

QUESITI

GAETANO INSOLERA

Per favore, non trattiamo il teleologismo ad orecchio.

1. Sono i casi e i processi nei quali essi vengono affrontati a sottoporci continuamente questioni interpretative delle disposizioni sostanziali e processuali e del loro intrecciarsi: molteplici sono le possibili combinazioni che ne determinano l'applicazione

1.1 Ad un imputato l' accusa contesta, in concorso con altri, una truffa pluriaggravata ai danni dello Stato, con l'aggravante speciale di cui all' art. 416 *bis*.1 c.p., e, in continuazione, il concorso nel reato di cui all' art. 476 commi 1 e 2, nella forma prevista dall'art. 482, con l'aggravante del nesso descritto dall' art. 61 n. 2 c.p. Anche questa imputazione è accompagnata dalla aggravante speciale di cui all'art. 416 *bis*.1 c.p. L' ipotesi è quella del fine di agevolare una determinata associazione di tipo mafioso. Il reato associativo è contestato, nello stesso processo, ad altri soggetti: nessuno dei quali è però indicato come concorrente nei reati di falso e truffa.

Questa la struttura dell'imputazione.

Occorre chiedersi in che termini essa possa influire sulla individuazione della competenza territoriale.

La griglia normativa di riferimento è quella che intreccia gli artt. 8 e 9 c.p.p. agli artt. 12 e 16 c.p.p.

La prima questione da porsi è chiara: può individuarsi un rapporto di connessione ai sensi dell'art. 12 c.p.p. tra il reato di associazione di tipo mafioso e quelli di falso e truffa?

Una risposta positiva darebbe luogo all'applicazione dell' art. 16, 1° comma: con la fissazione della competenza nel distretto in cui si ritiene consumato il delitto associativo, considerata la sua maggiore gravità. Soluzione che potrebbe fare riferimento alla decisione delle SS.UU. n. 53390/17 che, in una parte del principio di diritto affermato, non ritiene necessaria «...l' identità degli autori ai fini della configurabilità della connessione teleologica prevista dall' art. 12, comma 1, lett. c, cod. proc. pen.».

Tuttavia per giungere a questa conclusione – apparentemente facile – bisogna chiedersi se ne sussista il presupposto che la dovrebbe sorreggere.

Possiamo affermare che sussista una connessione *ex art.* 12 c.p.p.? Più precisamente, che sia applicabile la lett. c): vero è che la fattispecie della lettera a)

se è, come vedremo, presente a proposito del rapporto tra il falso e la truffa, non ricorre quanto a quello con la contestazione associativa. Lo stesso deve dirsi per l'ipotesi della lettera b).

Non resta quindi che confrontarci con la previsione della lett. c): «*se dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri*». Come è noto, formula diversa e meno ampia, voluta dalla L. n. 63/2001, sia, rispetto al disposto dell'art. 61, n. 2, sia, soprattutto, alla modifica introdotta dalla L. n. 8/1992.

In tema di competenza territoriale, si è dato rilievo alle sole ipotesi del nesso teleologico e di quello ipotattico, escludendo il nesso paratattico o di coordinazione («*o in occasione di questi ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo di un altro reato*»).

2.1 Si è già detto, non vi è un'imputazione *ex art. 416 bis* c.p., neppure nei confronti dei concorrenti nei reati di falso e truffa.

Una particolarità del caso potrebbe consentire però un'obiezione a questo argomento.

Vero è infatti che la formulazione della contestazione associativa mossa ad altri soggetti richiama processi già svoltisi, in alcuni casi con decisioni definitive: un passaggio utile ai fini dimostrativi dell'accusa per dimostrare anzitutto la esistenza di quel particolare sodalizio mafioso nel contesto spazio-temporale individuato. Il *tempus commissi delicti* del reato è individuato «*dal 2004 e tutt'ora permanente*».

La fisiologia probatoria dell'accusa nella ricostruzione del fatto punito dall'art. 416 *bis* c.p. impone anzitutto di dimostrare l'esistenza di un'associazione riconducibile alla previsione normativa: vedremo quanto sia importante in questo caso ricordare come non sia punita l'associazione criminale, l'ente criminale, ma specifiche condotte che, diversamente previste quanto a gravità, ad essa afferiscono.

