

TEMI D'ATTUALITÀ

UGO PIOLETTI

Elusione di misure cautelari in difesa della proprietà, del possesso o del credito e “coercizione indiretta”

Il saggio si confronta con l'interpretazione della disposizione incriminatrice prevista dal secondo comma dell'art. 388 c.p. (con esclusione della previsione relativa all'affidamento di minori o di altre persone incapaci) secondo la quale la stessa tutelerebbe l'“interesse all'effettività della tutela giurisdizionale”. Tale interpretazione della fattispecie determina un ampliamento della sua area applicativa e trasforma la stessa in una previsione “ingiunzionale” o, in altri termini, in una sorta di “norma penale in bianco”. L'effettività della tutela giurisdizionale civile è, invece, garantita, nei suoi diversi aspetti, da una serie articolata di disposizioni, anche non penali, mentre la fattispecie in oggetto dovrebbe essere interpretata in stretto parallelismo con quella prevista dal primo comma essendo, come quest'ultima, destinata a sottoporre a pena quegli atti o fatti di “occultamento” - giuridico o naturalistico - di garanzie patrimoniali in una situazione di “incombenza” dell'esecuzione.

This study deals with the interpretation of the criminal offence prescribed in the second paragraph of art. 388 c.p. (with the exception of the offence about the custody of minors or other incapable persons) according to which the same protects the “interest in the effectiveness of judicial protection”. Such interpretation of the offence determines an extension of its application area and transforms the same in a “ingiunzionale” offence or, in other words, in a kind of “blank penal rule”. The effectiveness of the civil judicial protection is, instead, guaranteed, in its various aspects, by an articulated series of provisions, even non-criminal, while the present offence should be interpreted in strict similarity with the offence prescribed in the first paragraph, because, as the latter, is intended to punish those acts or facts of “concealment” - legal or naturalistic - of guarantees in a situation of “nearness” of the civil enforcement.

SOMMARIO: 1. Premessa. L'“interesse all'effettività della tutela giurisdizionale”. Gli obblighi infungibili. Coercizione diretta e indiretta. Tutela “satisfattiva” e tutela “preventiva”. 2. - La ratio delle disposizioni previste dai primi due commi dell'art. 388 c.p. Patrimonialità e fraudolenza. Le nuove formulazioni introdotte dall'art. 3, co. 21, della legge del 15 luglio 2009, n. 94. 3. - La disposizione principale prevista dal primo comma dell'art. 388 c.p. 4. - Il delitto previsto dal secondo comma dell'art. 388 c.p. L'elusione di misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito. 5. - “Coercizione indiretta” degli obblighi “infungibili” tramite l'art. 388 c.p. L'ostacolo attivo all'esecuzione. La resistenza agli organi dell'esecuzione.

1. Le fattispecie incriminatrici previste dai primi due commi dell'art. 388 c.p. rappresentano le due ipotesi originarie di «mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice». A queste ultime fa ancora riferimento la rubrica, rimasta immutata nonostante i numerosi interventi novellistici intervenuti sul testo dell'articolo in oggetto¹.

¹ Per una ricostruzione dei numerosi interventi di riforma operati sull'art. 388 c.p. si vedano, per tutti, BERTOLINO, *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2015, 205 ss.; BISORI, *La mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Parte speciale, vol. III, Torino, 2008, 673 ss. L'attuale art. 388

I primi due commi dell'art. 388 c.p. prevedono tre ipotesi criminose, due (al primo e al secondo comma) aventi ad oggetto utilità patrimoniali ed una (al secondo comma) che riguarda, invece, l'affidamento di minori o di altre persone incapaci. Esse sono tutte accomunate da una condotta decettiva o di occultamento dell'«oggetto» (in senso lato²) dell'azione criminosa, un oggetto

c.p., nei suoi attuali sette commi, prevede una serie di fattispecie che, com'è stato rilevato, sono «differenziate nei loro caratteri strutturali e anche nel loro contenuto offensivo, verosimilmente accorpate in un unico articolo solo per comodità classificatoria, stante il tenore generico della rubrica», BRUNELLI, *Art. 388 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, tomo I, VI ed., Milano, 2014, 2373. Il risultato finale dei numerosi interventi novellistici iniziati con la l. 689 del 1981 «è quello di un unico articolo che miscela incriminazioni affatto amalgamate tra di loro e ciascuna segnata da un proprio oggetto di tutela» (ABBAGNANO TRIONE, *Linosservanza dei provvedimenti giurisdizionali*, in *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Maiello, Napoli, 2015, 1032).

Non tutti i codici, anche nel passato, contemplavano un titolo dedicato ai delitti aventi ad oggetto l'amministrazione della giustizia (CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, V ed., Padova, 2016, 132) e, in particolare, «la tutela penale del momento esecutivo del processo, accanto e a integrazione di quella relativa al momento cognitivo, fu inventata e sistematizzata in Italia soltanto con il codice Rocco» (BRUNELLI, *La tutela penale dell'esecuzione delle decisioni giudiziali: crisi e riforma del sistema*, in *Rass. giur. umbra*, 2001, 527). Nel codice penale tedesco, per es., non esiste un titolo dedicato ai delitti contro l'amministrazione della giustizia ed è la dottrina che raggruppa una serie di fattispecie collocate in titoli diversi, come il favoreggiamento, la calunnia la falsa testimonianza o lo spergiuro, oppure ancora l'omessa denuncia, all'interno della predetta categoria (per tutti, RENGIER, *Strafrecht Besonderer Teil II. Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*, XI ed., München, 2012, 452 ss.). Nella legislazione italiana fu FILANGIERI, ne *La scienza della legislazione*, a proporre di catalogare i delitti che intralciavano lo svolgimento delle funzioni giudiziarie nell'ambito di un titolo autonomo (MAIELLO, *Oggetto e scopi della tutela nei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Maiello, Napoli, 2015, 9 ss.). Con l'avvento del regime repubblicano e dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme ordinarie anche le fattispecie previste nel titolo dedicato ai delitti contro l'amministrazione della giustizia devono essere interpretate non già nella loro accezione stato centrica, ma piuttosto in quella personalistica dov'è beni quali quelli dell'amministrazione della giustizia sono da considerare nel loro «necessario rapporto di strumentalità con beni 'finali' a connotazione personalistica» (Id., *op. cit.*, 16). In questo senso, le istituzioni statali si legittimano «non in qualsiasi metafisico "in sé", ma nella necessità della loro esistenza rispetto allo svolgimento della personalità del singolo e di aggregazione superindividuali» (MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 350). Il bene «amministrazione della giustizia» costituisce, in questo senso, un «bene - funzione» che «può essere inteso come quell'insieme di attività prodromiche al processo, coeve e successive ad esso, volte a «rendere giustizia» ai cittadini, e ad impedire che essi «si facciano giustizia da sé» (CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, cit., 134). Pertanto, in via generale, la ratio dei delitti contro l'amministrazione della giustizia «è riconducibile alla necessità di *preservare il processo*, penale e civile, in tutte le fasi in cui si snoda» ed essa «lascia emergere una osmotica interdipendenza con la disciplina processuale» (MAIELLO, *op. cit.*, 20 s. Cfr. anche ID., *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato*, in *Crit. dir.*, 1998, 285 ss.). Le ipotesi oggetto della presente indagine rendono evidente la possibilità di interpretare fattispecie che potrebbero apparire di mero pericolo come illeciti di danno (cfr., con diversi accenti, CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, cit., 143; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, 216 ss.).

² Una delle due ipotesi previste al secondo comma, infatti, concerne l'elusione dell'esecuzione di un provvedimento «che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci». Anche in quest'ultima ipotesi, peraltro, la disposizione si caratterizza per la sua decettività, ossia per l'artificiosa

che, dato un determinato provvedimento giudiziale, viene fraudolentemente sottratto alla persona offesa.

Mentre la fattispecie incriminatrice “principale” prevista al primo comma dell’art. 388 c.p. prevede, con sufficiente chiarezza, quali condotte tipiche, «atti» o «fatti» decettivi commessi sui beni oggetto di esecuzione forzata, il secondo comma (per ciò che riguarda l’ipotesi a carattere patrimoniale sulla quale si concentreranno le presenti osservazioni) opera solo un sintetico riferimento a una condotta *elusiva* di un provvedimento che «prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito».

La sinteticità che caratterizza la disposizione contemplata nel capoverso dell’art. 388 c.p., unitamente al permanere di una tradizione interpretativa che s’incentra sull’elemento dell’“inosservanza”³, hanno reso possibile un’interpretazione di quest’ultima disposizione che assegna alla stessa un ambito più esteso rispetto a quello assegnato alla fattispecie prevista dal primo comma. Essa, infatti, viene sempre più spesso considerata come una disposizione “ingiunzionale”⁴ avente, come tale, piuttosto che il compito di descrivere la condotta punibile in maniera compiuta ed autonoma, quello, invece, di prevedere una sanzione a fronte di violazioni di obblighi dettati in altra sede. Attesa l’identica oggettività giuridica⁵ che caratterizza le disposizioni a carattere

prospettazione della non eseguibilità del provvedimento. Tale caratteristica rappresenta, come s’illustrerà nel testo, il tratto unificante di tutte e tre le figure descritte nei primi due commi dell’art. 388 c.p.

³ Una tradizione interpretativa che si è certamente appoggiata anche all’individuazione dell’oggetto di tutela espresso nei lavori preparatori (Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Bologna, 2012, 431) e ad una rubrica la cui formulazione è da considerare per molti versi infelice e fuorviante. Cfr. PALIERO, *Commentario alle “modifiche al sistema penale”*, a cura di Dolcini, Giarda, Mucciarelli, Paliero, Riva Crugnola, Milano, 1982, 491, che rileva come la rubrica dell’art. 388 c.p. (riprodotta nel successivo art. 388 ter c.p.), sia da considerare infelice in quanto attribuisce «l’aggettivo “dolosa” alla “mancata esecuzione”, mentre tale qualifica competerebbe, piuttosto, alle condotte fraudolente o simulatorie che precedono e determinano l’“inosservanza”».

⁴ PALAZZO, *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 514 ss. distingue fra tecniche di incriminazione “diretta” e tecniche, invece, di incriminazione “ingiunzionale”, laddove la prima tecnica di incriminazione è caratterizzata dall’integrale descrizione del fatto vietato all’interno della fattispecie incriminatrice, mentre la seconda costituisce in sostanza «un adattamento dello schema della norma penale in bianco». La tecnica ingiunzionale assistita da una vera e propria sanzione penale (specie se ad ampio raggio e non puntualmente circoscritta) è difficilmente sostenibile sul piano costituzionale della tecnica ingiunzionale, essendo preferibile riservare alla stessa sanzioni amministrative di tipo punitivo (cfr. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969, 51 ss. e *passim*). Per tale motivo una delle soluzioni prospettate, in caso di utilizzo di una norma penale, è rappresentata dalla comminatoria, per i casi di tutela ingiunzionale, di una pena «attestata su livelli tendenzialmente bassi, comminando di regola la pena pecuniaria» (PALAZZO, *Tutela dei diritti*, cit., 517).

⁵ Cfr., per tutti, in dottrina, BRUNELLI, *art. 388 c.p.*, cit., 2376, e, nella giurisprudenza, Cass., sez. un., 27 settembre 2007, n. 36692, in *Cass. pen.*, 2008, 500, con nota di BELTRAME, *La condotta elusiva rilevan-*

patrimoniale dei primi due commi dell'art. 388 c.p., l'interpretazione estensiva della fattispecie contemplata nel capoverso finisce, poi, per incidere anche sul "volto" della fattispecie principale prevista dal primo comma.

L'individuazione dell'interesse tutelato nelle due ipotesi principali di mancata esecuzione dolosa del provvedimento del giudice a carattere patrimoniale nell'"autorità in sé" delle decisioni giudiziarie⁶ è ormai quasi unanimemente

te ai sensi dell'art. 388 c.p., in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007, 1577 e in *Riv. pen.*, 2008, I, 23, sulla quale ci si soffermerà più diffusamente in seguito.

⁶ In tal senso, tra gli altri, in epoca di poco successiva alla promulgazione del codice, comunque precisando che l'interesse privatistico del creditore è comunque tutelato sia pure in via subordinata, VASSALLI, *La mancata esecuzione di un provvedimento del giudice*, Torino, 1938, 86 ss. In senso analogo anche BOSCARELLI, *La tutela penale del processo*, I, Milano, 1951, 531 ss. Più di recente SCOPINARO, *Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Pisa, Milano, 2009, 386, ritiene che le fattispecie in oggetto «offendono in prima battuta un interesse di tipo pubblicistico» e che il bene tutelato debba essere ravvisato «nella tutela della giustizia sotto il profilo della attuazione giurisdizionale della fattispecie normativa astratta», in maniera simile a quanto avviene in relazione alle fattispecie di cui all'art. 385 c.p., art. 388 ter c.p., e dall'art. 389 c.p. La struttura che caratterizza il delitto di mancata esecuzione dolosa di sanzioni pecuniarie (art. 388 ter c.p.) è del tutto identica a quella del delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (cfr. in merito le considerazioni critiche di PALIERO, *Commentario alle "modifiche al sistema penale"*, cit., 491, e di BRUNELLI, *La tutela penale dell'esecuzione delle decisioni giudiziali: crisi e riforma del sistema*, cit., 433), con l'unica rimarchevole differenza che, essendo tutelato un interesse pubblicistico non disponibile, la procedibilità è ufficiosa. La procedibilità a querela del delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice è da collegare alla disponibilità dell'interesse tutelato in quanto privatistico. Come osservato di recante da BRUNELLI, *Art. 388 c.p.*, cit., 2376, «la previsione della querela come condizione di procedibilità costituisce un argomento a favore di coloro che escludono la natura pubblicistica del bene tutelato». L'istituto della querela permette, in questa come in altre ipotesi dov'è prevista la possibilità della sua rimessione, una soluzione soltanto "riparatoria" in luogo di quella anche o solo punitiva del conflitto cagionato dall'illecito. Sul punto v. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, *passim*; Cfr. anche il nostro, *Truffa*, in *Nss. d. I.*, Appendice, vol. VII, Torino, 1987, 907 ss. L'alternativa risarcitoria alla punizione nei reati procedibili a querela ed estinguibili mediante remissione si è adesso svincolata dall'assenso del querelante ed è diventata "cogente", a fronte di congrua riparazione, in virtù dell'introduzione dell'art. 162 ter c.p. ad opera dell'art. 1, l. n. 103 del 2017. Per una tale soluzione, prima della riforma, sia consentito rinviare al nostro, *Teoria generale e mediazione penale*, in *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Bari, 2012, 391 e ss. PITTARO, *Profili di diritto penale sostanziale*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pisa, 1917, 41 s.; 43 ss., fa riferimento, a tale proposito, ad una «"penetrazione" del diritto civile nel diritto penale» che si affianca ad una «recrudescenza sanzionatoria» in relazione ad ipotesi che «sembrano rispondere ad istanze emotive della pubblica opinione». Un carattere ancora diverso possiedono, poi, le fattispecie previste dal terzo al quinto comma dell'art. 388 c.p. dove si realizza un abuso diretto su cose già vincolate dal provvedimento giudiziario. Si tratta di fattispecie parallele a quella previste dagli articoli 334 e 335 c.p. e dove la procedibilità a querela (non presente nelle sopra richiamate ipotesi di vincolo reale "pubblicistico") risponde alla stessa logica "privatistica" di cui si è detto. Rimane aperta la questione relativa alla violazione del vincolo conservativo operato in sede di processo penale e, in particolare, se prevalga la finalità di tipo privatistico del vincolo stesso (con conseguente applicabilità dell'art. 388 c.p.) oppure, invece, l'ufficiosità del procedimento (con relativa applicabilità dell'art. 334 c.p.). Sul punto v. MAIELLO, *Custodia, violazione della custodia delle cose sequestrate o pignorate*, in

rifiutata e, attualmente, l'oggetto della tutela viene prevalentemente identificato dalla giurisprudenza, nonché da una parte crescente della dottrina, nella «possibilità di una [...] effettiva esecuzione» di tali decisioni e, quindi, ne «l'interesse all'effettività della tutela giurisdizionale». In tali termini si esprime la decisione “guida” in materia, pronunciata dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione il 27 settembre 2007⁷.

