l'obiettivo è [...] la libertà di autorealizzazione dell'individuo. Ciò pure se l'uso di questa libertà non produca in concreto alcun frutto positivo immediato, ma anzi ponga a repentaglio (in quanto istigazione) beni tutelati dal diritto penale». Sul punto, da ultimo, CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017, 91 ss.

²⁹ Sul punto si v. MESSINA, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale. Percorsi giurisprudenziali e nuovi orizzonti di confronto fra scienza e diritto*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 1139 ss.

Sulla base di un modello condizionalistico così adattato al caso del concorso morale, la rilevanza causale di un comportamento sull'altrui volontà consegue quindi ad un giudizio di probabilità logica fondato sulle circostanze del caso concreto. Sulla base di tale giudizio, pur non essendo possibile formulare una regola generale, deve potersi affermare che, limitatamente ad un determinato caso, uno specifico comportamento ha condizionato l'altrui volontà³⁰.

L'accertamento del concorso morale è pertanto strettamente connesso alle circostanze del caso concreto: sebbene sia talvolta possibile elaborare regole generali rispetto alle condotte di determinazione dell'altrui proposito criminoso, ciò non è mai possibile per quelle di rafforzamento che richiedono un concreto accertamento del reale contributo offerto³¹.

L'indagine deve quindi essere estesa sul piano concreto del caso di volta in volta in questione, poiché solo così è possibile accertare se il beneficiario economico della condotta si sia limitato ad aderire passivamente all'altrui condotta illecita o, invece, vi abbia contribuito moralmente quantomeno rafforzando l'altrui proposito criminoso già esistente.

Secondo una determinata opinione, l'atteggiamento di tolleranza da parte dei vertici gestionali rispetto alla realizzazione di un illecito all'interno dell'impresa può, a certe condizioni, equivalere a direttiva o incoraggiamento impliciti di tale comportamento in ragione del beneficio che ne deriva³².

³⁰ «La “contestualizzazione” della causalità psichica non comporta [...] un pregiudiziale abbandono del modello della *condicio sine qua non* né tanto meno il possibile riconoscimento da parte dell'interprete di legami causali affettivi, anche su base psicologica. Essa comporta, piuttosto, la necessaria integrazione del modello condizionalistico con parametri “di supporto” idonei a vagliare su basi oggettivamente attendibili i meccanismi di interazione personale [...]. Il comportamento di A dovrà così essere ritenuto causalmente rilevante nei confronti della condotta di B quando, in base a parametri di *probabilità logica* e sempre fatto salvo il rigoroso riscontro delle circostanze del caso concreto, potrà ritenersi normalmente in grado di incidere sull'altrui capacità di autodeterminazione, condizionandola» RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, op. cit., 75.

³¹ «Ne deriva che la prova del concorso morale nel reato plurisoggettivo, e più in generale quella della causa psichica non può prescindere dalla ricostruzione del fatto concreto, pur se di natura indiziaria, anche al fine di escludere i decorsi alternativi realisticamente prospettabili» MESSINA, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale. Percorsi giurisprudenziali e nuovi orizzonti di confronto fra scienza e diritto*, op. cit., 1144. «Insomma: la “causalità” della partecipazione (non solo “psichica”) non rientra nello schema della “sussunzione sotto leggi”, ma neanche in quello – eccessivamente estensivo – della pura “prognosi”: è semplicemente riscontro materiale, *per facta*, dell'*effettività* del contributo del partecipe, nel senso di un suo reale inserimento nella dinamica della concreta attuazione criminosa. Si tratta, cioè, di accertare se il partecipe abbia messo “qualcosa di suo” nella realizzazione criminosa, rendendola quindi *parzialmente propria*» RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, op.cit., 76 ss.

³² FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 237; SELVAGGI, *La tolleranza del vertice d'impresa tra 'inerzia' e 'induzione al reato'. La responsabilità penale ai confini tra commissione e omissione*, Napoli, 2012.

Nemmeno tuttavia il contesto organizzativo aziendale consentirebbe di trasformare in azione istigatoria la condotta dell'imprenditore o dirigente che, a ben considerare, omette di impedire il reato del sottoposto. Diversamente, potrebbe equivalere ad un'istigazione implicita la ricompensa della condotta delittuosa dei sottoposti attraverso la promessa di vantaggi quali, ad esempio, premi retributivi o scatti di carriera³³.

4. La rilevanza del caso concreto nella prova della causalità psichica

Da quanto osservato emerge che la configurabilità di un'ipotesi di concorso morale nel reato è inscindibilmente connessa agli elementi concreti del fatto materiale e che l'accertamento della causalità psichica tra la condotta di partecipazione morale e l'evento illecito è svolto sulla base di leggi sociali di copertura.

La condotta tenuta dal beneficiario economico del reato va dunque apprezzata sulla base di tali parametri poiché, in assenza di un contributo materiale, potrebbe dirsi penalmente rilevante solo in quanto causalmente efficiente in termini di partecipazione morale.

Si prende pertanto atto, da una parte, che la sussistenza del collegamento psichico corrisponde alla coincidenza tra reato istigato e reato realizzato: il fatto posto in essere dall'autore materiale deve tradurre concretamente quello voluto dall'autore morale che ne ha determinato o rafforzato il proposito criminoso, sia sul piano soggettivo dell'intenzione, sia su quello oggettivo della causalità.

Dall'altra parte, si aderisce alla soluzione che lega la causalità morale al caso concreto e all'applicazione di leggi sociali di copertura; a prescindere dalla disputa secondo cui la rinuncia alle leggi scientifiche, proprie della causalità materiale, comporterebbe la creazione di una causalità diversa ed ulteriore rispetto a quella delineata in maniera unitaria dal legislatore³⁴.

Potrebbe sembrare che la giurisprudenza non agevoli una ricostruzione giuridica sul punto poiché, in ragione della atipicità della disciplina del concorso di persone nel reato, conferisce rilievo al solo piano probatorio della partecipazione morale causalmente efficiente, così impedendo di ricavare dal caso concreto una regola di carattere generale³⁵.