Va da sé che qualsiasi teoria si segua a proposito del rapporto tra ente criminale e condotte individuali, la prova deve essere fornita anzitutto sulla esistenza di un sodalizio tipico ai sensi del 3° comma dell'art. 416 *bis*. Esistenza in atto, considerata la tipologia cd. mista scelta per quel reato associativo.

Il tema in esame si iscriva in un processo, che costituisce una "costola" di quanto narrato nel capo riguardante l'associazione criminale. L'onere probatorio che l'accusa ha inteso assolvere risponde anche alla volontà di scartare ogni dubbio sulla stessa sussistenza di mafie "delocalizzate"-tematica, oggi assai dibattuta, che in questa sede però non rileva.

Torniamo a quanto ci interessa. A ciò che si potrebbe obiettare, sulla base dell'imputazione mossa al concorrente nel falso e nella truffa, alla tesi della assenza di un rapporto con il capo della imputazione associativa, ai fini dell'individuazione del nesso teleologico e quindi della competenza territoriale.

Il richiamo a decisioni già intervenute a proposito dell'esistenza della "costola" mafiosa radicata in un certo territorio, consentirebbe anche di fare riferimento ad alcuni soggetti condannati come associati, a vario titolo presenti come concorrenti nei reati di falso e truffa. Inoltre, in una imputazione associativa già decisa in primo grado, tra gli scopi delittuosi del sodalizio, proprio all'inizio della descrizione del fatto, compare, senza specificazioni ulteriori, l'"affare" che avrebbe concretizzato il falso e la truffa [per altro esso, richiamato nel contesto di una lunga elencazione di diverse attività criminali, è posto specificamente in relazione, a fatti diversi, al «reimpiego di denaro di provenienza delittuosa in attività economiche»].

2.2 Prima di precisare le ragioni della incompetenza territoriale del giudice chiamato a decidere della più grave imputazione associativa in virtù dell' art. 12, lett. c) e dell' art. 16 c.p.p., può essere utile richiamare alcuni aspetti dogmatici in tema di delitti associativi che, talvolta, vengono trascurati.

-Anzitutto la già richiamata autonoma punibilità del fatto tipico descritto dall'art. 416 *bis*, ricorrente nel *genus* delle fattispecie associative per la peculiarità di sussistere "per ciò solo". Con la conseguenza di trovare sostanza a prescindere dalla realizzazione dei fini illeciti che l'organizzazione programma [solo per completezza indichiamo la peculiarità dell'art. 416 *bis* che, anche in ragione della sua struttura mista, affianca, in virtù del metodo di cui al 3° comma, anche finalità in se non illecite].

-Punibilità per la sola appartenenza al sodalizio dicevamo, che prescinde dalla realizzazione e dalla partecipazione dell'affiliato a uno o più delitti scopo. Come è noto la giurisprudenza a quest'ultima eventualità assegna un forte valore indiziario, che, tuttavia, non può confondersi con quanto attiene al problema della definizione sostanziale del tipo criminoso.

-Non è questa la sede per ripercorrere la complessa trama delle controversie esegetiche che hanno connotato l'individuazione della sostanza di ciò che si possa affermare "essere parte di una associazione criminale": un tema che ha visto il proprio terreno di dibattito privilegiato a proposito della individuazione del confine tra partecipazione e concorso eventuale nei delitti associativi.

In estrema sintesi: dal contesto delle opinioni formatesi sulla differenza tra

partecipazione “interna” e concorso “eventuale”, si può cogliere l’affermazione in giurisprudenza della posizione che coglie la specificità dell’*intraneus* in una dimensione “organizzatoria”, di appartenenza all’organigramma dell’ente illecito, richiedendosi invece un indispensabile accertamento del contributo causale, da apprezzarsi *ex post*, per la figura del concorrente eventuale.

Quali prime conclusioni ricaviamo da queste premesse, utili per risolvere la questione di competenza?