Enciclopedia giuridica Treccani, vol. X, Roma, 1988, 3. BISORI, *La mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, cit., 674 rileva come il «complesso dei reati ora disciplinati dall'art. 388» avrebbe una «comune dimensione “privatistica”» e «la comune collocazione all'interno della medesima norma del codice» sarebbe «giustificata da una certa affinità di fondo», laddove, peraltro, lo stesso Autore precisa come le fattispecie contenute nel citato articolo «differiscono notevolmente vuoi per struttura, vuoi per interesse tutelato» il che «non consente una trattazione unitaria, se non per taluni limitati profili». In ogni caso, anche in tema di tutela del vincolo cautelare d'indisponibilità relativo a cose pignorate e sequestrate operato dai artt. 334, 335, 388, 3°, 4°, 5° co., 388 bis c.p., opera «un differente regime di procedibilità, la cui linea di demarcazione corre lungo il filo delle differenti caratteristiche dei procedimenti nei quali viene costituito il vincolo incidente sulle cose, oggetto materiale delle condotte», laddove, in sintonia con le linee di fondo ispiratrici della riforma operata con la l. n. 689 del 1981, «è stato utilizzato uno strumento di depenalizzazione *mediata*, la procedibilità a querela, in considerazione di una dannosità sociale circoscritta e, comunque, subordinata ad interessi privati», (MAIELLO, *Custodia*, cit., 1).

⁷ Cass., sez. un., 27 settembre 2007, n. 36692, cit., e sulla quale ci si soffermerà anche in seguito. Con riferimento alla sopra ricordata decisione ed alle cadenze argomentative fondamentali che la informano, BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, II ed., Torino, 2013, 35, evidenzia come «l'individuazione del bene indirizzi in tal caso in maniera decisiva l'interpretazione». La sentenza in oggetto costituisce, infatti, un esempio significativo di come l'individuazione “previa” e, come tale, antecedente all'interpretazione della fattispecie, di un interesse che si asserisce tutelato dalla previsione incriminatrice, finisce per fare svolgere al concetto di bene giuridico, anziché la funzione di limitazione dell'ambito di estensione della previsione che le sarebbe propria, una funzione, invece, di estensione della stessa dettata dalla finalità di “proteggere” in maniera completa ed effettiva il bene precedentemente individuato. In tal modo, tale concetto si trasforma «da argine e volano della criminalizzazione» e, in questo senso ed in questi termini, «il ricorso al concetto di bene giuridico (...) diviene fisiologicamente dannoso», PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 103 ss.; 107 ss. Su una particolare ipotesi (relativa a successiva deliberazione assembleare condominiale e sua relativa esecuzione a seguito di provvedimento di sospensione della deliberazione precedente) di «interpretazione teleologicamente orientata della norma incriminatrice alla luce del bene giuridico protetto», bene individuato appunto dalla giurisprudenza «nell'effettività delle decisioni giurisdizionali», cfr., di recente, le considerazioni di PISANI, *Reiterazione della delibera condominiale sospesa ed elusione rilevante ex art. 388, comma 2, c.p.*, in *Giur. it.*, 2015, 303 ss. Con diverse sfumature ed accenti, la dottrina prevalente fa riferimento, in relazione alle ipotesi in oggetto, all'interesse del privato ad avere garantito il proprio credito (per tutti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 431 ss.) e, quindi, «nel buon esito del processo esecutivo», (PALIERO, *Commentario alle “modifiche al sistema penale”*, cit., 165. Cfr. anche ALESSANDRI, *Il problema delle misure coercitive e l'art. 388 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 165). Nel senso di una tutela specifica dell'attività giurisdizionale nel suo complesso, LANZI, *Osservazioni in tema di dolosa inadempienza della condanna civile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 774. PARNISARI, *Appunti sul delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 627, individua l'interesse tutelato nell'esigenza di evitare l'elusione dell'esecuzione forzata. Nel senso che le disposizioni in oggetto hanno lo scopo di rafforzare il diritto leso com'è stato riconosciuto nell'ambito di un procedimento civile e che è rimasto, però, insoddisfatto a causa della mancata spontanea collaborazione dell'obbligato, FABIANI, *Attualità*

Tale qualificazione del bene giuridico tutelato in termini di “effettività”, peraltro, fornisce solo apparentemente maggiore concretezza e limiti più definiti e circoscritti alle fattispecie in oggetto rispetto all’individuazione dell’interesse tutelato nella tutela dell’autorità od obbligatorietà della decisione giudiziaria.

Le “tutele” che possono essere prestate dal giudice civile⁸ sono, infatti, plurime e tra loro eterogenee ed il concetto di “possibilità” della tutela stessa si caratterizza per estrema genericità sul piano della tipizzazione delle condotte. Per tali motivi, pertanto, anche tale “nuova” interpretazione dell’interesse tu-

della tutela penale al servizio dell’effettività della tutela civile dopo la riforma dell’art. 388 c.p., in *Riv. dell’esecuzione forzata*, 2011, 535. Le fattispecie in esame non sono, però, destinate a supplire alla mancata collaborazione dell’obbligato quanto, invece, a reprimere le condotte di sottrazione (fisica o giuridica) dei beni da eseguire (primo comma dell’art. 388) o da sottoporre a vincolo conservativo in vista della futura eventuale esecuzione (secondo comma). La sottoposizione dei beni all’esecuzione forzata e la loro “apprensione” da parte degli organi dell’esecuzione rappresenta la “fisiologia” del procedimento esecutivo, la loro sottrazione “fraudolenta” ne rappresenta, invece, la “patologia” repressa penalmente dalle disposizioni in esame. Nel senso che la fattispecie tutela «l’interesse a rendere possibile l’esecuzione coattiva di provvedimenti di condanna, in vista del soddisfacimento dell’interesse - privato - del creditore: e dunque, non l’interesse - pubblico - alla obbedienza al titolo giurisdizionale in sé», BISORI, *La mancata esecuzione dolosa*, cit., 676. Che l’interesse all’obbedienza rappresenti un interesse meritevole di tutela è revocato in dubbio, anche in relazione ad un’interpretazione “ingiunzionale” dell’ipotesi de qua, da PALAZZO, *Tutela dei diritti*, cit., 512, che rileva come il valore dell’«imperatività» od «autorità» del provvedimento non risponda ad una nozione di bene giuridico «concepito come valore concretamente preesistente nella realtà sociale, avvertibile ed identificabile nelle strutture del sociale nella specificità del suo bisogno di realizzazione e di tutela» (511 ss.) e come tali considerazioni e tali perplessità nei confronti di una tutela della mera imperatività od autorità sono riferibili integralmente anche all’art. 650 c.p. (512). Del resto, com’è stato rilevato, «sarebbe tutto da provare che la morfologia originaria della tutela fosse realmente imperniata sul contenuto autoritario del *dictum* giudiziale» (BRUNELLI, *La tutela penale dell’esecuzione delle decisioni giudiziali: crisi e riforma del sistema*, cit., 428), laddove si rileva, più in generale, la «fragile legittimazione [...] di tutte le fattispecie di mera inosservanza» (ID., *op cit.*, 430). Sia consentito rinviare ulteriormente, sulla ratio delle fattispecie in esame, anche al nostro, *Mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, cit., 577 ss. Nel senso che siano da considerare esclusi dall’oggetto della tutela dell’art. 388 c.p. l’inosservanza degli obblighi infungibili di fare o di non fare, PAZIENZA, *L’inosservanza dei provvedimenti giudiziari*, Napoli, 1979, 114.

⁸ La tutela cautelare può essere strumentale a quella finale nel senso che essa è destinata ad assicurare la possibilità di assicurare l’esecuzione forzata (una tutela “satisfattiva”), oppure può configurare una tutela “preventiva” nel senso che essa costituisce una misura destinata a fronteggiare un pericolo futuro. All’interno di tale tipo di tutela rientra la tutela “ingiunzionale” quale quella predisposta, per es., in tema di concorrenza sleale dall’art. 2599 c.c. il quale, prevede, accanto ad una sanzione ripristinatoria, una misura preventiva di tipo inibitorio che dev’essere tenuta distinta da quella di tipo sanzionatorio (e, come tale, sottoposta al principio di colpevolezza: dolo o colpa) prevista sia dallo stesso art. 2599 c.c. come remissione in pristino che dall’art. successivo e che è rappresentata dal risarcimento dei danni. Tale differenti tipologie di tutele cautelari (che si rispecchiano naturalmente anche nei provvedimenti finali) si ritrovano anche, com’è noto - mutatis mutandis e, soprattutto, con riferimento alla coercizione in personam - nel procedimento penale. La disposizione prevista dal secondo comma dell’art. 388 c.p. è destinata solo al primo tipo di tutela, quella “satisfattiva” (la tutela cautelare destinata ad assicurare l’esecuzione forzata in rem di tipo “civile”, ossia a soddisfazione degli interessi patrimoniali del creditore) e non a garanzia del secondo tipo di “tutela”, ossia quella puramente preventiva.

telato si risolve, al pari della risalente concezione che vede i delitti in esame come presidio dell'autorità delle decisioni giudiziarie, nel trasformare le disposizioni in oggetto in fattispecie "ulteriormente sanzionatorie" di un generico potere di tutela dell'autorità giudiziaria "in sede civile" e, quindi, nella sostanza, in vere e proprie norme penali in bianco dove la parte precettiva della disposizione normativa è solo apparentemente "descritta" e la fattispecie incriminatrice finisce per avere solo un ruolo di rafforzamento di un potere ordinatorio esercitato dall'autorità giudiziaria. Tale potere ordinatorio, invece, come si vedrà, è tutelato attraverso strumenti sanzionatori *diversi* da quelli previsti dai primi due commi dell'art. 388 c.p.⁹.

Le ipotesi previste dai primi due commi dell'art. 388 c.p. (con esclusione, ovviamente, di quella riguardante i minori prevista al secondo comma) sono infatti destinate a garantire con sanzioni punitive non già la generica possibilità della tutela dei diritti patrimoniali in sede civile ma, più specificamente, la possibilità della coercizione diretta "in rem" finalizzata alla soddisfazione coatta dei diritti stessi attraverso la reintegrazione dell'utilità materiale venuta meno a causa dell'illecito¹⁰.

⁹ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 432, hanno osservato come la circostanza che le disposizioni in esame sono orientate a tutelare gli interessi del creditore - anche sulla scorta del rilievo che il fatto tipico si caratterizza più in termini di frode che di semplice disobbedienza - «rende assai discutibili, de iure condito, recenti tentativi intesi a valorizzare l'art. 388 come strumento di tutela atto a supplire alle insufficienze del processo esecutivo specie nel caso di prestazioni "infungibili", in quanto tali non suscettive di esecuzione forzata». L'esecuzione è propriamente "forzata" quando essa ottiene, mediante la vis applicata dalla mano pubblica, gli stessi effetti - o gli effetti "per equivalente", in caso di "conversione" della mancata prestazione nell'equivalente pecuniario - che sarebbero stati prodotti dall'adempimento spontaneo del debitore o dell'obbligato. Proprio per tale motivo gli strumenti di c.d. "coercizione indiretta" non rappresentano un'esecuzione forzata in senso proprio e sono da considerare estranei all'"ambito di tutela" delle disposizioni incriminatrici previste dai primi due commi dell'art. 388 c.p. Nel senso, invece, che la fattispecie non presenterebbe un nesso esclusivo con l'esecuzione forzata, BERTOLINO, *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 208. Secondo AGOSTINI, *Mancata esecuzione dolosa del provvedimento del giudice e di sanzioni pecuniarie*, in *I reati contro i beni pubblici. Stato, amministrazione pubblica e della giustizia, ordine pubblico*, a cura di Cocco, Ambrosetti, Mezzetti, II ed., Padova, 2013, 498 ss., la riforma del 2009 va interpretata nel senso che l'applicabilità delle fattispecie previste dai primi due commi vada estesa «anche alle condotte di inosservanza di provvedimenti giurisdizionali di carattere meramente dichiarativo, o costitutivo, o cautelare». Più di recente anche ABBAGNANO TRIONE, *L'inosservanza dei provvedimenti giurisdizionali*, cit., 1042, ritiene che la riforma del 2009 debba essere interpretata come espressione della volontà di estendere l'applicazione delle fattispecie in esame quali strumenti a tutela dell'effettività della tutela giurisdizionale.