³³ SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, op. cit., 172 ss.

³⁴ Sul punto RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, op. cit., 75 e CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato*, op. cit., 99 ss.

³⁵ «Ai fini della prova del contributo dato da un soggetto nella commissione di un reato, compreso quello che si manifesta nella forma della condotta di istigazione, il giudice di merito deve dare conto degli

In realtà, conformemente alla ricostruzione teorica effettuata e ad un orientamento ormai consolidato ma non sempre rigorosamente seguito, è proprio nella prova concreta di tale contributo atipico che deve rintracciarsi la regola generale in tema di concorso morale di persone nel reato: la atipicità del contributo concorsuale stabilita all'art. 110 c.p. non può essere confusa con l'indeterminatezza o l'indifferenza probatoria delle forme di manifestazione della condotta criminosa³⁶. A tale regola corrisponde un obbligo motivazionale del giudice in merito alla concreta forma di manifestazione della partecipazione morale e alla sua efficacia causale sulla condotta altrui³⁷.

La citata giurisprudenza ha poi precisato che il consenso tacito è escluso dalle possibili forme di manifestazione del concorso morale poiché, non traducendosi in una condotta esteriore, non consentirebbe di accertare la determinazione o il rafforzamento dell'altrui proposito criminoso.

Le medesime pronunce avrebbero così permesso di individuare i caratteri distintivi del contributo psichico rilevante ai fini del concorso di persone nel reato nella specificità, puntualità ed efficienza della condotta: questa deve sostanziarsi in un'attività percepibile, tesa a determinare o rafforzare l'altrui proposito criminoso ovvero ad agevolare l'ideazione, la preparazione o l'esecuzione, ponendosi in rapporto di efficienza causale rispetto alla realizzazione del reato³⁸.

Alla stregua di tale giurisprudenza, il beneficiario economico dell'illecito potrà quindi dirsi concorrente nel reato ai sensi dell'art. 110 c.p. soltanto qualora non si sia limitato a prestare un tacito consenso rispetto all'altrui opera criminosa bensì laddove, invece, sia adeguatamente dimostrato e motivato

elementi fattuali dai quali ricavare l'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato, precisando sotto quale forma essa si sia concretamente manifestata, tenuto conto delle emergenze processuali di cui si dispone, in rapporto di causalità efficiente con le attività delittuose poste in essere dagli altri concorrenti - morali o materiali che siano - non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale con l'indifferenza del suo manifestarsi» (Cass., Sez. I, 28 novembre 2014, n. 7643, V. V. e altro, in *Mass. Uff.*, n. 262310).

³⁶ Il principio, poi ripreso dalla sentenza citata nella precedente nota, è stato affermato da Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, Andreotti, in *Giur. it.*, 2004, 1230 (con Nota di SANTORIELLO).

³⁷ È «obbligo preciso del giudice di merito motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione del complice morale nella fase ideativa o preparatoria del crimine e precisare sotto quale forma essa si fosse manifestata, essendosi concretata in specifiche condotte di istigazione, determinazione, rafforzamento o agevolazione, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti» Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, Andreotti, cit.

³⁸ «Nulla però suggerisce la Corte in merito ad eventuali criteri ulteriori - e più efficaci - di riscontro probatorio dei meccanismi di interazione personale. (...) l'atipicità del contributo concorsuale di cui all'art. 110 c.p. è indeterminatezza: una indeterminatezza pericolosa da cui pare salvarsi, al momento, solo il consenso tacito in quanto puntualmente escluso dal novero delle potenziali condotte di partecipazione morale» RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, op. cit., 64.

che lo stesso abbia in concreto tenuto una condotta specifica, puntuale e (soprattutto) causalmente efficiente in termini di determinazione o rafforzamento dell'altrui proposito rispetto al reato in concreto realizzato.

Essendo tuttavia i caratteri distintivi delle condotte rilevanti ai fini del concorso morale difficilmente riconducibili a categorie determinate, dal momento che trovano la propria conferma o smentita solo in sede di applicazione e motivazione da parte del giudice, si ritiene che l'applicazione dell'esposto principio sul piano probatorio imponga il massimo rigore.

Diversamente, il rischio sarebbe infatti quello di qualificare come concorso morale condotte negative che, soprattutto all'interno dell'impresa, pur dimostrando una certa contiguità rispetto all'illecito in termini di conoscenza e tacita adesione ad esso, avrebbero in realtà ad oggetto la sanzione dell'omesso impedimento del reato, in assenza di una posizione di garanzia penalmente rilevante ed in totale omissione del necessario collegamento causale³⁹.

In mancanza di un rigoroso accertamento probatorio, il menzionato rischio si tradurrebbe pertanto nell'imputazione della responsabilità penale sulla base di un criterio oggettivo, di fatto coincidente con la sola attribuzione della qualità di beneficiario economico di una condotta altrui, a prescindere da qualsivoglia collegamento causalmente con il contegno psichico tenuto.

5. L'indebita equiparazione tra beneficio economico e concorso morale nel reato

L'analisi svolta in merito alla disciplina sostanziale e giurisprudenziale della causalità concorsuale e del contributo psichico nel concorso di persone nel reato è essenziale al fine di delineare, distinguendola, la posizione del mero beneficiario economico della condotta.

Tale posizione corrisponde a quella negativa di colui che, non apportando alcun contributo alla realizzazione dell'illecito, si avvantaggia del risultato favorevole che dallo stesso deriva.

In assenza di qualsivoglia collegamento causale, la condotta del mero beneficiario non dovrebbe potersi ritenere illecita. Può invece accadere che tale condotta venga ritenuta penalmente rilevante attraverso la sua riconduzione all'istituto del concorso morale poiché, in assenza di un contributo materiale e nell'impossibilità di accertare un nesso causale, il beneficio economico ottenuto lascerebbe comunque intendere una qualche partecipazione al reato. Si tratterebbe però di una pericolosa scorciatoia che, a ben considerare, si

³⁹ Si possono menzionare, quali esempi tra loro opposti, le sentenze Cass., Sez. VI, 16 aprile 1998, Craxi, in *Cass. pen.*, 1998, 3039 e Id., Sez. V, 21 gennaio 1998, Cusani, in *Cass. pen.*, 1998, 3101.

porrebbe in aperto contrasto con la struttura del reato, eludendone gli elementi fondamentali ed aggirando il divieto di imputazione oggettiva della responsabilità.