Torniamo alla formula dell’art. 12 lett. c).

Si può affermare che la truffa e il falso siano stati commessi per eseguire o per occultare specifiche condotte configuranti forme di partecipazione associativa?

È un’ipotesi che non trova conferma dalla stessa lettura dell’imputazione e dagli atti di indagine.

Questo risultato dipende da un dato che abbiamo evidenziato: l’art. 416 *bis* non sanziona l’associazione in quanto tale, in quanto ente illecito, ma le condotte che ad essa afferiscono.

La giurisprudenza che in tema di partecipazione ha superato il modello causale, fornendo una ricostruzione in chiave organizzatoria della condotta dell’*intraneus*, ci conduce ad un modello che individua una sorta di *status*, caratterizzato dalla permanenza, dalla disponibilità dell’affiliato che cessa o con la scoperta e la neutralizzazione dell’intero sodalizio criminale o con la dissociazione individuale.

Se andiamo al nostro caso, queste caratteristiche avrebbero potuto essere congeniali all’individuazione della connessione tra delitto associativo e delitti scopo di falso e truffa, in base alla formula della lett. c), così come fu introdotta dalla L. n. 8 del 20 gennaio 1992, istitutiva dalla Direzione nazionale antimafia: in base a quel nesso paratattico, ossia di “coordinazione”. Come sappiamo formula soppressa nel 2001, tornando così alla definizione originaria della competenza per connessione in base al solo nesso teleologico. Anche la più recente sentenza delle SS.UU. (n. 53390/17 che ha superato il precedente orientamento sulla necessaria identità tra autori del reato fine e del reato mezzo) ha riaffermato comunque la necessaria individuazione di un preciso legame finalistico.

Ed è questo ad essere carente nel caso in base alle osservazioni precedenti sulla struttura del delitto associativo: se pure dall’imputazione si ipotizza una condotta agevolatoria dell’attività criminale dell’ente illecito, questa non è affatto riconducibile alla nozione di nesso teleologico come fattispecie in cui

uno o più reati siano commessi al solo scopo di realizzare un reato fine, nell'unità del processo volitivo, unità intesa come consapevolezza di commettere il reato mezzo allo scopo di commettere il reato fine (così, ad es., Cass. n. 46134/2009). Nesso da individuarsi tra condotte illecite individuali, non tra condotte illecite individuali e operatività di un ente e di un ordinamento giuridico [illecito].

Può essere utile constatare la distanza tra la formula dell'art. 12 e quella che nel nostro ordinamento disciplina - ad altri fini - un tipo di relazione strutturalmente affine a quella di cui stiamo ragionando.

Ci riferiamo alla formula a cui si è ricorsi proprio per dare il criterio di imputazione della responsabilità amministrativa da reato ad un ente [lecito].

In presenza di determinati presupposti di autore, il reato è ascritto alla *societas*, se commesso nell'interesse o a vantaggio della stessa (art. 5 D.lgs. n. 231/2001)

Breve: lo spazio occupato dal caso di specie dovrebbe essere individuato ed esaurirsi, proprio nella contestata aggravante dell'art. 416 *bis* n. 1.

Da escludere una *vis attrattiva* del delitto associativo.

A costo di indulgere al superfluo, concludiamo sul punto come, in virtù del 3° comma dell'art. 371 c.p.p., non possa certamente confondersi la disciplina delle indagini collegate con una deroga alla regolamentazione per individuare il giudice naturale competente.

Dovrebbe risultare chiaro come la questione dell'individuazione del giudice competente debba essere risolta alla stregua del rapporto tra le due incriminazioni di falso materiale e truffa, entrambe aggravate proprio dalla finalità «*di aver agito per agevolare l'attività dell'associazione di stampo mafioso*». A questo proposito le due incriminazioni sono palesemente avvinte da un nesso teleologico, tipico e ricorrente nel rapporto tra reati di falso e truffa.