¹⁰ Com'è stato rilevato in relazione al primo comma dell'art. 388 c.p., si tratta di una «tutela diretta», ossia realizzata «per mezzo di una fattispecie che, senza rinviare al provvedimento giurisdizionale, provveda essa stessa alla individuazione del comportamento offensivo», PALAZZO, *Tutela dei diritti*, cit., 513. Per CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, 278, le ipotesi originarie previste dall'art. 388 c.p. e oggetto delle presenti riflessioni (con esclusione dell'ipotesi concernente l'affidamento di minori) non rappresentavano fattispecie di inosservanza di un ordine giudiziale che alle

Ciò vale ad escludere dall'ambito applicativo delle disposizioni in esame la "tutela" degli "ordini" pronunciati dall'autorità giudiziaria nell'ambito della c.d. "coercizione indiretta", ossia di quelle misure predisposte per creare dei motivi che spingano l'obbligato all'adempimento spontaneo. Le fattispecie in oggetto si occupano, infatti, di garantire la possibilità di eseguire quelle misure coercitive (consistano esse nella restituzione o nel risarcimento) o esecutive finalizzate a ricostruire l'utilità patrimoniale lesa dalla condotta illecita. Tali attività esecutive vengono frustrate dalle condotte che fanno apparire come non esistente o non apprensibile la res oggetto di apprensione; sia pur'essa un'apprensione cautelare. L'"effettività" della tutela civile è garantita dal patrimonio (art. 2740 c.c.) ed il diritto civile, se deve garantire i diritti soggettivi in maniera concreta, non può che avere un'essenza ed una "natura" patrimoniale¹¹.

stesse forniva concretezza e contenuto specifico, quanto, piuttosto, previsioni poste a garanzia del risultato del processo esecutivo «costituendo in reato l'atto del debitore diretto a sottrarre all'azione dell'ufficio le cose o le persone, sulle quali l'esecuzione deve essere compiuta». Cfr. sul punto, ABBAGNANO TRIONE, *op. cit.*, 1039. L'interpretazione del capoverso dell'art. 388 c.p. patrocinata dalla giurisprudenza sembra essere più "estensiva" che "creatrice" in senso proprio, laddove, com'è stato rilevato (CADOPPI, *Cassazione e legalità penale. Presentazione*, in *Cassazione legalità penale*, a cura di Cadoppi, Roma, 2017, 9), la distinzione fra estensione di una fattispecie esistente e creazione di una nuova da parte della giurisprudenza coinvolge questioni di estrema difficoltà se solo si tiene conto che «mai le corti ammettono di "creare", e sempre dicono di interpretare correttamente (...) le disposizioni penali di volta in volta rilevanti». E ciò non vale solo negli ambienti giuridici "continentali"; infatti, «persino la High Court of Justiciary scozzese, pur avendo il potere di creare nuove fattispecie, non ha mai esplicitamente ammesso di farlo, sostenendo invece di "dichiarare" un reato già esistente nella *common law*».

¹¹ La "coercizione penale" rappresentata dall'inflizione della sanzione punitiva, sul piano della prevenzione, ossia in relazione a utilità future che si intende conseguire od assicurare mediante la minaccia della pena, non può rappresentare mai una coercizione diretta ma "solo" indiretta. Naturalmente la sanzione punitiva, come ogni sanzione, rappresenta anche un "appello" alla volontà del destinatario della norma e, quindi, come tale, ha un possibile effetto "coercitivo" nei confronti della volontà stessa. Com'è stato precisato, «i tassi di prevenzione dei reati sono riconducibili essenzialmente non già al timore derivante dall'*entità* delle conseguenze delle conseguenze negative previste per il caso di trasgressione delle norme penali, ma al livello del *consenso* che tali norme riescono a ottenere per libera scelta dei singoli individui o - in altre parole - all'*autorevolezza* che esse sono in grado di guadagnarsi nel contesto sociale. Il modello più proficuo dell'intento motivazionale perseguito dallo Stato, attraverso le norme penali, nei confronti dei cittadini non è, dunque, quello che riduce gli stessi a oggetto di un condizionamento, bensì quello che li considera come interlocutori capaci di scelte autonome, cioè come *soggetti morali* destinatari di un appello a far proprio il messaggio insito nei precetti normativi». In questo senso il carattere "personale" della responsabilità penale implica non solo che essa debba dimostrarsi *colpevole*, «ma altresì che debba rispondere a criteri dell'interazione tra ordinamento giuridico e ogni singolo individuo i quali risultino quelli propri dei rapporti con le persone, in quanto soggetti che agiscono attraverso decisioni responsabili, e non degli interventi, fondati sulla mera incidenza causale, che mirino a ottenere determinati effetti con riguardo alle cose o agli animali», EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, 4951. L'obiettivo autentico del diritto penale non è infatti quello di infliggere la sanzione, ma di riguadagnare il consenso rispetto alle norme trasgredite, EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, in

La garanzia apprestata dall'ordinamento mediante coercizione indiretta rappresenta, invece, una forma *diversa* di garanzia rispetto a quella fornita mediante coercizione diretta in quanto la prima, appellandosi ad una scelta e quindi alla volontà dell'obbligato, è più incerta rispetto a quella assicurabile mediante coercizione diretta. Essa fornisce una "garanzia" del tutto diversa da quella prestata dal patrimonio dell'obbligato.

Poiché, infatti, le utilità conseguibili in maniera specifica solo attraverso adempimento volontario dell'obbligato possono essere "garantite" solo mediante la c.d. coercizione indiretta (ossia attraverso la previsione di sanzioni per l'inottemperanza¹²), la coercizione diretta o satisfattiva di tali prestazioni

Antigone, 2016, 51 ss. E' inoltre necessario, com'è stato auspicato, «mettere in agenda la fine dell'*appalto* del diritto penale [...] del compito di contrastare i comportamenti criminosi». «La questione criminale non è *infrapenalistica*: non esiste un'antigiuridicità ontologicamente penale, esiste piuttosto un problema attinente alla promozione e al rispetto delle regole democraticamente sancite in merito alla tutela diretta o indiretta dei diritti umani, problema che riguarda la società nel suo complesso e, di conseguenza, l'intero ordinamento giuridico», EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1157 ss.

Com'è stato rilevato con specifico riferimento alle fattispecie incriminatrici oggetto di questo studio, «è da escludere che il diritto penale possa legittimarsi come *unico mezzo di coazione indiretta* della volontà dell'obbligato per indurlo all'adempimento. Simile funzione di "poliziotto" dell'ordinamento può costituire un effetto riflesso della tutela, non la sua ragione fondante, non fosse altro perché occorrerebbe dimostrare di volta in volta l'effettiva rispondenza nella realtà, mentre è arcinoto che la capacità persuasiva della sanzione penale rappresenta un accidente soggetto alle mille variabili del caso concreto». La norma penale tutela direttamente un interesse legislativamente determinato e non un generico interesse alla coercizione e all'obbedienza, «il legislatore, di volta in volta, può, sulla base della specifica valutazione della meritevolezza di tutela dell'interesse alla prestazione ricorrere alla sanzione penale, ma, individuato legislativamente l'interesse, è questo a ricevere direttamente tutela, non l'interesse legato alla coercizione», BRUNELLI, *La tutela penale dell'esecuzione delle decisioni giudiziali: crisi e riforma del sistema*, cit., 439.

¹² Gli strumenti di "coercizione indiretta" in tema di obblighi infungibili di natura privatistica sono rappresentati innanzitutto dalla previsione generale dell'art. 614 bis c.p.c. Vi sono, poi, previsioni particolari come quelle in tema di reintegrazione del lavoratore delle quali si dirà più innanzi, oppure in tema di concorrenza sleale di cui si è già fatta menzione.

Una forma di coercizione indiretta può essere anche, peraltro, svolta dalla sanzione risarcitoria. Non è un caso che sono sempre più spesso sottolineate le funzioni di "prevenzione generale" esercitate delle sanzioni risarcitorie (v. per es., PADOVANI, *Lectio Brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli, Scalfi, Milano, 1985, 55 ss.; BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 909 ss.; PARDOLESI, *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*, in *Foro it.*, 2011, 3074 ss.). La differenza fondamentale che corre fra la "coercizione" operata tramite risarcimento e quella operata tramite la sanzione punitiva consiste nella circostanza che il risarcimento, rappresentando un'utilità materiale sostitutiva rispetto a quella infungibile non corrisposta, non può cumularsi con quest'ultima, un "cumulo" il quale, invece, non costituisce ostacolo in caso di coercizione mediante sanzione punitiva. In altri termini, allorché le somme al pagamento delle quali il debitore di prestazione infungibile moroso è costretto a pagare al creditore raggiungano il valore della prestazione omessa, tali somme saranno da ritenere sostitutive della stessa stante il principio di divieto di arricchimento senza causa che incombe sui privati, ciò che invece, non avviene in caso di sanzioni pecuniarie punitive versate non già al creditore ma alla mano pubblica. Tali profili non appaiono suffi-

infungibili può conseguirsi solo attraverso la “conversione” di tali obblighi in una somma di denaro, ossia attraverso la generale tutela risarcitoria che è, a sua volta, garantita dal patrimonio dell’obbligato il quale patrimonio, come tale, è forzatamente pignorabile.

A garanzia ultima della “non falsificabilità” della garanzia patrimoniale è predisposta proprio la “coercizione” – questa volta necessariamente indiretta – rappresentata dalle fattispecie incriminatrici previste dai primi due commi dell’art. 388 c.p.

2. La sinteticità che contraddistingue la previsione del capoverso dell’art. 388 c.p. (e che sembra rendere possibile una sua interpretazione in senso “ingiunzionale”) non è da imputare ad una diversità di tecnica di tutela né di interesse tutelato; essa è invece da ascrivere alla sostanziale identità di condotta e di interessi tutelati dalla previsione de qua rispetto a quelli oggetto della fattispecie contemplata dal primo comma. Proprio tali identità hanno consentito al legislatore di operare, mediante espressioni sintetiche, un richiamo alle più dettagliate espressioni contenute nel comma precedente che evidentemente non si è ritenuto di dovere reiterare nel comma successivo. Non sarebbe, del resto, ragionevole ritenere che il legislatore abbia inteso accordare una tutela “ad ampio spettro” o “ingiunzionale” al provvedimento cautelare mentre l’avrebbe negata a quello “finale”. Quest’ultimo, nella formulazione precedente la modifica introdotta dall’art. 3, co. 21, L. 15 luglio 2009, n. 94, era individuato nella «sentenza di condanna»¹³.

Dopo la citata riforma del 2009, com’è noto, la previsione non si riferisce più agli «obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna» ma agli «obblighi nascenti da un provvedimento dell’autorità giudiziaria». La fattispecie prevista dal comma successivo utilizza invece ancora, al fine di individuare la tipologia dell’atto giudiziario, la formulazione originaria. Essa, infatti, sottopone a pena l’elusione di «un provvedimento del giudice civile» (al quale è stato aggiunto quello «amministrativo o contabile») il quale «prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito».

cientemente evidenti nella formulazione del sopra ricordato art. 614 c.p.c. dalla quale non emerge con sufficiente chiarezza se «la somma di denaro dovuta dall’obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento» sia da considerare una quota da imputare al risarcimento del danno cagionato e, quindi, non possa eccedere lo stesso (interpretazione, a nostro avviso, da ritenere preferibile stante la vigenza del già ricordato principio generale del divieto di arricchimento senza causa), oppure, invece, tale somma possa eccedere l’importo dovuto a titolo di risarcimento e, pertanto, essa realizzi una sorta di “danno punitivo”.

¹³ Nella previsione precedente alla riforma operata dall’art. 3, comma 21, della legge del 15 luglio 2009, n. 94, si faceva riferimento, infatti, agli “obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna”.

La distinzione fra provvedimenti “finali”, cui è dedicata la disposizione del primo comma, e provvedimenti interinali e cautelari, cui è dedicata la disposizione prevista dal secondo comma, non appare peraltro mutata a seguito della ricordata riforma del 2009 in quanto la sostituzione dell’individuazione del provvedimento giudiziale che ha disposto l’esecuzione da una “sentenza” ai più generici “provvedimenti” è da considerare giustificata dalla necessità di inserire, accanto alle sentenze vere e proprie, anche i provvedimenti anticipatori di condanna quali i provvedimenti di condanna in corso di causa che può pronunciare il giudice istruttore ai sensi dell’art. 186-*bis* c.p.c.¹⁴ in relazione al pagamento delle somme non contestate, oppure il decreto ingiuntivo¹⁵.

Si tratta di provvedimenti i quali, pur non rappresentando sentenze in senso formale, non costituiscono neanche provvedimenti interinali o cautelari, in quanto essi possiedono il carattere decisorio o finale di anticipazione del contenuto del provvedimento che conclude il giudizio¹⁶. Ciò è, fra l’altro, eviden-

¹⁴ Si vedano anche gli artt. 186 ter, 186 quater, e 423 c.p.c.

¹⁵ In relazione al decreto ingiuntivo cfr. Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2016, n. 6358, in *Mass. Uff.*, n. 265837, secondo la quale «il compimento di atti simulati e fraudolenti finalizzati a sottrarsi all’adempimento degli obblighi civili derivanti da un decreto ingiuntivo non opposto integra gli estremi del reato di cui all’art. 388, comma primo, cod. pen. che tutela l’autorità delle decisioni del giudice civile costitutive di obblighi civili ed assistite da forza esecutiva, anche se provvisoria». La decisione evidenzia esattamente come, in tale ipotesi, ricorra la fattispecie prevista dal primo e non quella contemplata dal secondo comma dell’art. 388 c.p. Anche precedentemente alla riforma del 2009 la giurisprudenza interpretava in senso lato la locuzione «sentenza di condanna» fino a ricomprendere, appunto, anche il decreto ingiuntivo non opposto. Nello stesso senso, in dottrina, PISA, *Provvedimenti del giudice (manca esecuzione dolosa di)*, in *Dig. Pen.*, vol. X, Torino, 1995, 443; in senso contrario RONCO, *Provvedimenti del giudice (violazione dei doveri inerenti ai)*, in *Nuoss. Dig.*, appendice, vol. VI, Torino, 1986, 110.

¹⁶ Conseguentemente, considerando, come si è visto, le disposizioni in oggetto come finalizzate alla tutela dell’esecuzione forzata, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 433, ritengono che «nella nozione di “provvedimenti dell’autorità giudiziaria” rientrano anche quelli provvisoriamente eseguibili ed è indifferente che si tratti di decisione civile, penale o amministrativa, purché ne derivino obblighi civili». Secondo BERTOLINO, *Analisi critica dei delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., 208, come si è visto, l’innovazione legislativa che ha sostituito alla sentenza di condanna i provvedimenti dell’autorità giudiziaria avrebbe il significato di escludere la possibilità che le disposizioni in esame siano applicabili esclusivamente ai provvedimenti suscettibili di esecuzione forzata. Per ABBAGNANO TRIONE, *op. cit.*, 1042, la novella del 2009, con la soppressione del riferimento agli ‘obblighi civili’ e l’avvicendamento dell’espressione ‘sentenza di condanna’ con quella di ‘provvedimenti’ «ha conferito alle fattispecie un maggior spazio operativo denotando la vocazione ad una protezione penalistica verso la generalità dei provvedimenti giurisdizionali di diritto privato e di diritto pubblico, purché suscettibili di esecuzione». Secondo CIRILLO, *I delitti di mancata esecuzione o di violazione di un provvedimento del giudice*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l’amministrazione della giustizia*, a cura di M. Catenacci, Torino, 2016, 608 e 612, l’ambito applicativo delle fattispecie in esame comprende anche provvedimenti non direttamente collegati a procedure esecutive forzate o coatte ma comunque tali da far sorgere obblighi giuridici il cui adempimento può esser preteso a mezzo di ingiunzione. Per ABBAGNANO TRIONE, *op. cit.*, 1044, «rientrano nella previsione delittuosa i comportamenti

ziato dalla circostanza che gli effetti di tali provvedimenti sopravvivono all'estinzione del processo, come disposto dal secondo comma dell'art. 310, secondo comma, c.p.c.¹⁷.