In effetti l'ottenimento di un vantaggio, soprattutto se di carattere economico, può costituire un indizio o il movente del possibile coinvolgimento nella realizzazione concorsuale del reato che lo ha generato.

È tuttavia altrettanto indubitabile come, in applicazione della regola stabilita all'art. 192, co. 2, c.p.p., non sia consentito equiparare l'indizio o il movente di un reato alla prova dello stesso: in assenza di ulteriori riscontri, l'aver ricevuto un beneficio economico non può di per sé dimostrare la partecipazione, materiale o morale, alla condotta illecita che ha generato il vantaggio stesso.

Tale conclusione infatti, oltre che imposta sul piano sostanziale dalla necessaria verifica del collegamento causale, risulterebbe anche sul piano processuale attraverso la distinzione tra prova e indizio o movente.

Il movente infatti «*pur potendo costituire elemento di conferma del coinvolgimento nel delitto del soggetto, [...] quando per la sua specificità ed esclusività, converge in una direzione univoca, tuttavia, conservando di per sé un margine di ambiguità, funge da elemento catalizzatore e rafforzativo della valenza probatoria degli elementi positivi di prova della responsabilità, dal quale poter inferire logicamente, sulla base di regole di esperienza consolidate e affidabili, l'esistenza del fatto incerto - l'attribuibilità del crimine al [...] mandante -, in quanto, soltanto a condizione che, all'esito dell'apprezzamento analitico di ciascuno di essi e nel quadro di una valutazione globale di insieme, gli indizi, anche in virtù della chiave di lettura offerta dal movente, si presentano chiari, precisi e convergenti per la loro univoca significazione*»⁴⁰.

In termini generali, quanto alla distinzione tra prova e indizio o movente, la giurisprudenza è univoca nel ricollegare la certezza del fatto oggetto di accertamento alla sola prova laddove, invece, l'indizio «*fornisce nulla di più di una traccia indicativa di un percorso logico argomentativo che può avere diverse sfaccettature*»⁴¹.

⁴⁰ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, Andreotti, cit.

⁴¹ Si tratta di quanto messo in evidenza dalla sentenza Cass., Sez. V, 21 febbraio 2014, Maggi, in *Mass. Uff.*, n. 259552 che ricollega alla sola prova il carattere della credibilità e della certezza, mentre l'indizio imporrebbe al giudice un'ulteriore indagine di tipo probabilistico in merito ai suoi possibili significati. Tale soluzione si pone in linea con quanto autorevolmente stabilito da Cass., Sez. un., 4 febbraio 1992, Musumeci, in *Mass. Uff.*, n. 191230 che definiva l'indizio come fatto certo dal quale, attraverso l'applicazione di regole di esperienza, si perviene alla dimostrazione di un fatto incerto secondo lo schema del "sillogismo giudiziario". La distinzione è pacificamente riconosciuta nella sostanza anche dalla dottrina che effettua tale distinzione sulla base dell'attività di verifica svolta dal giudice: secondo un certo indirizzo, nel caso di prova, tale attività riguarda la sola veridicità delle dichiarazioni rese mentre,

La sovrapposizione tra indizio e prova si avrebbe in concreto nel caso di equiparazione, ai fini del concorso di persone nel reato, tra beneficio economico tratto dall'altrui condotta illecita e partecipazione psichica all'illecito che ha generato il vantaggio economico, a causa del carattere potenzialmente indeterminato dell'istituto del concorso morale.

Tale indeterminatezza, riprendendo la giurisprudenza a Sezioni Unite in materia di concorso morale e il principio ivi affermato⁴², può derivare dall'atipicità della disciplina di cui all'art. 110 c.p., in ragione delle analizzate difficoltà insite nel trasferimento del meccanismo della causalità materiale alla causalità psichica.

Le argomentazioni svolte sul piano sostanziale sono replicate su quello processuale, esigendosi una prova rigorosa ed adeguatamente motivata della specifica forma di manifestazione della partecipazione morale e della sua efficienza causale.

Deve essere accertato che il beneficio economico conseguito converga con altri indizi, così come stabilito dalla regola generale di cui all'art. 192, co. 2, c.p., affinché insieme «*diano la concreta misura dello specifico contributo causale e psicologico dato dal singolo membro, in qualità di mandante dell'iniziativa, all'ideazione, deliberazione e organizzazione del crimine*»⁴³.

6. Il caso del delitto di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p.

La distinzione tra beneficiario economico della condotta e concorrente nel reato può tradursi in un esonero del primo da responsabilità penale quando, sulla base di un rigoroso accertamento giudiziale, non emergano elementi da cui desumere una concreta partecipazione alla condotta delittuosa, anche laddove ricorra un interesse al compimento del reato. È ciò che si è verificato, ad esempio, rispetto ad alcune fattispecie riconducibili al delitto di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p.

In particolare, in un recente caso concernente l'affidamento di un incarico pubblico in violazione della normativa e dei criteri stabiliti per la nomina, è stata valutata la possibile rilevanza, ai fini del concorso morale, della posizio-

nel caso di indizio, ha ad oggetto il loro significato (CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 580 ss.); secondo altro indirizzo, rispetto agli indizi, l'attività del giudice comprende anche l'utilizzo di leggi probabilistiche mentre, rispetto alle prove, sono utilizzate soltanto leggi logiche e scientifiche (UBERTIS, *La prova penale*, Torino, 1995, 44 ss.). Un ulteriore indirizzo distingue invece tra prova diretta e prova indiretta affermando che solo la prima incide sull'oggetto del *thema decidendum* (SANTORIELLO, *Indizi*, in *Dig. Pen.*, Torino, 2013).