Potremmo dire che l'aggravante di natura soggettiva - ed è la logica che ha presieduto alla sua introduzione - vuole proprio inquadrare con particolare rigore fattispecie concrete in cui il fatto illecito sia commesso con intento agevolatorio dell'ente illecito, della complessiva vita criminale del sodalizio. "Nell'interesse o a vantaggio" se riprendiamo il lessico del D.lgs. n. 231/2001. Occorre quindi far operare le due incriminazioni nell'ambito della griglia normativa che intreccia gli artt. 8 e 9 c.p.p. agli artt. 12 e 16 c.p.p.

Una premessa: considerata la ricorrenza dell'aggravante speciale a corredo di entrambe le imputazioni, in virtù di quanto disposto dall'art. 51 comma 3 *bis* c.p.p., si pongono le regole sulla competenza del "binario" antimafia. Posto

che ora connessione c'è, eccome, il criterio è quello dell'art. 16, 1° comma c.p.p.: diviene decisiva l'individuazione del reato più grave, posto che non possiamo parlare di un medesimo *locus commissi delicti*, per entrambi i reati.

La questione dovrebbe ritenersi risolta in favore del giudice competente per il falso in atto pubblico fidefacente, più grave della truffa, anche con la diminuzione di pena *ex art.* 482 c.p.

Perché siamo ricorsi al condizionale?

Dall'imputazione si ricava che il reato meno grave si ritiene, correttamente, consumato nel luogo in cui si assume operi l'associazione, in ragione del verificarsi del profitto in quel luogo.

In chiusura del capo riguardante il falso materiale fidefacente, si ricorre, invece, alla formula «*fatto commesso in luogo non conosciuto*», con l'evidente conseguenza di farci ricadere nella previsione della ultima clausola suppletiva dell'art. 9 c.p.p., accentrando la competenza per entrambi i reati nello stesso distretto che deve conoscere dell'associazione di tipo mafioso.

Dobbiamo così chiederci se sia corretta la individuazione fatta – o meglio non fatta – da parte dell'accusa del *locus commissi delicti* del reato di falso.

4.1 Il criterio di determinazione della competenza previsto dall'art. 9 comma 3 c.p.p., che individua la competenza del giudice nel luogo in cui ha sede l'ufficio del pubblico ministero che ha iscritto per primo la notizia di reato sul registro di cui all'art. 335, ha carattere di estrema sussidiarietà, ed è applicabile pertanto solo quando è impossibile il ricorso ai criteri fissati dall'ordine di precedenza stabilito dagli artt. 8 e 9 commi 1 e 2 (ad es. Cass. sez. II, 23 gennaio 1997, n. 1312).

Si deve notare come l'individuazione del giudice competente in base alle regole suppletive dell'art. 9 nn. 2 e 3, a ben vedere, avvenga in base a criteri determinati da scelte riconducibili alle parti. L'imputato per il n. 2, il PM per il n. 3.

Di rilievo in questo senso la decisione in tema delle SS.UU. (16/7/2009, n. 40537) che attribuisce al criterio del n. 1 una rilevanza di carattere generale e integrativa e non suppletiva rispetto a quelli dell'art.8.

«L'art. 9 indica delle regole suppletive da applicarsi nelle ipotesi in cui i criteri posti dall'art. 8 non consentano di individuare il giudice competente per territorio. Esse si trovano in rapporto di gradualità, nel senso che ognuna, per essere validamente applicata, presuppone che si sia invano tentata

l'utilizzazione della precedente. L'ordine posto, da ritenersi vincolante, non può subire alterazioni» (Macchia, *sub art. 9*, in *Commentario al c.p.p.* a cura di Amodio-Dominioni, I, Milano, 1989, 50).

4.2 Possiamo avvicinarci alle ragioni che non consentono di ricorrere al criterio sussidiario.

Anzitutto, nel nostro caso non si tratterebbe di due segmenti sullo stesso piano: non ragioniamo di priorità della iscrizione tra due diversi Uffici di Procura.

È solo la Procura antimafia competente per il delitto associativo ad aver proceduto: cosa consentita dal richiamato art. 371 c.p.p., che può perdurare anche per l'intero corso delle indagini preliminari, ma che dovrebbe cessare alla loro conclusione con lo stralcio e la trasmissione alla Procura competente, affinché possa adire il giudice naturale competente.