Identica natura di provvedimento civile finale anticipatorio del merito è quella posseduta dalla condanna alle restituzioni e al risarcimento del danno pronunciata dal giudice penale dichiarata provvisoriamente esecutiva a richiesta della parte civile. Anche qui si tratta di un provvedimento finale e non cautelare che, come tale, è da ricomprendere nel disposto del primo e non del secondo comma dell'art. 388 c.p.¹⁸.

L'inclusione dei provvedimenti del giudice penale aventi "natura" ed effetti civili nell'ambito della "tutela" predisposta dall'art. 388 c.p. rende evidente come non sia tanto l'appartenenza dell'organo giudicante ad un determinato comparto della giurisdizione ad essere determinate, quanto piuttosto *la natura*

fraudolenti per mezzo dei quali la P.A. si sottrae agli obblighi accertati dal giudice amministrativo in sede di esercizio della giurisdizione sulla legittimità dell'atto amministrativo. Potrà ravvisarsi il reato, ad esempio, nel caso in cui le amministrazioni con manovre dilatorie vanifichino l'esecuzione del provvedimento, oppure nel caso di reiterazione del (medesimo) provvedimento già annullato per illegittimità». Nelle ipotesi sopra richiamate, però, non sembra sussistere alcun atto o fatto simulato o fraudolento posto in essere sui propri ed altrui beni ma solo, appunto, un'ottemperanza a un provvedimento pronunciato dall'autorità giudiziaria. Nel caso di rifiuto ad ottemperare ad un provvedimento del giudice amministrativo, peraltro, può trovare applicazione la fattispecie prevista dall'art. 328 c.p., così come nel caso di reiterazione di provvedimento illegittimo quella prevista dall'art. 323 c.p. Cfr., per tutte, per l'ipotesi relativa all'art. 328 c.p., Cass., Sez. VI, 26 maggio 1999, n. 9400, in *Nuovo Dir.*, 2000, 141 (nota di LUPOLI): «L'ottemperanza a una decisione del giudice amministrativo, al di là di un termine ritenuto congruo, costituisce rifiuto di atto dovuto per ragioni di giustizia e integra pertanto il reato di rifiuto di atti d'ufficio» e Cass. civ., Sez. III, 18 giugno 2003, n. 9709, in *Guida agli Enti Locali*, 2003, 29, 68, (con nota di MANZI): «Il comportamento omissivo e dilatorio del commissario ad acta, in sede di svolgimento dell'incarico affidato dal giudice dell'ottemperanza, lo espone a responsabilità civile da fatto illecito ex articolo 2043 c.c. e seguenti, che importa l'obbligo al risarcimento dei danni patrimoniali arrecati con il proprio comportamento ai soggetti che dovevano beneficiare dagli effetti dell'esecuzione del giudicato, con la contestuale possibilità di essere condannato anche al risarcimento dei danni morali ex articolo 2059 c.c., qualora il comportamento omissivo integri il reato di omissione di atti d'ufficio».

Per quanto riguarda la valutazione ai sensi del secondo comma dell'art. 388 c.p. della sostituzione di deliberazione assembleare sospesa in pendenza di giudizio avente ad oggetto la legittimità della stessa con altra deliberazione asseritamente emendata da vizi e della sua relativa esecuzione materiale v. *infra*.

¹⁷ La circostanza che la disposizione normativa richiamata disponga nel senso che «l'estinzione rende inefficaci gli atti compiuti, ma non le sentenze di merito pronunciate nel corso del processo» ha reso necessaria un'interpretazione della stessa che si allontani dal suo tenore strettamente letterale fino a ricomprendere appunto quei provvedimenti che, pur non rappresentando formalmente delle sentenze, costituiscono però provvedimenti anticipatori di condanna. Cfr., per tutte, Cass. civ., Sez. lavoro, 15 maggio 2007, n. 11095, in *Mass. Uff.*, n. 596798.

¹⁸ In tal senso Cass., Sez. VI, 10 febbraio 2016, n. 7525, in *Mass. Uff.*, n. 266186, in relazione a fattispecie relativa al conferimento in un fondo patrimoniale dell'unico bene immobile suscettibile di pignoramento da parte dell'imputato che era stato condannato al pagamento di una provvisoria in favore della parte civile.

*degli obblighi che costituiscono oggetto del dictum giudiziale*¹⁹. Per tale motivo appare da un lato irrilevante l'eliminazione, nella nuova formulazione della fattispecie prevista dal primo comma, della qualificazione quali "civili" degli obblighi e, da un altro, appare insufficiente per difetto, ma anche, alla luce delle considerazioni sopra svolte, del tutto irrilevante, l'aggiunta apposta alle qualificazioni relative alla competenza del giudice che ha prescritto misure cautelari il quale adesso, dopo la riforma del 2009, non solo «civile» ma anche «amministrativo o contabile».

3. - La disposizione prevista dal primo comma si caratterizza, com'è noto, per particolare complessità - almeno lessicale - in quanto essa prevede una serie di "presupposti della condotta" e, inoltre (come si vedrà solo apparentemente) un dolo specifico e, per alcuni, anche una condizione obbiettiva di punibilità²⁰. Essa sottopone a pena la condotta di chi, essendo stato intimato di adempiere una prestazione a carattere patrimoniale a vantaggio di un soggetto determinato secondo quanto disposto da un provvedimento giudiziale, compie o ha compiuto (successivamente all'avvio del procedimento giudiziale), sui beni assoggettabili ad esecuzione in forza di tale disposto, atti o fatti tali da fare apparire i beni stessi come non esistenti o, comunque, non eseguibili, "cagionando" con ciò il "fallimento", ossia la non andata a buon fine, anche parziale, dell'esecuzione. Il colpevole, in altri termini, deve avere realizzato condotte decettive sul proprio o altrui patrimonio cagionando una solo apparente diminuzione dello stesso la quale, a sua volta, determina la non riuscita, totale o parziale, dell'esecuzione. Solo in questo senso e in questi limiti si può dire che la fattispecie in esame rappresenti una sorta di bancarotta fraudolenta del non imprenditore²¹.

¹⁹ Come ricordato da MANNUCCI PACINI, *Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*, in *Codice penale commentato*, fondato da Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci, diretto da Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta, Tomo II, IV ed., Milano, 2015, 1366, anche prima della riforma del 2009 una parte della dottrina riteneva che il riferimento al provvedimento del giudice civile dovesse essere interpretato «in termini rigorosamente formali» mentre invece non è l'appartenenza ad un determinato comparto della giurisdizione del soggetto che pronuncia il provvedimento ad essere decisiva ma «l'indole civile del provvedimento a definire il campo di operatività».

²⁰ Com'è noto, secondo un'opinione che oramai non trova più il favore della dottrina, l'ingiunzione all'ottemperanza del provvedimento giudiziale o addirittura l'inottemperanza stessa all'ingiunzione, costituirebbe una condizione obbiettiva di punibilità. Per la prima tesi, in giurisprudenza, Cass., 9 luglio 1997, in *Mass. Uff.*, n. 208885; per la seconda posizione, Cass., 7 dicembre 2005, citate da BERTOLINO, *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 211, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

²¹ Sia consentito rinviare ancora sul punto al nostro *Mancata esecuzione dolosa*, cit., 577. Di recente, nello stesso senso, anche BISORI, *La mancata esecuzione dolosa*, cit., 674, che assegna identica oggettività giuridica alle disposizioni del primo e del secondo comma dell'art. 388 c.p., laddove,

I presupposti della condotta delineano la posizione di garanzia che incombe sul soggetto agente, una posizione di garanzia che dev'essere, peraltro, individuata in ogni situazione di responsabilità e che non è limitata alle fattispecie a forma vincolata o ai reati propri²². Nelle ipotesi in oggetto il soggetto agente

nell'interpretazione da noi sostenuta, il reato previsto dal primo comma si consuma con la frustrazione, anche parziale, della procedura esecutiva mentre quello contemplato dal capoverso con la mancata apprensione cautelare. In senso adesivo B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, VI ed., Milano, 2016, 326.

Le fattispecie previste dall'art. 388 c.p. (le uniche, assieme a quella affine ai commi 3 e 4 del predetto art. e i delitti di "ragion fattasi", procedibili a querela), specie quelle contenute nei primi due commi (con esclusione dell'ipotesi riguardante l'affidamento di minori), nel confronto con le altre fattispecie contenute nel Titolo terzo del codice penale, rivelano profili di lesività spiccatamente "privatistico patrimoniale". La procedibilità a querela costituisce, del resto, uno degli indici di tale prevalente profilo offensivo. Le figure delittuose in oggetto, anche in un codice eventualmente riformato, potrebbero trovare posto accanto ai delitti di bancarotta. Così avviene, del resto, nel codice penale francese (artt. 314-7) e tedesco (§ 288 «Elusione della procedura esecutiva»). Per ulteriori riferimenti sia consentito rinviare al nostro, *Mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, cit., 577 ss. Che, del resto, la tutela di profili procedurali e quella di interessi privatistici possano convergere nella ratio di un'unica fattispecie incriminatrice è dimostrato dalla lettura in chiave di tutela del procedimento operata da NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 25; ID., *Fallimento (Reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 478, in relazione ai delitti di bancarotta i cui profili di lesività patrimoniale sono, peraltro, comunemente riconosciuti sia dalla dottrina di gran lunga prevalente (per tutti, PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in *Studi Delitala*, Milano, 1984, II, 1111 ss.) che dalla giurisprudenza (da ultimo, Cass., Sez. V, 07 aprile 2017, n. 17819).

La categoria dei delitti che si caratterizzano per un'offesa al patrimonio, del resto, va oltre quella circoscritta dal Titolo XIII del codice penale (cfr. LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale*, Napoli, 2013, 11 ss.). Tale realtà è stata riconosciuta dal legislatore in sede di disciplina delle circostanze allorché, al n. 7) dell'art. 61 c.p., per quanto riguarda le aggravanti, ed al n. 4) dell'art. 62 c.p., per quanto concerne le attenuanti, nell'assimilare ai «delitti contro il patrimonio» quelli che «comunque offendono il patrimonio» stesso, ha riconosciuto come la lesività patrimoniale di un reato può sussistere anche al di fuori di quella formalmente dettata dalla partizione del codice. V., sul punto, peraltro, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 454, nel senso che la nozione «va intesa nel senso che deve farsi riferimento non già alla oggettività giuridica del reato in questione, bensì alle conseguenze pregiudizievoli che in concreto ne discendono a carico dell'altrui patrimonio». Per PULITANÒ, *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2015, 388, invece, la categoria «comprende senz'altro i delitti plurioffensivi che offendono il patrimonio unitamente a interessi di natura diversa (per es., delitti dei pubblici ufficiali come il peculato o la concussione), o che offendono interessi strumentali alla tutela del patrimonio (per es. il falso in scrittura privata o le false comunicazioni sociali). È infine applicabile ai delitti determinati da motivi di lucro; fuori di questo caso non sono considerati i danni patrimoniali conseguenti a delitti rispetto ai quali l'offesa al patrimonio non è un'offesa tipica (pensiamo per es. all'omicidio)».

²² Sia consentito sul punto il rinvio al nostro *Mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, cit., 585 e ID., *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Coppi, cit., 640 ss. In genere, sulla posizione di garanzia - o di competenza - quale presupposto dell'individuazione della condotta tipica (e, pertanto, quale criterio generale di "imputazione oggettiva"), il nostro, *Contributo allo studio del delitto colposo*, Padova, 1990, *passim*; ID., *Fattispecie soggettiva e colpevolezza nel delitto colposo. Linee di un'analisi dogmatica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 529 ss.; ID., *Causalità (nesso di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV di aggiorn., Torino, 2008, 77 ss. Cfr. anche, CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Bologna, 2017, 366 ss. Proprio perché la tipicità, ossia confini ed ambito applicativo della fattispecie, si deve

dev'essere un obbligato civilmente nei confronti del quale è stata proposta da parte del creditore un'azione giudiziaria al fine di ottenere l'utilità a contenuto patrimoniale dovuta, oppure nei confronti del quale è stato già pronunciato il corrispondente provvedimento giudiziario²³. La proposizione della richiesta nella competente sede giudiziaria segna, pertanto, l'inizio temporale della rilevanza penale, ai fini della disposizione de qua, degli atti di occultamento dei beni. Ciò significa che, prima di questo momento, gli atti di occultamento della garanzia patrimoniale non sono penalmente rilevanti²⁴.

necessariamente cogliere mediante la precisazione della posizione di garanzia del soggetto e le "qualità personali" di quest'ultimo non rilevano quali mere qualifiche soggettive ma, anch'esse, quali indicazioni di specifici doveri in relazione all'impedimento del fatto, tali elementi non possono essere considerati in maniera autonoma dalla "tipicità" in quanto non esiste un'azione tipica disgiunta dai suoi "presupposti" e dalle "qualità personali" del soggetto agente. Com'è stato sottolineato, «le qualità personali elevate ad elemento essenziale del soggetto attivo assolvono la stessa funzione di tutti gli elementi essenziali della fattispecie, e cioè quella di contribuire alla individuazione dello specifico *contenuto di disvalore* del reato», PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino, 2016, 232 s., e, com'è stato ulteriormente rilevato, la distinzione fra presupposti e condotta in senso stretto (considerata, cioè, come movimento o stasi corporea), rileva sotto il profilo della circostanza (in relazione alla tradizionale partizione dei profili psicologici del dolo in rappresentazione e volizione) che solo quest'ultima è oggetto in senso stretto non solo della rappresentazione ma anche della volizione; CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, 2015, 236.