⁴² Ci si riferisce alla citata sentenza Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, Andreotti, cit. e al principio ivi stabilito, poi ripreso anche da Cass., Sez. I, 28 novembre 2014, n. 7643, cit.

⁴³ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, Andreotti, cit.

ne di un terzo soggetto, influente esponente politico locale, oggettivamente ritenuto beneficiario della condotta illecita in quanto notoriamente vicino alla persona abusivamente nominata a favore della quale aveva pubblicamente espresso la propria preferenza⁴⁴.

In tale circostanza la Corte ha compiuto un'analisi dell'atteggiamento tenuto dal potenziale concorrente nel reato, compreso tra istigazione a delinquere ed interesse al suo compimento, ricercando la prova dell'efficienza causale della condotta negativa sulla base del criterio probatorio di cui all'art. 192, co. 2, c.p.p.

La prova richiesta da tale disposizione, conformemente a quanto stabilito dalla citata pronuncia a Sezioni unite ripresa dalla Corte nella soluzione del caso in esame, si sarebbe dovuta aggiungere al movente, nello specifico costituito dalla manifestazione dell'interesse a che fosse preferito ai fini del conferimento dell'incarico il soggetto poi effettivamente nominato.

Secondo quanto affermato dalla Cassazione, dal momento che il movente rimane un mero indizio, lo stesso non può essere da solo sufficiente a fondare un'affermazione di responsabilità penale a carico di un individuo, nemmeno in relazione ad una condotta di partecipazione morale e nonostante le difficoltà di un suo accertamento giudiziale⁴⁵.

Tale recente pronuncia si pone quindi in linea di continuità rispetto alla citata sentenza a Sezioni unite, richiedendo che il concorso morale del beneficiario sia provato, con specifico riferimento alla sua efficienza causale, sulla base di elementi che non corrispondono al solo movente o al solo vantaggio conseguito.

Analogamente, una diversa e più risalente giurisprudenza aveva già escluso che la sola coincidenza tra la richiesta avanzata dal privato e il provvedimento

⁴⁴ Si tratta della vicenda oggetto della sentenza Cass., Sez. VI, 5 luglio 2013, Pagano, in *Mass. Uff.*, n. 256608.

⁴⁵ «È pacifico - almeno formalmente - che il movente non possa essere sufficiente a condannare l'imputato; se non che i confini della certezza si assottigliano notevolmente quando si tratta - come nella specie - di valutare il semplice contributo "morale" alla consumazione del reato da altri commesso. Non avendo, per definizione, l'accusato materialmente fatto nulla, tutto si svolge nella sfera dei contenuti della volontà: sicché può sembrare - ad una valutazione superficiale - che in quest'ambito il valore proprio del "motive" assuma una nuova ed assoluta connotazione. La Cassazione ha voluto escludere, ancora una volta, proprio l'accettazione di un simile ragionamento, poiché l'interesse a che un evento si compia non significa aver istigato alla commissione di un reato volto a produrre l'evento desiderato. Vi è, infatti, un margine di insopprimibile ambiguità o, per meglio dire, di equivocità del fatto in questione che è e rimane, anche nella partecipazione morale, un dato semplicemente indiziario e come tale deve sempre essere trattato dal giudice alla stregua dei parametri legali di cui all'art. 192 comma 2 c.p.p. già citato» DE FRANCESCO, *Non c'è istigazione se vi è stato semplice interesse a che uno dei candidati sia favorito rispetto agli altri* (nota a Cass. pen., Sez. VI, 5 luglio 2013, n. 39030), in *Dir. & gius.*, 2013, 1100.

emesso dal pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio) potesse fondare il concorso dell'*extraneus* nell'abuso d'ufficio del soggetto intraneo⁴⁶.

Non sarebbe infatti possibile ravvisare alcun apporto concorsuale del privato beneficiario del provvedimento nella mera istanza volta al suo ottenimento poiché il privato è soggetto estraneo all'attività e alle regole che ne condizionano l'emissione.

L'istanza volta all'ottenimento del provvedimento potrebbe rilevare ai fini del concorso morale del privato nel reato proprio, ma soltanto unitamente ad elementi ulteriori che ne dimostrino l'efficienza causale, in termini psichici, rispetto alla condotta materiale dell'*intraneus*.

Né il preventivo accordo tra privato e *intraneus*, rilevante ai fini del concorso morale al pari della determinazione e del rafforzamento del proposito criminoso altrui, può sostanzarsi nella mera richiesta del provvedimento favorevole.

Sono quindi necessari elementi fattuali dai quali sia possibile desumere un'effettiva incidenza psichica sulla condotta posta in essere dal soggetto pubblico. Tra questi non rientra nemmeno il mero ottenimento di un ingiusto vantaggio patrimoniale, ancorché consapevolmente accettato da parte del privato, in quanto di per sé privo di qualsivoglia efficacia dimostrativa di una reale partecipazione causalmente efficiente⁴⁷.

Come noto, l'essenza del delitto di cui all'art. 323 c.p. risiede nell'abusività della condotta, ossia nella violazione di legge o di regolamento, unitamente all'intenzionalità delle conseguenze vantaggiose o svantaggiose che ne deriva-

⁴⁶ «La prova che un atto amministrativo è il risultato di collusione tra privato e pubblico funzionario non può essere dedotta dalla mera coincidenza tra la richiesta del primo e il provvedimento posto in essere dal secondo, essendo, invece, necessario che il contesto fattuale, i rapporti personali tra le parti o altri dati di contorno dimostrino che la presentazione della domanda è stata preceduta, accompagnata o seguita da un'intesa col pubblico funzionario o, comunque, da pressioni dirette a sollecitarlo, ovvero a persuaderlo al compimento dell'atto illegittimo» Cass., Sez. VI, 29 maggio 2000, n. 8121 in *Guida al Dir.*, 7 ottobre 2000, 37, 6 ss. Nello stesso senso anche la successiva pronuncia Cass., Sez. VI, 14 giugno 2007, n. 37531, Serione, in *Mass. Uff.*, n. 238027.