Chiarito ciò, sorgono almeno due domande, in base ai riferimenti normativi che ci siamo dati.

Dall'esame degli atti di indagine può ricavarsi che la Procura che ha proceduto abbia invano tentata l'utilizzazione dei criteri che precedono quello di sussidiarietà estrema dati dall'art. 9, n. 3? Dovrebbe essere chiaro come già questa risposta ci consenta di rintracciare od escludere un arbitrario eccesso di discrezionalità nella decisione di quale sia il giudice naturale competente.

La seconda domanda: dagli atti di indagine a disposizione risulta in termini di elevata e ragionevole credibilità la possibilità che il falso sia stato confezionato e, quindi, commesso in un luogo diverso da quello di consumazione della truffa?

A questo punto occorre che, in questa sorta di esercitazione su un caso proposto dalla prassi, si permetta un salto logico nella argomentazione: si ipotizzi una risposta negativa al primo quesito - ipotizziamo che non risultino attività investigative volte ad ottenere il risultato attraverso gli altri criteri prioritari - e un responso positivo al secondo - che attraverso inferenze indiziarie si individui il luogo di commissione del falso materiale.

In base a questi presupposti ipotizzati va affrontato un altro argomento.

E torniamo su un terreno dogmatico, di diritto sostanziale e alle sue conseguenze sul piano processuale.

Se la tematica del falso ideologico ha visto un dispiegamento dottrinale e giurisprudenziale imponente, non altrettanto può dirsi a proposito di quello materiale.

Il nostro caso dà l'occasione per una riflessione di carattere generale.

Nel falso materiale di cui agli artt. 476-482 c.p. la prova del *tempus e del locus commissi* rischia di essere una *probatio diabolica*: come individuare quando e dove il soggetto privo di qualifica soggettiva funzionale ha fabbricato l'inganno?

Eccettuando i casi in cui si postulino falsi che per la loro realizzazione, ad esempio, necessitano dell'uso di macchinari scoperti in un certo luogo, potrebbe accadere di doversi affidare alla confessione del reo: con un paradosso evidente, che affida allo stesso la scelta del tempo, del luogo del reato e dello stesso giudice!

Ciò deve indurre ad una interpretazione coerente, ragionevole e di sistema, nel rapporto tra diritto sostanziale e processuale, e questo in particolar modo nel caso dell'art. 482 c.p.

La tratizia e sbrigativa affermazione che individua il *locus commissi delicti* del reato, definito istantaneo e di pericolo astratto, dove il falso è stato confezionato, deve essere adeguata all'utilizzo di un percorso indiziario che valorizzi la razionale credibilità della soluzione: certamente da scartare, in ogni caso, l'opzione per un criterio sussidiario come quello dell'art. 9 n. 3, che finisce per essere meramente arbitrario.

Ma, a questi effetti, la soluzione più corretta, proposta - ed è quella del nostro caso - è rinvenibile anche in dottrina risalente, ma che non ha perso di autorità e coerenza.

Ci riferiamo alla sintetica ma efficace affermazione di Antolisei: «*La consumazione dei reati in parola si verifica al momento in cui è condotta a termine la contraffazione o l'alterazione giuridicamente rilevante* (enfasi nostra). *Non vi è alcuna valida ragione per escludere, come talora si è ipotizzato in dottrina, la configurabilità del tentativo*» (*Diritto penale*, PS. II, a cura di C.F. Grosso, Milano 2016, 245).

La soluzione sta e cade in quel "giuridicamente rilevante": se la mera confezione del documento può dar luogo all'ipotesi tentata, la consumazione si realizza solo con la produzione di un effetto giuridico.

Nel nostro caso esso si è verificato con l'emissione di un atto dispositivo della Pubblica amministrazione ottenuto con l'inganno perpetrato attraverso la produzione di un atto pubblico fidefacente contraffatto. La giuridica rilevanza dell'atto si è prodotta in un luogo diverso - la sede dell'ufficio pubblico ingannato - da quello in cui si è realizzato il profitto della frode.