²³ Il provvedimento giudiziario non deve costituire necessariamente una sentenza di condanna essendo essenziale che si tratti di un provvedimento suscettibile di esecuzione forzata avente effetti in rem, ossia ablativi di "cose", ossia beni mobili immobili avanti anche natura immateriale. Anche la quota di società, quale bene sul quale può essere disposto sequestro conservativo e, quindi, apprensione e, successivamente, esecuzione forzata, può costituire oggetto materiale dei delitti de quibus, in tal senso Cass., sez. VI, 3 marzo 2010, n. 25796, in *Mass. Uff.*, n. 247269. Per questo motivo si può trattare anche di un'esecuzione che si realizza in sede cautelare e, sempre per questo motivo, il legislatore ha previsto la disposizione del secondo comma. Quest'ultima disposizione mantiene la sua validità anche dopo le recenti riforme che hanno eliminato, al primo comma, il riferimento alla sentenza di condanna indicando i più generici provvedimenti dell'autorità giudiziaria in quanto il primo comma è concepito in relazione all'esecuzione forzata finale avente natura ablativa, mentre, invece, nell'esecuzione della misura cautelare reale civile, quale il sequestro conservativo, non si verifica un'ablazione fisica della res vincolata alla futura esecuzione ma un vincolo di indisponibilità di natura "giuridica".

²⁴ Sul punto si erano levate le critiche di DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Riv. pen.*, 1935, 281, che riteneva che, de lege ferenda, sarebbe stato necessario sciogliere "il reato dal presupposto", che l'Autore considerava «tutt'affatto arbitrario, che vi sia una sentenza di condanna, o perlomeno un procedimento giudiziario in corso, quasi che l'obbligo non preesista alla sentenza o che la sentenza venga in qualche modo a trasformarlo o a rinforzarlo». Il mantenimento della garanzia patrimoniale, in tal modo, rappresenterebbe un obbligo penalmente sanzionato che incombe sul debitore dal momento in cui nasce l'obbligazione. Secondo PAZIENZA, *op. cit.*, 129, tali limiti temporali sarebbero superabili in via ermeneutica già de lege lata.

DELITALA, *ibidem*, auspicava altresì l'imposizione sub poena di un obbligo di collaborazione del creditore all'adempimento, da realizzare mediante la configurazione di un illecito penale che reprima la condotta del debitore che «non adempie, dolosamente, all'obbligo contratto».

Si tratta di un reato con evento di danno in quanto la locuzione “qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire la sentenza”²⁵, unitamente alla successiva espressione relativa alla sottrazione agli obblighi nascenti dal provvedimento giudiziale, entrambe previste nel primo comma della disposizione in esame, evidenziano un vero e proprio evento del reato e non un ulteriore momento della condotta né, tantomeno, una condizione obbiettiva di punibilità²⁶. L’esecuzione deve infatti risultare infruttuosa a causa della sottrazione - materiale o giuridica - dei cespiti realizzata dall’autore del reato. Per tale motivo la locuzione «per sottrarsi agli obblighi nascenti da un provvedimento dell’autorità giudiziaria», descrivendo una situazione di fatto (la sottrazione

²⁵ Si tratta, come rileva BRUNELLI, *Art. 388 c.p.*, cit., 2375, di un «estremo che non può non essere oggetto di dolo da parte dell’agente».

²⁶ Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 432 ss. Si rinvia sul punto al nostro *Mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, cit., 579 ss. Nello stesso senso SCOPINARO, *Delitti contro l’autorità delle decisioni giudiziarie*, cit., 400: «il momento consumativo coincide con l’infruttuoso esperimento del processo di esecuzione forzata», e B. ROMANO, *Delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit. In merito si deve precisare che la dottrina maggioritaria ritiene che l’evento sia costituito dall’inottemperanza ad eseguire il provvedimento e non, invece, anche il fallimento, anche parziale, della procedura di esecuzione forzata. Cfr., anche per ulteriori riferimenti, BERTOLINO, *Analisi critica dei delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit., p. 2011 e s. Per CIRILLO, *op. cit.*, 617 il delitto si consuma con il decorso del termine per l’esecuzione del provvedimento del giudice e l’inottemperanza all’ordine di esecuzione del provvedimento stesso rappresenterebbe un evento in senso giuridico. Anche secondo la giurisprudenza, cfr. Cass., sez. VI, 3.10.2005, n. 44936, in C.E.D. Cass., n. 233502, il delitto previsto dal primo comma dell’art. 388 c.p. «è a consumazione istantanea e si perfeziona nel momento in cui il debitore non ottempera alla ingiunzione di adempiere, in quanto il danno per il creditore si verifica al momento dell’inottemperanza del debitore e la eventuale permanenza dell’inadempimento rappresenta semplicemente la protrazione degli effetti di un fenomeno che si è già realizzato». Come, in tale prospettiva, il delitto de quo si trasformi da reato di danno in reato di pericolo legato alla disobbedienza al provvedimento giudiziale appare con ancora maggiore evidenza dalla massima relativa alla sentenza della Corte di Cassazione, Cass., Sez. VI, 13 luglio 1990, n. 1139, in *Giust. pen.*, 1991, II, 409, secondo la quale le previsioni contenute nei primi due capoversi dell’art. 88 c.p. «tutelando l’autorità della decisione giudiziaria in sé e per sé - e quindi soltanto per necessaria conseguenza anche l’azione esecutiva che da essa deriva - non presuppone che l’interessato abbia promosso l’esecuzione forzata del diritto riconosciutogli dal giudice, essendo solo sufficiente che egli abbia richiesto, anche in modo informale, di adempiere». Secondo quest’ultima prospettiva, pertanto, i delitti de quibus rappresenterebbero degli illeciti di pericolo, mentre, invece, nella prospettiva da noi sostenuta, essi costituirebbero dei veri e propri reati di danno a contenuto patrimoniale. Tutelata non è l’autorità della decisione giudiziaria ma proprio l’azione esecutiva sul patrimonio del debitore nella sua possibilità di ottenere il risultato patrimoniale a vantaggio del creditore, una possibilità che viene frustrata dalla manovre “ablative” (fisiche o giuridiche) del colpevole. V. ancora il nostro, *Mancata esecuzione dolosa del provvedimento del giudice*, cit., 577 ss. La giurisprudenza, in relazione al requisito della mancata ottemperanza «all’ingiunzione di eseguire il provvedimento», ritiene che sia necessario e sufficiente «che vi sia stata una richiesta di adempimento (o una messa in mora), anche informale, purché si tratti di intimazione che sia precisa e non equivoca, rigorosamente provata anche quanto alla sua ricezione da parte del debitore», Cass., Sez. VI, 11 gennaio 2016, n. 578. Id., Sez. VI, 12 dicembre 2013, n. 50097, ha precisato che la richiesta di adempimento può essere «addirittura implicita, purché inequivoca e non semplicemente supposta».

agli obblighi²⁷) che certamente è perseguita dall'agente e che, quindi, è oggetto del dolo, ma che deve anche realizzarsi affinché il reato si consumi, non rappresenta un elemento appartenente solo al dolo (che quindi non è specifico) ma anche e innanzitutto al fatto tipico quale evento di danno in senso proprio²⁸.

Uno dei punti nodali della disposizione prevista dal primo comma dell'art. 388 c.p. (e che si riverbera nell'interpretazione della disposizione contemplata dal capoverso) è costituito dalla locuzione che fa riferimento agli «atti simulati o fraudolenti» o «altri fatti fraudolenti» compiuti «sui propri o altrui beni» dal debitore.

Si tratta di un reato caratterizzato dal c.d. “dolo civilistico” (al quale fa riferimento la rubrica) o, appunto, in altri termini, dalla fraudolenza²⁹, un illecito,

²⁷ La condotta si deve caratterizzare per il perseguimento di un profitto patrimoniale e non essere meramente emulativa. Qualora, infatti, il legislatore abbia inteso fornire rilevanza penale anche alle condotte emulative l'ha espresso esplicitamente. È il caso della disposizione prevista dal terzo e da quarto comma dell'art. 388 c.p. che incrimina gli abusi commessi dal proprietario sulle cose sottoposte a pignoramento o sequestro, oppure dalle ipotesi in tema di bancarotta fraudolenta per “distruzione” o, appunto, emulativa (art. 216, primo comma, l. fall).

²⁸ In altri termini, nella prospettiva da noi seguita (cfr. ancora il nostro *Mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, cit., 578 ss.), il dolo è generico in quanto, perché il delitto si consumi, è necessario che si realizzi l'evento di danno patrimoniale costruito dalla non andata buon fine - anche parziale - dell'esecuzione forzata sui beni del debitore e, nel caso di misura cautelare, nell'impossibilità di apporre il vincolo conservativo sui beni del debitore assoggettabili a successiva esecuzione forzata a causa - ovviamente in entrambe le ipotesi - delle manovre decettive sui beni stessi precedentemente realizzate essere dal creditore. È evidente, pertanto, che, qualora il momento consumativo venga, invece, individuato nell'inottemperanza all'ingiunzione di eseguire la sentenza, il dolo deve essere, a questo punto, necessariamente considerato come generico. Nel senso del dolo generico, «poiché gli obblighi civili devono essere, in tutto o in parte, elusi», anche B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 326. Nel senso del dolo generico in relazione all'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 388 c.p., anche Cass., Sez. VI, 16 marzo 2015, n. 25905, in *Mass. Uff.*, n. 263810, «per la sussistenza del delitto di cui all'art. 388 comma secondo cod. pen. non è richiesto il dolo specifico, ma solo la volontà cosciente del colpevole di eludere la esecuzione di un provvedimento del giudice». Nello stesso senso, in dottrina, SCOPINARO, *Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie*, cit., 399 s. In giurisprudenza, ritiene, invece, che integri il delitto de quo «il compimento di un atto fraudolento o simulato che ostacoli o ritardi l'azione dell'avente diritto, a prescindere dalla effettiva realizzazione dello scopo perseguito», Cass., sez. VI, 10.2.2016, n. 7525, in *C.E.D. Cass.*, n. 266186.

²⁹ Nelle leggi “civili”, il concetto di dolo e l'attribuzione di “dolosa” a una condotta non si limita all'indicazione del profilo psicologico della stessa ma ne indica anche caratteristiche oggettive od esteriori relative alla sua idoneità decettiva, una nozione che, a sua volta, si ricollega al dolo romanistico ed alla exceptio doli che può essere, a sua volta, specialis seu preteriti, oppure, proprio nelle ipotesi relative a momenti successivi il sorgere dell'obbligazione, come nelle ipotesi che qui interessano e nelle ipotesi in genere relative al momento esecutivo, generalis seu praesentis (cfr., sul punto, TORRENTE, *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 218 ss.). Allo stesso tempo, sempre nelle leggi “civili” o, comunque, concepite in contatto e in stretta correlazione con la disciplina civile, la “fraudolenza” può talvolta essere indicativa di mero dolo “penalistico”, ossia non deve necessariamente possedere contenuti decettivi ma si può semplicemente limitare ai profili psicologici del dolo. Cfr., per es. (scil.

cioè, decettivo di profitto che si realizza mediante una condotta con la quale il soggetto agente si procura un vantaggio patrimoniale ingiusto traendo in errore un altro soggetto. Le condotte decettive realizzate nell'ipotesi in esame consistono o nella sottrazione o nel nascondimento materiale di beni oppure nella loro sottrazione "giuridica" commessa tramite atti formalmente leciti ma posti in essere al solo scopo di sottrarre il cespite patrimoniale all'esecuzione³⁰.

I confini della fattispecie risultano in tal modo tracciati nel senso che non viene tutelata qualsiasi esecuzione civile, ma solo quella che si realizza nell'apprensione di un bene³¹ che possa essere "trafugato" o occultato (materialmente o "giuridicamente") con le modalità sopra descritte e ciò significa che l'esecuzione - che deve consistere, come detto, nell'esecuzione forzata - viene tutelata dalla fattispecie in oggetto solo nei confronti delle attività sopra indicate. Proprio perché le due disposizioni dei primi due commi dell'art. 388 c.p. devono essere interpretate in modo che esse si coordinino tra loro, è necessario che le "misure cautelari" delle quali fa menzione la previsione del secondo comma siano considerate solo quelle strumentali all'esecuzione finale "reale" nel senso sopra specificato. Esse consistono nell'"apprensione" da parte degli organi dell'esecuzione di utilità patrimoniali in vista della futura esecuzione sulle stesse (espropriazione, consegna o rilascio, remissione in pristino). La previsione di una fattispecie incriminatrice limitata a tali ipotesi è giustificata dalla circostanza che le sopra indicate attività "fraudolente" di "sottrazione" patrimoniale rappresentano - sia in relazione alla tutela "finale" che

con riferimento alla sola rubrica), l'art. 416 l. fall, "Bancarotta fraudolenta", dove la "fraudolenza" non implica necessariamente una condotta decettiva ma semplicemente il dolo "penalistico", laddove l'assenza dello stesso lascia aperta la possibilità a titolo di bancarotta colposa, ossia "semplice".

³⁰ I beni "occultati" (materialmente o giuridicamente) all'esecuzione appaiono come non più esistenti o non più esegutabili e, in tal modo, si determina la non andata a buon fine dell'esecuzione oppure dell'apprensione cautelare. In ciò consiste l'insidiosità delle condotte tipiche rappresentate dalle due previsioni incriminatrici in oggetto. Si tratta di un'insidiosità superiore alla mera opposizione "violenta" all'esecuzione la quale da un lato è superabile mediante l'impiego della forza pubblica e, da un altro, è sanzionata autonomamente sotto altro titolo criminoso (art. 337 c.p.). I fatti fraudolenti possono essere realizzati sia con condotte commissive che omissive (per es. mediante la mancata riscossione di un credito od il mancato ritiro di un bene presso il debitore). In tal senso BRUNELLI, *Art. 388 c.p.*, cit., 2375. Cfr. anche il nostro, *Mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, cit., 585 s. Per una ipotesi specifica di atto fraudolento cfr. Cass., Sez. VI, 14 aprile 2010, n. 18494, in *Mass. UII*, n. 246918 che ha ritenuto che integri «il delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice la condotta di colui che, per sottrarre i propri beni all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, cede gli stessi ad un fondo fiduciario di cui è amministratore, il quale successivamente provvede alla loro vendita in favore di una società della quale l'agente risulta essere procuratore speciale».

³¹ Si tratta, pertanto, dell'esecuzione per espropriazione o per consegna o rilascio.

a quella cautelare - la minaccia più insidiosa nei confronti dei diritti del creditore. Esse, infatti, qualora non vengano scoperte e qualora i beni sottratti non vengano successivamente recuperati mediante l'esperienza di un'azione revocatoria³², vanificano definitivamente tali diritti³³.

Un'opposizione "violenta" opposta agli organi dell'esecuzione all'atto dell'apprensione coatta dei beni viene, invece, da un lato superata di fatto dalla forza pubblica che assiste gli organi dell'esecuzione e che prevale, per definizione, sulla "forza" privata³⁴ e, da un altro, è sanzionata autonomamente dalla disposizione prevista dall'art. 337 c.p. (resistenza a un pubblico ufficiale).