⁴⁷ «Seppure l'abuso d'ufficio è un reato "proprio" che può essere, quindi, commesso solo da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, è tuttavia pacificamente configurabile il concorso del privato destinatario dei benefici conseguenti all'atto abusivo. Peraltro, a tal fine, è pur sempre necessaria la dimostrazione che questi abbia posto in essere una condotta tale da aver svolto un ruolo "causalmente rilevante" nella realizzazione della fattispecie criminosa. Tale partecipazione dell'*extraneus* all'abuso posto in essere dal soggetto qualificato può, quindi, comprendere oltre alla determinazione e all'istigazione (eventualmente anche a mezzo di intermediari) anche l'accordo criminoso. [...] Ciò posto, nel difetto probatorio di un effettivo contributo causale, la eventuale mera consapevolezza da parte dei prevenuti di essere stati favoriti dalla illegittimità dell'atto, o la loro semplice accettazione dell'ingiusto vantaggio patrimoniale a loro derivato, sono circostanze del tutto inadeguate a configurare una responsabilità a titolo concorsuale, a meno che, a norma dell'art. 40 c.p., costoro avessero l'obbligo giuridico di impedire l'evento» Cass., Sez. VI, 29 maggio 2000, n. 8121, *cit.*

no⁴⁸. Queste caratteristiche rendono penalmente rilevante il compimento di un atto che, in loro assenza, sarebbe invece pienamente lecito.

Per poter concorrere moralmente nel delitto, si richiede quindi che l'*extraneus* condivida in qualche modo l'abusività e l'intenzionalità della condotta del soggetto pubblico. Tale condivisione non ricorre laddove il primo si limiti alla semplice richiesta del provvedimento o all'accettazione dell'ingiusto vantaggio che ne deriva, circostanze queste che ricorrono anche rispetto a fatti pienamente leciti e che, quindi, non sono idonei a rendere punibile una condotta.

La richiesta da parte del privato dimostra il suo interesse all'ottenimento del provvedimento che, una volta conseguito, rappresenta il beneficio derivante dalla condotta; non vale però a dimostrare una sua collusione rispetto alla condotta materiale del soggetto pubblico.

È tale collusione che determina l'illiceità della condotta del privato e che, sostanziandosi nell'accordo con l'*intraneus* o nel compimento di pressioni nei suoi confronti dirette all'ottenimento dell'atto, purché debitamente dimostrati, deve aggiungersi alla richiesta del provvedimento la quale, di per sé, può infatti ugualmente riguardare una condotta sia lecita sia illecita⁴⁹.

Analoga questione è stata poi oggetto di una risalente pronuncia che ha escluso ogni responsabilità in capo ad un soggetto che, a seguito della preordinazione da parte di terzi di un bando di gara attraverso l'inserimento di requisiti specifici in suo possesso, veniva assunto presso una struttura pubblica⁵⁰.

Anche in questo caso, infatti, la Corte ribadisce l'impossibilità di far discendere la prova del concorso di persone nel reato dalla qualità di beneficiario della condotta abusiva, in assenza di ulteriori riscontri⁵¹.

⁴⁸ MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004.

⁴⁹ «Ai fini della configurabilità del concorso del privato nel delitto di abuso d'ufficio, l'esistenza di una collusione tra lo stesso privato ed il pubblico ufficiale non può essere dedotta dalla mera coincidenza tra la richiesta dell'uno ed il provvedimento dell'altro, essendo necessario che il contesto fattuale, i rapporti personali tra i predetti soggetti, nonché altri dati di contorno, dimostrino che la domanda del privato sia stata preceduta, accompagnata o seguita quanto meno dall'accordo con il pubblico ufficiale, se non da pressioni dirette a sollecitarlo o persuaderlo al compimento dell'atto illegittimo» Cass., Sez. VI, 11 luglio 2014, in *Mass. Uff.*, n. 260031. Nello stesso senso anche Id., Sez. VI, 23 giugno 2015, n. 33760, Lo Monaco e altro, in *Cass. pen.*, 2016, 2, 607.

⁵⁰ Cass., Sez. VI, 11 febbraio 1999, Morgagni, in *Mass. Uff.*, n. 213481.

⁵¹ «Osserva questa Suprema Corte che [...] gli elementi, che il giudice di merito assume a dimostrazione della partecipazione al reato da parte di P. M. a titolo di concorso, sono del tutto insufficienti ed inadeguati allo scopo e costituiscono una arbitraria conclusione basata su semplice supposizione secondo cui il destinatario, peraltro indiretto, del vantaggio derivante dall'abuso debba in questo necessariamente concorrere. L'aver partecipato al concorso ed avere successivamente accettato l'incarico non provano affatto il concorso della imputata nel fatto del pubblico ufficiale [...]» Cass., Sez. VI, 11 febbraio 1999, Morgagni, cit.

In questo caso la contestazione era sì per abuso d'ufficio ma riguardava un fatto che, con l'entrata in vigore della legge n. 136 del 2010, sarebbe oggi riconducibile al delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente introdotto all'art. 353-*bis* c.p.

Si ritiene pertanto che le argomentazioni esposte in merito alla posizione del beneficiario economico della condotta possano valere anche rispetto alle fattispecie di turbativa di cui agli artt. 353 e 353-*bis* c.p.

7. Il caso del delitto di omessa dichiarazione di cui all'art. 5 del D.lgs. n. 74/2000

In una sentenza piuttosto famosa sia per gli approdi raggiunti in punto di diritto sia per la notorietà dei soggetti coinvolti, la Cassazione si è occupata anche del possibile concorso dei beneficiari economici di un'operazione fiscale di c.d. "esterovestizione", riguardante una società inserita in un più ampio gruppo di imprese, nel reato di omessa dichiarazione di cui all'art. 5 del D. Lgs. n. 74/2000 materialmente ascritto all'amministratore di altra società collegata⁵².

Secondo la Corte, l'ipotesi accusatoria fondava la responsabilità concorsuale dei soggetti coinvolti sulla posizione o qualifica ricoperta all'interno dell'azienda e sul beneficio economico connesso all'operazione di esterovestizione, trovando riscontro nella loro partecipazione alla gestione dell'impresa⁵³.

In considerazione della natura di reato omissivo proprio unisussistente dell'omessa dichiarazione, la Cassazione ha rilevato come la partecipazione morale dovesse porsi in relazione causale rispetto alla condotta omissiva dell'autore materiale, ossia la mancata presentazione della dichiarazione da parte dell'amministratore tenuto all'adempimento fiscale, anziché rispetto all'operazione di esterovestizione⁵⁴.

⁵² Si tratta della sentenza Cass., Sez. III, 24 ottobre 2014, Gabbana e altri, in *Mass. Uff.*, n. 265118.

⁵³ «La responsabilità ipotizzata dall'accusa si basa sul ruolo formalmente e sostanzialmente disimpegnato da ciascuno dei correi nell'ambito delle rispettive attribuzioni di competenza: è questo il filo che lega il fatto proprio dell'amministratore D. A. alla responsabilità dei complici. I Giudici di merito si diffondono a lungo sulle responsabilità individuali dei singoli coimputati, ma il "leitmotiv" è uno solo: il concorso nella esterovestizione della società "Gado S.a.r.l." che, nella logica del provvedimento impugnato, si pone come l'unica causa di corresponsabilità. Causa che, a sua volta, si ravvisa nella collaborazione nel management dell'impresa [...]. Tutti gli imputati sono ritenuti concorrenti nel reato per aver ideato, progettato, attuato l'esterovestizione della società tenendo comportamenti coerentemente espressivi del relativo management ad essi riconducibile sotto ogni profilo» Cass., Sez. III, 24 ottobre 2014, Gabbana e altri, cit.

⁵⁴ «Il reato omissivo proprio unisussistente [...] si consuma alla scadenza del termine stabilito per l'adempimento. La decisione di omettere l'azione antidoverosa, quando non condizionata da costringimento fisico o errore indotto (incontestabilmente esclusi nel caso di specie), appartiene al dominio

Quanto alla specifica condotta in contestazione, tuttavia, dalla ricostruzione accusatoria non emergeva nessun apporto psichico, in termini di determinazione o rafforzamento del proposito criminoso né di preventivo accordo causalmente rilevanti.

Il contributo morale sarebbe stato infatti ravvisabile solo rispetto all'operazione di esterovestizione societaria che, tuttavia, non era direttamente riconducibile alla specifica condotta di omessa dichiarazione oggetto dell'imputazione.

La Cassazione si è dunque pronunciata nel senso di escludere la penale responsabilità dei soggetti che nella prospettazione accusatoria avrebbero concorso con l'autore materiale del reato, non potendo la partecipazione morale dei primi essere provata sulla base di elementi che, ai fini del reato in contestazione, non rilevano nemmeno per il secondo⁵⁵.

Anche tale pronuncia si pone quindi nel solco tracciato dalla giurisprudenza già citata, impedendo che, in assenza di un'efficienza causale della condotta in contestazione, di una posizione di garanzia penalmente rilevante o di un'ipotesi di concorso necessario, dalla qualità di beneficiario economico della condotta altrui venga fatto discendere il concorso morale nel reato altrui.

Come rilevato, infatti, per poter essere considerato concorrente nel reato ai sensi dell'art. 110 c.p., il beneficiario che non fornisce alcun apporto materiale alla consumazione del reato deve quantomeno partecipare moralmente alla specifica condotta che ne costituisce la realizzazione. La prova del suo contributo psichico deve poi fondarsi su elementi concreti, non bastando a tal fine la sola consapevolezza o financo la condivisione dell'altrui proposito illecito, in assenza di un atteggiamento causalmente efficiente che si sostanzia in un preventivo accordo ovvero nella determinazione o rafforzamento dell'altrui proposito criminoso.

finalistico dell'autore sicché la libera volontà che in esso si esprime non si pone in relazione di causa-effetto con condotte altrui. Il concorso di persone è dunque configurabile solo in forma morale, sotto il profilo della istigazione o dell'accordo a non compiere quella specifica condotta (nel caso di specie la mancata presentazione in Italia delle dichiarazioni annuali indicate nella rubrica), non altre» Cass., Sez. III, 24 ottobre 2014, Gabbana e altri, cit.

⁵⁵ «I Giudici di merito, dunque, cadono nell'errore di ritenere elementi costitutivi del reato fatti e comportamenti del tutto eterogenei e totalmente estranei, sotto ogni profilo, morale e materiale, alla fattispecie di reato. Non v'è alcuna relazione causale tra le condotte (rectius: ruoli e qualifiche) ascritte ai correi e la volontà istantanea e unisussistente del D. A. di non presentare le dichiarazioni dei redditi in Italia. Ancor di più, non hanno alcuna rilevanza, ai fini del concorso nel reato omissivo proprio unisussistente, i comportamenti (esterovestizione di Gado) del tutto estranei al fatto e allo stesso addebito che può essere mosso nei confronti dell'autore principale del reato. Se non sono rilevanti per quest'ultimo, a maggior ragione non possono esserlo nei confronti dell'estraneo» Cass., Sez. III, 24 ottobre 2014, Gabbana e altri, cit.

Il caso esposto ha permesso di introdurre il tema del concorso morale del beneficiario economico nel campo degli illeciti tributari compiuti dal soggetto formalmente tenuto all'adempimento dei relativi obblighi.

In questo settore, il problema del concorso morale potrebbe astrattamente porsi anche nel caso, tutt'altro che infrequente, in cui gli adempimenti tributari siano delegati ad un professionista esterno all'impresa o ad una specifica funzione aziendale; con conseguente dissociazione tra soggetto formalmente tenuto all'obbligo tributario e soggetto che effettivamente vi adempie, od omette di farlo, rendendosi autore materiale di una condotta illecita.