D'altro lato, le previsioni di fattispecie incriminatrici destinate a sanzionare l'elusione fraudolenta della garanzia patrimoniale è giustificata dalla circostanza rappresentata dal fatto che la tutela "civile" e la relativa "garanzia" civile, si risolve sempre - allorché l'esecuzione "spontanea", anche se "incoraggiata" da misure di c.d. "coercizione indiretta", non abbia luogo - in una tutela patrimoniale o, in altri termini, "riparatoria" per equivalente. La garanzia "finale" di tipo civile risulta essere, pertanto, una garanzia di tipo patrimoniale e la fattispecie penale "di chiusura"³⁵ generale in ordine alla salvaguardia di tale garanzia è proprio quella prevista dall'art. 388 c.p.

Gli altri provvedimenti adottabili in sede di "tutela" civile, quali l'imposizione di obblighi, sia di fare che di non fare, sia quelli infungibili che fungibili, come le remissioni in pristino, l'immissione nel possesso di immobili, da un lato

³² Le condotte decettive lesive della garanzia patrimoniale descritto nel primo comma dell'art. 388 c.p., peraltro, non si sovrappongono necessariamente ai presupposti per l'esperienza dell'azione revocatoria; in tal senso, cfr. BRUNELLI, *Art. 388 c.p.*, cit., 2375; MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, 201 ss.

³³ La più volte citata sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione del 27.9.2007, n. 36692, coglie efficacemente il profilo di tutela espresso della previsione de qua e che consiste nella necessità di assicurare il buon fine della tutela civile allorché afferma che sussiste «l'esigenza di preservare la possibilità di un'effettiva efficacia pratica della decisione futura» e ciò proprio perché il patrimonio del debitore costituisce la garanzia per il creditore che le proprie obbligazioni vengano soddisfatte. La sentenza in oggetto si allontana, però, da tale impostazione allorché ritiene che la disposizione de qua possa essere utilizzata per sanzionare la mancata collaborazione dell'obbligato in relazione all'adempimento degli obblighi nascenti dal provvedimento giudiziale. Tali obblighi "positivi", ossia di fare o non fare, non possono essere "assicurati" e garantiti in maniera parallela a come, invece, vengono garantiti gli obblighi patrimoniali attraverso il patrimonio del debitore quale utilità espropriabile, né i predetti obblighi infungibili possono essere soddisfatti in maniera forzosa nel senso proprio del termine. Essi vengono "adempiti coattivamente" ossia, in maniera più precisa, soddisfatti coattivamente, solo allorché vengano trasformati in obblighi di natura strettamente patrimoniale (di risarcimento o di restituzione) che vengono soddisfatti mediante esecuzione forzata su beni del creditore. È proprio la garanzia patrimoniale - la vera e propria garanzia "finale" in relazione agli obblighi "civili" - quella che è tutelata dall'art. 388 c.p.

³⁴ Artt. 475, 492 co. 7°, 513 co. 2°, 608 co. 2°, 613 c.p.c.

³⁵ PALAZZO, *Tutela dei diritti*, cit., p. 523.

sono assistiti da altre tutele e, da un altro, non corrono il pericolo (per la stessa natura dei beni coinvolti) di essere vanificati definitivamente. Gli obblighi c.d. infungibili, come ricordato, sono tutelabili in maniera “indiretta” tramite l’irrogazione di sanzioni a seguito della loro inosservanza. Tali sanzioni, però, non sono rappresentate da quelle previste dall’art. 388 c.p., bensì da disposizioni ad hoc presenti nell’ordinamento^{36 37}.

³⁶ Gli obblighi infungibili a carattere civilistico (ossia inerenti una prestazione avente contenuto economico o, comunque, valutabile economicamente ed a carattere disponibile), già tutelati da misure di coercizione indiretta a carattere particolare, come per es., quella prevista dall’art. 18, u.c., dello Statuto dei lavoratori, oppure in tema di tutela dalla concorrenza sleale (artt. 2599 c.c.), sono adesso assistiti dalla tutela predisposta dall’art. 614 bis c.p.c., introdotto dall’art. 49, primo comma, della l. 18.6.2009, n. 69 ed ulteriormente modificato dall’art. 13, primo comma, lett. cc-ter, del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

Tale disposizione sembra introdurre nel nostro ordinamento in via generale quello che negli ordinamenti di lingua francese viene chiamato l’istituto delle *Astreintes* ed in quelli di lingua tedesca dello *Zwangsgeld* (negli ordinamenti di lingua inglese si fa ricorso alla figura del *Contempt of Court*. Sul punto cfr. GRANDE, *Giustizia (reati contro l’amministrazione della) nel diritto anglo americano*, in *Dig. Pen.*, VI, Torino 1992). Alla disciplina prevista dall’art. 614 bis c.p.c. fa riscontro, in sede di tutela nei confronti della potestà amministrativa, l’istituto previsto dall’art. 114, comma 4, lettera e), D.Lgs. n. 104/2010 (CPA) che prevede rimedi dotati di un margine applicativo più ampio di quelli previsti nel codice di procedura civile in quanto nel processo amministrativo l’istituto della penalità di mora presenta una portata applicativa più ampia che nel processo civile. Il ricordato art. 114 CPA non ha riprodotto il limite, stabilito dalla norma di rito civile (art. 614-bis c.p.c.), della riferibilità del meccanismo di “coercizione indiretta” al solo caso di inadempimento di obblighi c.d. “infungibili” (cfr. T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 16.1.2015, n. 167). Tale maggiore estensione della tutela offerta a fronte di atti amministrativi illegittimi rispetto a quella accordabile nei rapporti fra privati è possibile in quanto, come ha rilevato T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez. I, 30 luglio 2014, n. 1307, essa va «ricondata alla peculiarità del rimedio dell’ottemperanza che, grazie al potere sostitutivo esercitabile dal giudice in via diretta o mediante la nomina di un commissario ad acta, non sconta, a differenza del giudizio di esecuzione civile, l’ostacolo della non surrogabilità degli atti necessari al fine di assicurare l’esecuzione in re del precetto giudiziario», ne deriva, come ha rilevato il Cons. di Stato, Sez. V, 1 ottobre 2012, n. 5155, Au.Pr. s.r.l. e altri c. Regione Calabria e altri, che «nel sistema processuale amministrativo, lo strumento in esame non mira a compensare gli ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi di contegno sanciti dalla sentenza del giudice civile», «grazie al potere sostitutivo esercitabile dal giudice» amministrativo nei confronti della P.A. «in via diretta o mediante la nomina di un commissario ad acta».

Uno dei nodi problematici che presenta la figura delle *Astreintes* e che, invece, non è presente né nell’istituto dello *Zwangsgeld*, né in quello del *Contempt of Court* (che prevedono sanzioni di chiara natura punitiva), risiede nella circostanza che la somma che l’obbligato in mora è costretto a pagare non viene corrisposta allo Stato bensì al creditore e che essa possa essere eventualmente anche superiore al danno subito da quest’ultimo a causa dell’inadempimento o del ritardo nello stesso. Tale circostanza si scontra, a nostro avviso, contro il disfavore espresso dall’ordinamento nei confronti dell’arricchimento senza causa. Un principio, quello del “divieto” di arricchimento senza causa, che verrebbe violato se anche nel nostro ordinamento venisse introdotto l’istituto americano dei “punitive damages”.

In ordine a tali aspetti della disciplina la nuova disposizione introdotta nel codice di rito civile appare, come abbiamo rilevato, poco chiara in quanto non emerge con sufficiente evidenza se la somma di denaro dovuta dall’obbligato al creditore in relazione ad «obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro» per ogni violazione o inosservanza successiva sia da commisurare al danno subito da quest’ultimo oppure possa eccedere lo stesso, dato che la disposizione in parola, al secondo comma, si

4. - Il secondo comma dell'art. 388 c.p. prevede, pertanto, una disposizione parallela a quella del primo comma destinata, a differenza della prima, all'esecuzione cautelare. Sarebbe, infatti, irragionevole tutelare l'"aggredibilità" e l'"occultabilità" dei beni del debitore da parte del suo titolare al fine di sottrarli all'esecuzione solo in fase "finale" permettendo, invece, che essi vengano sottratti e trafugati nella fase cautelare³⁸.

limita a disporre che «il giudice determina l'ammontare» di detta somma «tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile». La "polifunzionalità" e "polisemia" della dizione legislativa finisce per risolversi, ancora una volta, ad una sorta di delega (quasi) in bianco rilasciata dal legislatore alla giurisprudenza laddove sembra, comunque, più conforme ai principi ritenere che tale somma non possa comunque eccedere il danno patito del creditore.

Problema diverso è quello costituito dalla possibilità di distinguere fra la fungibilità e la non fungibilità di un obbligo di fare e di non fare, distinzione come minimo non agevole se lo stesso legislatore, con le citate modifiche del 2015, ha dovuto mutare la rubrica dell'art. 614-*bis* c.p.c. da «Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare» a «Misure di coercizione indiretta» e la stessa giurisprudenza (per ora si tratta di pronunce di giudici di merito) sta finendo per ampliare la suddetta tutela anche agli obblighi di fare "fungibili". Cfr. Trib. Siena, 11 novembre 2013, Marzoli e altri c. Soc. Fabbri, in *Foro it.*, 2014, 6, 1, 1980: «Può essere accolta la richiesta di determinare ex art. 614-*bis* c.p.c. una somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni giorno di ritardo nella esecuzione di una condanna all'adempimento di un obbligo di fare fungibile».

³⁷ Gli obblighi di fare o di non fare fungibili, così come le remissioni in pristino, sono coercibili attraverso «le persone che devono provvedere al compimento dell'opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta» come da ordinanza pronunciata dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 612 c.p.c. L'opposizione o la resistenza "violenta" all'opera dell'ufficiale giudiziario e delle altre persone designate per l'esecuzione è punibile ai sensi dell'art. 337 c.p. e non dell'art. 388 c.p. Allorché tale esecuzione forzata gravi su beni immobili, la disposizione di cui all'art. 388 c.p. è applicabile solo allorché la proprietà dell'immobile sia fittiziamente o strumentalmente ceduta ad altro soggetto e tale circostanza vanifichi l'esecuzione. Identiche considerazioni valgono per l'immissione nel possesso e, ovviamente, per la consegna ed il rilascio di beni mobili (artt. 605 ss. c.p.c.)

³⁸ Come la tutela civile cautelare anticipa quella finale, così la tutela penale apprestata dal capoverso dell'art. 388 c.p. anticipa quella predisposta dal primo comma. Si potrebbe obiettare che, sostenendo che il delitto di cui al secondo comma dell'art. 388 c.p. contempra la sola condotta di "occultamento" di beni esecutabili, quest'ultima disposizione risulterebbe pleonastica in quanto tale occultamento è già punito ai sensi del primo comma del medesimo articolo e, se è stato avviato il procedimento incidentale cautelare, allora vuol dire che è in corso anche il procedimento principale. La previsione del secondo comma, però, si rivela necessaria proprio perché il delitto previsto nel primo comma rappresenta una fattispecie *di danno* con riferimento al buon fine dell'"ordine" contenuto nel provvedimento finale, ossa in relazione alla soddisfazione del diritto del creditore mediante espropriazione oppure consegna o rilascio. Il secondo comma, invece, si limita ad assicurare il buon fine *dell'apprensione cautelare* e non del provvedimento finale teso, come tale, alla reintegrazione del diritto leso.

Secondo ABBAGNANO TRIONE, *op. cit.*, 1051, a seguito della più volte ricordata novella del 2009, la disposizione preveduta dal primo comma sarebbe applicabile alla mancata esecuzione dei provvedimenti cautelari diversi da quelli tipizzati nel secondo comma, soltanto ove tale condotta «sia connotata

Il concetto di “elusione” richiama modalità e caratteristiche della condotta già descritte nel comma precedente e la patrimonialità degli interessi tutelati ai fini della esecuzione “reale” è richiamata dall’oggetto delle misure cautelari che devono difendere «proprietà», «possesso» o «credito». Si deve trattare, in altri termini, di una cautela di tipo “patrimoniale”, ossia destinata all’apprensione di “cose” *esecutabili*, ossia pignorabili o comunque sottoponibili all’esecuzione forzata.

Elemento determinante per l’individuazione della rilevanza della condotta “elusiva” è, quindi, come nell’ipotesi prevista dal primo comma, la possibilità di “apprendere”³⁹ la res da parte degli organi dell’esecuzione, e la condotta rilevante - o “tipica” - consiste nel nascondimento (“fisico” o “giuridico”) della stessa⁴⁰.

dalle più stringenti articolazioni della condotta e dalla inottemperanza all’ingiunzione di eseguire» in quanto «la tutela penale non ha ragione di essere esclusa ove si consideri che lo spazio percettivo dell’art. 388, co. 1, c.p. è esteso anche agli inadempimenti degli obblighi dei quali sia “in corso l’accertamento dinanzi all’autorità giudiziaria stessa”, mostrando in definitiva come non sia necessario un provvedimento adottato a seguito di “piena cognizione”».

La locuzione richiamata relativa all’accertamento innanzi all’autorità giudiziaria, segna, a nostro avviso (sul punto v. anche *supra*), il limite temporale dal quale inizia ad operare il divieto di compiere atti di occultamento sui beni e non quello entro il quale opera il provvedimento in quanto nessun provvedimento potrà essere pronunciato senza l’espletamento di una previa attività di accertamento, sia esso anche un accertamento meramente sommario, come avviene nei provvedimenti monitori. L’accertamento, pertanto, anche in sede cautelare, ed anche quindi nell’ipotesi prevista dal secondo comma dell’art. 388 c.p., precede in ogni caso il provvedimento. L’inizio dell’accertamento segna in ogni caso l’inizio del “vincolo” penalistico operante sui beni del creditore a garanzia dell’obbligazione tale accertamento coincide con l’esercizio dell’azione giudiziaria (che può essere anche “monitoria”) da parte di quest’ultimo. Tale garanzia penalistica è estesa anche all’apprensione cautelare in vista della espropriazione satisfattiva dal capoverso dell’art. 388 c.p. Come si è già ricordato, DELITALA, *ibid.*, riteneva opportuno, de lege ferenda, estendere la portata della tutela penale della garanzia patrimoniale fino al momento dell’assunzione dell’obbligazione. Tale soluzione comporterebbe però (in maniera per molti versi parallela a quanto avviene in tema di bancarotta) la possibilità di una divaricazione temporale anche molto estesa fra il momento della condotta penalmente rilevante (l’occultamento dei cespiti patrimoniali) e quello della consumazione del reato in virtù della realizzazione dell’evento della non andata a buon fine dell’esecuzione forzata per incapienza del patrimonio.