Prima ancora che un problema di concorso, rispetto ai reati tributari si pone tuttavia un problema di delega, dal momento che la materia è tuttora dominata dal principio secondo cui gli adempimenti tributari hanno natura strettamente personale e non ammettono sostituti, non essendo a tal fine consentita l'estensione della disciplina generale in materia di delega di funzioni di cui al D. Lgs. 81/2008⁵⁶.

8. Il caso del concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale di cui all'art. 216, co. 3, L. fall.

Beneficiario economico è anche il creditore che riceve il pagamento del proprio credito dall'imprenditore poi dichiarato fallito ponendosi, laddove il primo sia preferito agli altri creditori in violazione della *par condicio creditorum*, un problema di concorso nella bancarotta preferenziale del fallito⁵⁷.

L'art. 216, co. 3, L. fall. punisce il solo imprenditore fallito che abbia eseguito un pagamento preferenziale di cui il creditore risulta beneficiario: non essendo previsto il concorso necessario di quest'ultimo, la sua punibilità è subordinata all'applicazione della disciplina sul concorso di persone nel reato di cui all'art. 110 c.p.

⁵⁶ In questo senso si segnalano, a titolo meramente esemplificativo, Cass., Sez. IV, 13 aprile 2016, B. A., in *www.cassazione.net* e Id., Sez. III, 21 maggio 2013, C.L. e altri, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*. Sul punto, «il sospetto è che in realtà i giudici abbiano finito per costruire una sorta di presunzione assoluta di responsabilità in capo al contribuente, escludendo così di fatto ogni rilevanza, anche soggettiva, della delega» PISTORELLI, *Breve rassegna della giurisprudenza penale tributaria in materia di delega di funzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 745 ss. Sul punto si veda SCAROINA, *La delega di funzioni in materia tributaria tra dogmi e principi fondamentali del Diritto penale*, in *www.penalecontemporaneo.it* in cui l'A. si pronuncia a favore del riconoscimento di efficacia in ambito tributario alla disciplina della delega di funzioni di cui al D. Lgs. n. 81/2008. Tale estensione sarebbe giustificata, analogamente a quanto avviene nel campo della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, dalla strumentalità della materia penale tributaria rispetto alla tutela dell'interesse fiscale dello Stato e dalla conseguente fungibilità degli obblighi tributari, finalizzati alla protezione del bene giuridico e non alla correttezza in sé della condotta del soggetto qualificato.

⁵⁷ MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, 2016, Roma, 10 ss.

Allo stesso tempo, la disciplina civilistica riconosce al creditore la facoltà di chiedere l'immediato adempimento del proprio credito al debitore che si è reso insolvente, così come stabilito dall'art. 1186 c.c.

Pertanto, la possibilità che il creditore beneficiario del pagamento concorra nel delitto di bancarotta preferenziale dell'imprenditore fallito deve essere contemperata con il diritto del creditore stesso di chiedere l'adempimento del proprio credito in esecuzione di una facoltà legittima. Sarebbe infatti contraddittorio se l'ordinamento riconoscesse al creditore la facoltà di domandare al debitore insolvente l'adempimento e, allo stesso tempo, punisse la medesima condotta a titolo di concorso nel delitto di bancarotta preferenziale o pretendesse che tale facoltà conviva con l'opposto obbligo di rifiutare tale pagamento.

Nel tempo la giurisprudenza ha mutato orientamento sul punto richiedendo, ai fini della punibilità a titolo concorsuale del beneficiario del pagamento, ora la condivisione del medesimo elemento soggettivo dell'imprenditore fallito, ora un apporto causale determinante alla violazione della *par condicio creditorum*⁵⁸.

In base ad un primo e più risalente orientamento, si riteneva sufficiente che il creditore, oltre ad essere a conoscenza dello stato di insolvenza dell'imprenditore, fosse consapevole del favore accordatogli con il pagamento e del corrispondente danno subito dagli altri creditori. In tale prospettiva infatti, ciò determinava per il creditore un obbligo di rifiutare l'adempimento del proprio credito prevalente, per specialità, sulla facoltà di richiederne il pagamento a norma dell'art. 1186 c.c.⁵⁹.

L'attuale (nonché prevalente) orientamento richiede invece che, non essendo sufficiente la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'imprenditore, il creditore abbia fornito un contributo causale determinante, istigando, sollecitando o comunque agevolando il pagamento preferenziale e rendendosi così concausa della violazione della *par condicio creditorum*⁶⁰.

⁵⁸ SOANA, *I reati fallimentari*, Milano, 2012, 220.

⁵⁹ Cass., Sez. V, 8 aprile 1968, Cianfrocca, in *Mass. Uff.*, n. 108461; Id., Sez. V, 7 marzo 1973, Gualtieri, *ivi*, n. 124708. Sul punto si veda anche BRICHETTI-PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto*, Milano, 2011, 168 ss.

⁶⁰ Tale orientamento è riconducibile a Cass., Sez. V, 24 settembre 2008, Manganello, in *Mass. Uff.*, n. 241740 secondo cui «l'art. 1186 c.c. legittima il creditore ad esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente e, pertanto, la mera conoscenza dello stato di insolvenza da parte del creditore, che sollecita il pagamento di un credito non scaduto, non è di per sé elemento idoneo a concretare un concorso del creditore nel reato di bancarotta preferenziale. Tuttavia, il concorso del creditore sussiste se egli sia partecipe dello scopo di favorire o abbia addirittura sollecitato l'illecita preferenza». Questa soluzione trova conferma nella successiva giurisprudenza tra cui, ad esempio, Cass., Sez. V, 20 maggio 2014, n. 40998, Concu, in *Mass. Uff.*, n. 262189.

Al pari quindi della citata giurisprudenza sul concorso morale del beneficiario economico di un illecito, anche per il creditore destinatario del pagamento preferenziale è richiesto, per fondare la sua partecipazione concorsuale al reato fallimentare, un contributo causalmente efficiente rispetto alla realizzazione della condotta illecita.