³⁹ Per es., mediante trascrizione del provvedimento presso l’ufficio del conservatore dei registri immobiliari del luogo in cui i beni sono situati, nel caso di sequestro conservativo di immobili, oppure, nel caso di sequestro di mobili o crediti, secondo le norme stabilite per il pignoramento presso il debitore o presso terzi.

⁴⁰ La più volte citata sentenza “guida” della Cass., sez. un., del 2007 afferma che «è significativo [...] che la condotta prevista dall’art. 388 co. 2 c.p. [...] sia descritta come elusione non del provvedimento interinale in sé, bensì della sua esecuzione. Sicché è ragionevole ritenere che si richieda una condotta ben più trasgressiva della mera inottemperanza, altrimenti sarebbe stato sufficiente definire la condotta in termini di “inosservanza”», come avviene in altre disposizioni, fra le quali la stessa sentenza oggetto ricorda l’art. 650 c.p. l’espressione elusione dell’esecuzione, però, realizza anch’essa un’espressione polisensu in quanto non solo deve essere chiarito in cosa consista la condotta elusiva ma anche di quale “esecuzione”, pur sempre “civile”, si tratti. Sull’utilizzo di formule legislative ‘polisensu’ cfr., di recente,

Ciò che vale in sede “finale” vale anche in sede cautelare. Soltanto sulle “cose” (che possono anche essere immateriali, ma devono comunque sempre rappresentare diritti patrimoniali) si possono compere atti o fatti simulati o fraudolenti. Si può anche trattare di provvedimenti che riguardano immobili, ma non di provvedimenti cautelari che abbiano a oggetto sole condotte, ossia quelli che impongono obblighi di fare o di non fare infungibili; la violazione di tali obblighi realizza diversi tipi di illecito rispetto a quello previsto dal capoverso dell’art. 388 c.p. Si tratta, in queste ultime ipotesi, di condotte “di disobbedienza” le quali, anche se legate, in senso lato¹¹, al fenomeno “esecutivo”, non rientrano nell’ambito della fattispecie.

Il limite temporale a partire dal quale sono vietate le manovre decettive di cui al capoverso dovrà sempre essere individuato in quello dell’inizio del procedimento di cui al primo comma, rimanendo naturalmente fermo anche quello relativo alla pronuncia del provvedimento, questa volta interinale.

Che la disposizione prevista dal secondo comma e dedicata alle misure cautelari sia quella più rilevante nella pratica e sulla quale, correlativamente, si rinvenga il maggior numero di pronunce giurisprudenziali, non deve meravigliare se solo si consideri come il peso della tutela processuale e procedimentale, e non solo in sede ed in materia civile, si sia vieppiù spostato da quella finale a quella cautelare¹².

5. - Proprio in tema d’interpretazione e di correlata delimitazione dell’ambito applicativo della disposizione dedicata alle cautele a contenuto patrimoniale si

G. DE FRANCESCO, *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale: uno schizzo problematico*, in *Cassazione legalità penale*, a cura di Cadoppi, cit., 366, che sottolinea come «la determinatezza [...] rappresenta lo ‘strumento’ per ‘costringere’ l’organo legislativo ad una presa di posizione univoca, definita, coraggiosamente rivolta ad additare un percorso sicuro e trasparente in termini politico-criminali» (370).

¹¹ Il Titolo IV del Libro III del codice di rito civile è dedicato alla “esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare”. Mentre, però, gli artt. dal 612 al 614 disciplinano l’esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare c.d. “fungibili”, il “nuovo” e più volte ricordato art. 614 bis c.p.c. disciplina non già l’esecuzione forzata ma l’“attuazione” degli obblighi di fare o non fare c.d. “fungibili”. Gli artt. 612 - 614 c.p.c. prevedono, infatti, una vera e propria coercizione diretta, ossia una vera e propria esecuzione forzata, in quanto la “forza” dello Stato si sostituisce in toto alla mancata cooperazione del debitore ed è la forza dello Stato a corrispondere al creditore in maniera identica il bene della vita che il debitore inadempiente ha mancato di corrispondere, mentre, invece, l’art. 614 bis c.p.c. prevede una coercizione non già diretta o soddisfattiva ma indiretta o dissuasiva, in quanto quest’ultima disposizione prospetta una sanzione (o una pluralità di sanzioni) comminate al fine di motivare il debitore ad un adempimento “specifico”, ossia ad un adempimento che può essere realizzato, nella sua specificità o infungibilità, solo dal debitore.

¹² È proprio la figura prevista dal secondo comma dell’art. 388 c.p. relativa all’elusione di misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito a costituire, com’è stato notato, «senz’altro il nodo più problematico di tutto l’art. 388 c.p.», PALAZZO, *La tutela dei diritti*, cit., 526.

registra una tendenza all'ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie che ha utilizzato come base argomentativa l'individuazione dell'interesse tutelato nell'"effettività" della tutela giurisdizionale⁴³.

La sentenza "guida" in materia, costituita dalla già ricordata decisione delle Sezioni unite della Cassazione del 27 settembre 2007, n. 36692, e la prevalente giurisprudenza che ad essa si conforma, pur riconoscendo che il primo ed il secondo comma dell'art. 388 c.p. si caratterizzano per identica oggettività giuridica, pur rifiutando la risalente identificazione dell'interesse protetto nella mera obbedienza al provvedimento giudiziale, attraverso un'interpretazione che procede dall'individuazione del bene tutelato per arrivare all'esegesi del testo, interpretano la disposizione contenuta nel secondo comma dello stesso come una sorta di fattispecie sanzionatoria di precetti contenuti nel provvedimento giudiziale, introducendo così un'ulteriore forma (oltre a quelle già previste da disposizioni ad hoc) di "coercizione indiretta" destinata a rafforzare i doveri di obbedienza ai provvedimenti giudiziali che dettano obblighi di fare "infungibili"⁴⁴.

⁴³ Come si è ricordato, l'interesse all'effettività della "tutela" giudiziale è certamente riconosciuto dall'ordinamento ma che viene tutelato da una serie di misure differenziate, alcune di coercizione "indiretta" ed altre di coercizione "reale". In particolare, le fattispecie criminose previste dai primi due commi dell'art. 388 c.p. non tutelano, infatti, qualsiasi lesione dell'"effettività" della tutela giudiziale, né qualsiasi "vanificazione" della stessa, ma solo quella che si realizza tramite la lesione della garanzia patrimoniale mediante atti decettivi. Mediante la logica argomentativa utilizzata dalla sentenza in oggetto e dalla giurisprudenza che ad essa si conforma, un bene da tutelare individuato "in premessa" condiziona l'interpretazione della previsione normativa: le condotte rilevanti vengono individuate, in prevalenza, non tanto in ragione della loro "tipicità", ossia della corrispondenza alla descrizione legislativa, quanto piuttosto in relazione alla loro potenzialità offensiva nei confronti di un bene tutelato precedentemente individuato. Il "circolo ermeneutico" viene così "interrotto" eleggendo come punto di partenza dal quale muove l'interpretazione non tanto ed innanzitutto la lettera della legge ma piuttosto e soprattutto il bene tutelato.

⁴⁴ La citata sentenza afferma che l'inadempimento dell'obbligato realizza la fattispecie de qua allorché "la natura personale delle prestazioni imposte ovvero la natura interdittiva dello stesso provvedimento giudiziale escludano che l'esecuzione possa prescindere dal contributo dell'obbligato". In dottrina, nel senso che «l'offensività del fatto non è circoscritta ai provvedimenti aventi forza esecutiva; di conseguenza, l'incriminazione, specie dal 2009, si iscrive nel quadro degli strumenti funzionali al superamento delle deficienze dell'esecuzione, nei casi di mancata cooperazione dell'obbligato», di recente, ABBA-GNANO TRIONE, *op. cit.*, 1055. Da ultimo, nella giurisprudenza, seguendo la traccia argomentativa secondo la quale le disposizioni in oggetto (specie quella prevista dal capoverso dell'art. 388 c.p.) sarebbero destinate a rendere effettiva l'esecuzione del provvedimento giudiziale ove quest'ultima necessiti della cooperazione dell'obbligato, Cass., Sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 54974, in *Mass. UIt.*, n. 268583, ha affermato che «il provvedimento cautelare adottato dal giudice civile di inibizione o limitazione dello svolgimento di attività comportanti una rumorosità superiore a una determinata soglia è da ritenere emesso a tutela sia del diritto alla salute sia del diritto del proprietario o del possessore di un immobile contiguo di escludere o limitare le immissioni eccedenti la normale tollerabilità, a norma dell'art. 844 cod. civ. Ne consegue che il comportamento diretto a eludere l'esecuzione del predetto provvedimento integra il delitto previsto dall'art. 388, comma secondo, cod. pen. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto

La predetta sentenza e la giurisprudenza che ad essa si conforma, affermano inoltre che, nel caso di obblighi di mero pati, la previsione incriminatrice in oggetto sarebbe destinata a punire «i comportamenti che ostacolano dall'esterno un'attività esecutiva integralmente affidata ad altri».

La sentenza sopra ricordata, nel censurare la decisione che aveva considerato rilevante ai sensi della disposizione in oggetto la mera omessa restituzione di un immobile così com'era stato disposto in un provvedimento di natura cautelare, individua i limiti di rilevanza della vanificazione della tutela giudiziale nella esclusione delle ipotesi meramente omissive, come quella che costituiva oggetto del giudizio, mentre, secondo questa impostazione, sarebbero, invece, come già ricordato, rilevanti quelle condotte commissive le quali ostacolano «dall'esterno» un'attività esecutiva integralmente affidata ad altri, ossia ai pubblici ufficiali preposti per l'esecuzione coatta⁴⁵.

immune da vizi la sentenza con la quale era stata ricondotta al reato indicato la condotta del ricorrente che, in qualità di Presidente del Consiglio di amministrazione di una società che gestiva un locale, aveva arrecato disturbo agli abitanti del vicinato mediante diffusione di musica ad alto volume oltre l'orario stabilito dal provvedimento inibitorio)».

Sul punto si rileva che non solo il provvedimento inibitorio di cui alla massima citata attiene a una tutela «preventiva» e non «satisfattiva» (che, invece, costituisce l'oggetto delle fattispecie incriminatrici de quibus) ma, soprattutto, a fronte dell'inosservanza di obblighi di fare e non fare infungibili, l'ordinamento prevede lo specifico rimedio «sanzionatorio» di cui all'art. 614 bis c.p.c.

Proprio il richiamo alla mancata doverosa collaborazione dell'obbligato in relazione all'adempimento del provvedimento giudiziale rende possibile un'applicazione diffusa e «priva di lacune» della fattispecie in oggetto a tutte le inottemperanze a un dictum giudiziale. Significativamente, di recente, Cass., Sez. VI, 1 febbraio 2017, n. 11952, *Mass. Uff.*, n. 269644, ha ritenuto applicabile la fattispecie delittuosa in esame all'ipotesi relativa alla contravvenzione dell'obbligo fissato in sede giudiziaria di dare esecuzione ad un contratto: «Ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 388, comma secondo, cod. pen., l'elusione del provvedimento del giudice può consistere anche in una condotta che ostacola dall'esterno un'attività esecutiva integralmente affidata ad altri ovvero in una inottemperanza di un obbligo coattivamente ineseguibile, per la cui esecuzione è indispensabile la collaborazione dell'obbligato. (Fattispecie in cui la Corte ha rigettato il ricorso dell'imputato, avverso la sentenza che lo aveva condannato per il suddetto reato, in quanto non aveva osservato il provvedimento adottato dal giudice civile, ex art. 700 cod. proc. civ., che lo obbligava a dare esecuzione ai contratti conclusi con la persona offesa, secondo cui la società dell'imputato doveva esporre per la vendita presso il suo supermercato i prodotti forniti dalla controparte contrattuale)».

⁴⁵ Anche questo limite - per la verità ancora insufficiente - posto all'ampliamento dell'area applicativa della fattispecie in esame, non è stato sempre osservato dalla giurisprudenza successiva che ha, in alcune ipotesi, continuato ad assegnare alla figura in oggetto una natura meramente ordinatoria quale delitto di inottemperanza. Cfr., proprio in un'ipotesi relativa alla mancata riconsegna come disposto da provvedimento giudiziario, Cass., Sez. III, 20 maggio 2014, n. 30574, in *Quotidiano Giuridico*, 2014 e Id., Sez. II, 16 aprile 2014, n. 31192, *ivi* (con nota di BALDI, *Le responsabilità dell'amministratore che non riconsegna i documenti a fine mandato*), «Se l'ordine di riconsegna è di natura giudiziale, sussiste il reato di mancata esecuzione dolosa anche se esso è stato emanato con provvedimento di urgenza». Un altro e più recente esempio del superamento del limite apposto dalla più volte citata sentenza delle Sez. unite della Cassazione all'espansione della disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 388 c.p. (e, per riflesso, anche a quella del primo comma) è costituito dall'esclusione dall'ambito applicativo

Costituirebbero, inoltre, secondo la giurisprudenza richiamata, condotte rilevanti ai sensi del secondo comma dell'art. 388 c.p. anche quelle che contravengono obblighi di non fare o fare infungibili per il quale adempimento è necessario il «contributo dell'obbligato»⁴⁶.

Come si è, però, più volte ricordato, non solo la violazione di tali obblighi rappresenta una condotta radicalmente diversa da quella di “nascondimento” di cespiti esegutabili (che rappresenta la condotta tipica ai sensi di entrambe le disposizioni incriminatrici in esame) e, quindi, estranea al “volto tipico” della fattispecie⁴⁷, ma, inoltre, la violazione degli obblighi infungibili di fare o di non fare è sanzionata in via autonoma in quanto, oltre alla previsione degli obblighi risarcitori, l'ordinamento prevede anche una serie di sanzioni che

delle disposizioni in esame delle condotte omissive, con inclusione delle sole condotte commissive di ostacolo all'esecuzione, è offerto, in tema di sequestro giudiziario delle quote dei soci accomandanti, da Cass., Sez. VI, 27 settembre 2016, *Mass. Uff.*, n. 47307, che ha affermato che realizza il reato previsto dal secondo comma dell'art. 388 c.p. «la condotta dell'amministratore che, in violazione del provvedimento di sequestro giudiziario delle quote dei soci accomandanti di una società gestita dall'imputato, opponga al custode giudiziario una condotta ostruzionistica, in particolare omettendo di consegnare i documenti contabili ed amministrativi, e così impedisca la ricostruzione dell'entità del patrimonio sociale, trattandosi di un comportamento elusivo di un obbligo non coattivamente eseguibile».