Il mero beneficio ottenuto non è di per sé sufficiente ai fini della rilevanza penale del comportamento del creditore preferito al quale, quindi, è richiesto qualcosa in più rispetto alla semplice ricezione o accettazione del pagamento⁶¹.

Se infatti da una parte la mera accettazione del pagamento offerto o financo sollecitato non è di per sé sufficiente ad aggiungere alcunché alla fattispecie già prevista dall'art. 216, co. 3, L. fall. e dalla stessa norma ritenuta priva di illiceità; dall'altra parte lo stesso non potrebbe dirsi per condotte quali, ad esempio, la minaccia di presentare istanza di fallimento che, non essendo limitata ad un contegno meramente passivo, si risolverebbe in un apporto ulteriore rispetto a quanto previsto dalla citata norma di riferimento⁶².

La soluzione, come per le altre fattispecie esaminate in precedenza, passa dunque per una rigorosa applicazione della disciplina generale sul concorso di persone nel reato che, come rilevato, richiede un apporto causalmente rilevante alla realizzazione del fatto illecito, non potendo la responsabilità penale concorsuale coincidere con la mera qualità di beneficiario economico della condotta altrui.

A ben considerare poi, l'esposta soluzione è anche suggerita dalla stessa norma incriminatrice di cui all'art. 216, co. 3, L. fall. che, pur considerando l'accettazione del pagamento preferenziale da parte del creditore, non ne pre-

⁶¹ Pertanto, «è, innanzitutto, necessaria la consapevolezza da parte del creditore del carattere preferenziale dell'atto, della sua dannosità per la generalità degli altri creditori nonché dello stato prefallimentare del debitore. È, poi, tuttavia, indispensabile, sotto il profilo oggettivo, che questi abbia istigato, determinato (rafforzato il suo proposito criminoso) od aiutato il debitore insolvente ad effettuare il pagamento [...]. Il tutto con una condotta che, allora, deve essere - dal punto di vista oggettivo - diversa ed ulteriore rispetto a quella di mera ricezione od accettazione di una prestazione dovuta costituendo queste ultime condotte un fatto successivo - privo di rilevanza penale - al pagamento qui sanzionato» SOANA, *I reati fallimentari*, op. cit., 220. Sul punto anche CERQUA, *Il concorso del creditore favorito nel delitto di bancarotta fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 367.

⁶² La medesima distinzione è fatta da AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 4, Bologna, 2016, 326 secondo cui «la questione va risolta distinguendo le situazioni. In primo luogo, va preso in considerazione il caso in cui il creditore accetti il pagamento in fase anteriore al fallimento. In questo caso, sia pure con riferimento ad una eventuale condotta che non si limiti alla sola passiva accettazione ma ponga in essere un'attiva sollecitazione del pagamento, tale comportamento illecito andrebbe scriminato, nell'ottica dell'cause di giustificazione, quale esercizio del diritto derivante dall'art. 1186 c.c. Per contro, integrerebbe la condotta materiale del reato un comportamento che esorbiti dalla richiesta di pagamento, quale la minaccia di presentare istanza di fallimento».

vede il concorso necessario nel reato, residuando così l'applicabilità della disciplina del concorso eventuale di cui all'art. 110 c.p.⁶³.

Per determinare in cosa debba sostanziarsi l'apporto causalmente rilevante del creditore preferito bisogna poi fare riferimento alla casistica concreta e, in particolare, alle ipotesi in cui lo stesso si renda parte attiva ai fini dell'esecuzione del pagamento prima che questo venga disposto; ferma restando la potenziale efficacia scriminante dell'esercizio di un diritto rispetto alle condotte di sollecitazione del pagamento che rientrino nella normalità della pratica commerciale⁶⁴.

In conclusione, la soluzione dei casi esaminati è stata rintracciata, da parte della giurisprudenza di legittimità, nella riaffermazione delle regole di parte generale in tema di causalità.

Il problema della possibile rilevanza concorsuale della qualità di beneficiario economico della condotta illecita è stato poi affrontato sul piano della prova dell'efficacia causale del suo contributo. Un simile accertamento richiede quindi la dimostrazione concreta dell'apporto materiale o morale prestato, che non può coincidere col solo possesso della qualità di beneficiario economico della condotta illecita.

Tale qualità può costituire un indizio del reato ma, non potendosi confondere l'indizio con la prova, non può valere a dimostrare la partecipazione concorsuale al reato in assenza di ulteriori riscontri. Soltanto infatti la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti permette di selezionare i contributi penalmente rilevanti, dal momento che la qualità di beneficiario economico potrebbe essere di per sé comune a condotte sia illecite sia lecite.

Così, se da una parte nell'abuso d'ufficio e nella turbativa d'asta l'illiceità non può risiedere nella mera corrispondenza tra provvedimento chiesto e provvedimento ottenuto; dall'altra il creditore non concorre nella bancarotta dell'imprenditore fallito per il solo fatto di avere accettato l'adempimento del

⁶³ «Ciò è conforme alla nozione stessa di concorso eventuale nel reato ed alla distinzione con il concetto di concorso necessario previsto quest'ultimo dalle norme incriminatrici di parte speciale che assoggettano a pena le condotte descritte (quindi tipiche) di tutti i concorrenti mentre le norme sul concorso eventuale rendono tipiche (in ossequio al principio di legalità) condotte non previste espressamente dalle norme incriminatrici ma che forniscono un contributo, morale o materiale, all'autore» cfr FAVA, *Bancarotta preferenziale*, in GHIA-PICCININNI-SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, Vol. 6, *I reati delle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, Milano, 2012, 144.

⁶⁴ FAVA, *Bancarotta preferenziale*, *op. cit.*, 145. Sulla legittimità del pagamento sollecitato dal creditore preferito anche PEDRAZZI, *Sub artt 216 - 217*, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, GALGANNO (a cura di), Bologna-Roma, 1995, 116 ss.

proprio credito, essendo in entrambi i casi richiesto un *quid pluris* tale da poter considerare la condotta del beneficiario economico causalmente efficiente rispetto alla realizzazione dell'evento.