⁴⁶ In questo senso la giurisprudenza riconduce all'ambito di tutela dell'art. 388 c.p. la tutela “inibitoria”. Cfr., per es., Cass., Sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 54974, in *Mass. Uff.*, n. 268583, cit. Parallelamente, sull'inibitoria all'uso commerciale d'invenzione brevettata Cass., Sez. VI, 17 febbraio 2015, n. 15646, in *Mass. Uff.*, n. 263074: «Integra il reato di mancata esecuzione di un provvedimento del giudice, di cui all'art. 388, comma secondo, cod. pen. la condotta di omesso rispetto di una inibitoria all'uso commerciale di un'invenzione brevettata, stabilita dal giudice civile con sentenza provvisoriamente esecutiva, costituendo il brevetto una forma di tutela della proprietà ed industriale, e, conseguentemente, l'inibitoria un provvedimento che prescrive misure cautelari a difesa della proprietà». Laddove il legislatore, per tali ipotesi, ha, invece, previsto la specifica misura di “coercizione indiretta” di cui all'art. 14 del Codice della proprietà industriale. In senso diverso, peraltro, si è espressa, sempre in relazione alla violazione di obblighi di non fare, Cass. civ., Sez. III, 9 aprile 2014, n. 8274, in *Quotidiano Giuridico*, 2014, la quale ha precisato che «non incorre nel reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice chi, pur intimato da un divieto contenuto in una sentenza, continui a parcheggiare le proprie autovetture, ancorché nelle ore notturne o festive ed in assenza di vigilanti, nelle aree al trasgressore inibite».

⁴⁷ Tale tipicità si ricava, come più volte ricordato, da quella del primo comma dell'art. 388 c.p. il quale non può essere ridotto alla mera inottemperanza del disposto giudiziale in quanto la condotta, nel primo comma, non è descritta in termini di “elusione”, come nel secondo, ma di compimento di «atti simulati o fraudolenti» o «fatti fraudolenti». Che la condotta di elusione non si possa caratterizzare per la mera inottemperanza non discende solo dall'interpretazione letterale del concetto di elusione (che indica una condotta non solo antidoverosa ma anche decettiva) ma, soprattutto, dall'interpretazione “sistemica” del secondo comma che deve essere interpretato in armonia con le altre disposizioni dell'ordinamento in modo che la disciplina risultante sia coerente e ragionevole. In altri termini, risulterebbe del tutto irragionevole (e quindi sottoponibile a censura costituzionale ai sensi dell'art. 3 Cost.) assegnare alla tutela del provvedimento cautelare (un provvedimento, come tale, strumentale al raggiungimento della tutela finale o definitiva) prestata dal capoverso della disposizione in esame un ambito più esteso della tutela invece prestata dal primo comma al provvedimento finale o definitivo.

rappresentano strumenti di “coercizione indiretta” e che sono previste, proprio sotto tale denominazione, in via generale, nel processo civile dall’art. 614 bis c.p.c. ed in quello amministrativo dall’art. 114, comma quarto, lett. e, del d.lg. n. 104 del 2010 e successive modifiche⁴⁸, e, in via particolare, da una serie di altre disposizioni che prescrivono misure di coercizione indiretta⁴⁹.

⁴⁸ La tutela in sede di giustizia amministrativa è del tutto parallela a quella prestata in sede di giustizia civile in quanto, in entrambi i casi, la giurisdizione appresta un rimedio “riparatorio” il quale, come tale, differisce da quella proprio della giustizia punitiva che si caratterizza, come tale, nell’infissione di una situazione di svantaggio nei confronti del violatore della norma. Rientrano nel genus della tutela “riparatoria”, infatti, non solo le sanzioni risarcitorie e restitutorie, ma anche quelle di annullamento le quali costituiscono il nucleo originario della tutela prestata in sede di giustizia amministrativa. Si tratta di sanzioni le quali, al pari di quelle risarcitorie e restitutorie, non sono finalizzate a infliggere una situazione di svantaggio nei confronti del violatore della norma ma che hanno invece come oggetto il ripristino dell’utilità materiale pregiudicata dalla condotta illecita; mediante la sanzione di annullamento l’atto giuridico che comprimeva illecitamente i diritti (gli “interessi legittimi”, nell’ambito della giustizia amministrativa) di un determinato soggetto viene “rimosso” e, pertanto, tale sanzione rende possibile al soggetto i cui diritti venivano compromessi dall’atto illegittimo di recuperare gli stessi.

⁴⁹ Come, per es., le già ricordate misure in tema di brevetti (art. 14 del Codice della proprietà industriale), oppure in tema di concorrenza sleale (art. 2599 c.c.), oppure, ancora, in tema di lavoro (art. 18, u.c., Statuto dei lavoratori).

Anche sulla vexata quaestio relativa alla mancata reintegrazione del lavoratore ingiustamente licenziato non si registra un atteggiamento uniforme della giurisprudenza. Cfr., per es., Cass., Sez. VI, 26 marzo 2014, n. 39075, in *Mass. Uff.*, n. 260812: «Integra il reato previsto dall’art. 388, co. secondo, cod. pen., la mancata ottemperanza all’ordine del giudice civile impartito ex art. 700 cod. proc. civ. ed avente ad oggetto la reintegrazione di un dipendente nel pubblico ufficio ricoperto, quando allo stesso sono connessi precisi diritti patrimoniali, poiché, in tal caso, il provvedimento giudiziale rientra nel novero delle misure cautelari a difesa del credito tutelate dalla norma incriminatrice» e, in senso opposto, precedentemente, Cass., Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 33907, in *Mass. Uff.*, n. 253266: «Non integra il reato previsto dall’art. 388, comma secondo, cod. pen. la mancata ottemperanza all’ordine del giudice civile impartito ex art. 700 cod. proc. civ. ed avente ad oggetto la reintegrazione di un dipendente nel pubblico ufficio ricoperto», laddove veniva precisato nella giurisprudenza ancora precedente (cfr. Cass., 30.1.1979, in *Cass. pen.*, 1980, 1307) che «l’interesse del lavoratore a eseguire la pattuita prestazione delle proprie energie lavorative indipendentemente dal conseguimento della controprestazione retributiva non è definibile come diritto di credito, cioè come diritto ad una prestazione economicamente valutabile di dare, o pati, posta della legge o dal contratto a carico del datore di lavoro, ma rappresenta soltanto il fondamento di alcuni diritti della personalità [...], ai quali il disposto dell’art. 388 c.p., la cui interpretazione non può travalicare il principio di tassatività, non accorda specifica tutela penale». In relazione a tale decisione MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti, limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III ed., Milano, 2001, 175 ss., rilevano come la Cassazione si fosse attenuta ad una linea di fedeltà alla lettera della legge.

La sentenza della Corte di Cassazione da ultimo richiamata, pur escludendo correttamente la rilevanza ai sensi della disposizione in esame dell’inadempimento all’ordine di reintegrazione del lavoratore, si muove all’interno della logica dell’inosservanza all’ordine, una logica la quale, come si è visto, non esprime il carattere delle disposizioni previste dai primi due commi dell’art. 388 c.p. La mancata reintegrazione del lavoratore non è punibile ai sensi della disposizione in esame non perché l’ordine relativo non concerna né la proprietà, né il possesso, né il credito, ma perché nella condotta di mancata reintegrazione del lavoratore non si realizza nessun “occultamento” (né materiale, né giuridico), di una res e, quindi, tale condotta non realizza quella tipica prevista da tale figura incriminatrice. A ciò si aggiunga ulteriormente che, com’è previsto in via generale in relazione agli altri obblighi infungibili dall’art. 614

L'esistenza stessa di tali previsioni di "coercizione indiretta" in relazione agli obblighi "infungibili" costituisce un'ulteriore dimostrazione della circostanza che la tutela apprestata sia del primo che dal secondo comma dell'art. 388 c.p. abbia un oggetto e una natura del tutto diversa da quella che contraddistingue la "coercizione indiretta" in relazione ad obblighi di condotta aventi ad oggetto prestazioni a diretto vantaggio di un terzo, in quanto la tutela apprestata dall'art. 388 c.p. non è solo strettamente collegata ai profili patrimoniali ed esecutivi ma anche circoscritta al divieto di "occultamento" (materiale o giuridico) della cosa oggetto del provvedimento (sia esso o meno "finale") apprensivo.

Anche le condotte, poi, di "ostacolo attivo" all'attività di apprensione dei pubblici ufficiali preposti all'esecuzione coatta - che la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione ritiene, come si è visto, oltre quella di mancato adempimento degli obblighi "infungibili", rilevanti ai sensi dell'art. 388 c.p.⁵⁰ - sono già autonomamente sanzionate quali atti di resistenza al pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 337 c.p.

Tale ultima fattispecie, si ripete comunemente, non comprende la c.d. "resistenza passiva"⁵¹ ma, come un esame della casistica è in grado di evidenziare, la "passività" della resistenza non è tanto ancorata ad una natura omissiva del-

bis c.p.c., anche l'adempimento del particolare obbligo di reintegrazione del lavoratore è tutelato da una forma di c.d. "coercizione indiretta" prevista dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori che dispone, all'ultimo comma, che «nell'ipotesi di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 22, il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al primo comma ovvero all'ordinanza di cui al quarto comma, non impugnata o confermata dal giudice che l'ha pronunciata, è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore». Naturalmente, se il datore di lavoro vanifica la garanzia patrimoniale con atti o fatti simulati o fraudolenti in modo da frustrare in sede esecutiva il diritto del lavoratore a percepire la retribuzione, tale condotta realizza la fattispecie prevista dall'art. 388 c.p. Sul punto è bene rilevare che ciò che viene tutelato dall'art. 388 c.p. è il diritto di credito del lavoratore a fronte di manovre decettive lesive della garanzia patrimoniale dei suoi crediti e non la sua riassunzione la quale, come prestazione infungibile, viene "tutelata" mediante le misure di c.d. "coercizione indiretta" sopra ricordate.

Successivamente alla riforma del 2009, VALSECCHI, *Dosimetria delle sanzioni pecuniarie e nuova formulazione dell'art. 388 c.p.*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di Mazza-Viganò, Torino, 2009, 547, ritiene applicabile, qualora ne ricorrano gli elementi costitutivi, l'art. 388 c.p. a tale fattispecie.

⁵⁰ Ancora di recente è stato ribadito da Cass., Sez. VI, 22 marzo 2016, n. 16389, in *Mass. Uff.*, n. 266797, il principio secondo il quale la condotta tipica di elusione del provvedimento di cui al capoverso dell'art. 388 c.p. «può consistere in una condotta che ostacola dall'esterno un'attività esecutiva integralmente affidata ad altri».

⁵¹ V., anche per ulteriori riferimenti, RICCIO, *Violenza o minaccia e resistenza alla pubblica amministrazione*, in *Nss. d. I.*, vol. XX, Torino, 1975, 976; cfr. anche PASELLA, *Violenza e resistenza a pubblico ufficiale*, in *Dig. d. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, 252.

la condotta invece che ad una commissiva quanto piuttosto al *grado* della resistenza, sia essa “attiva” o “passiva”, opposta dal soggetto agente⁵². Anche nelle ipotesi di resistenza a pubblico ufficiale, pertanto non è tanto la distinzione fra azione od omissione che rileva al fine della qualificazione giuridica del fatto quanto piuttosto la divergenza della condotta da criteri di normalità e di adeguatezza sociale e, quindi ed in altri termini, dal significato oggettivo della condotta in termini di ostacolo all’espletamento dell’opera del pubblico ufficiale. Il delitto di resistenza a un pubblico ufficiale previsto dall’art. 337 c.p. viene, pertanto, realizzato da tutte quelle forme di opposizione fisica che esulino dalla mera passività la quale è da considerare “inerte” (e, quindi, lecita sotto il profilo penale) in quanto “socialmente adeguata” o “tollerabile”⁵³. Le condotte tipiche previste dall’art. 337 c.p. possono pertanto realizzarsi sia mediante fatti commissivi che omissivi che realizzino una “commissione”, ossia una “violenza” nei confronti del pubblico ufficiale⁵⁴. E,

⁵² Sul concetto di violenza e minaccia nel diritto penale v. MEZZETTI, *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. d. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, 264 ss..

⁵³ BARBONI, *Il concetto di violenza nel diritto penale: aspetti criminologici e spunti di ricostruzione dogmatica*, Napoli, 1999, 31, ricostruisce l’evoluzione del concetto di violenza da «soverchiante forza fisica» al «risultato del costringimento» ovvero come «qualsiasi attività diretta a produrre una lesione della libertà nei suoi molteplici campi di azione» (37), ricordando, in ciò, anche la posizione di PECORARO ALBANI, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, 1962, 19 ss., che riconosceva che «non conta tanto l’energia impiegato quanto il pregiudizio fisico che arreca» e che tale pregiudizio fisico debba essere riconosciuto allorché una persona «sia lesa nella possibilità della fisica condotta».

Il problema consiste adesso pertanto, a nostro avviso, non tanto nell’ammettere un concetto di violenza che si realizzi anche senza l’esplicazione di una forza diretta nei confronti del corpo di un’altra persona, ossia una *violenza senza contatto fisico* (tale “forma” di violenza dev’essere infatti riconosciuta), quanto piuttosto nel trovare *un limite* entro il quale circoscrivere tale tipo di violenza che si realizza senza contatto fisico. La violenza senza contatto fisico (oltre alle ipotesi di contatto fisico mediato attraverso, per es., persone non responsabili, oppure attraverso “strumenti inanimati”) finisce, a questo punto, per identificarsi con la minaccia, ossia con il più ampio concetto di *coazione* o, in altri termini, di “vis” romanistica. In questo senso, secondo BARBONI, op. cit., 66, si deve operare un riferimento, al fine di selezionare gli atti di costrizione penalmente rilevanti, a criteri che si orientino alla riprovevolezza sociale, laddove l’A. citato sottolinea altresì la necessità di «evitare che lo sganciamento da un requisito così concreto della condotta, quale era quello costituito dalla forza fisica, si traduca in una totale perdita di confine della norma, attivando così un meccanismo di “risucchio” nell’area del penalmente rilevante di qualunque tipo di comportamento diretto ad influenzare, a qualunque livello e con qualunque grado di intensità, la libertà altrui» (65). Rilevante, appare, pertanto, la distinzione, se si vuole quantitativa, fra diversi “gradi” di costrizione.

In tema di “minaccia”, rileva, di recente, GATTA, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, 94, come la «minaccia mezzo», ossia la minaccia considerata come «mezzo di coazione» (91 s.), si presenti nella legislazione penale (ma non solo in essa) come modalità di realizzazione del fatto «alternativa e fungibile» alla violenza e come, significativamente, essa viene parificata a quest’ultima sotto il profilo sanzionatorio.

⁵⁴ Com’è noto, «ai fini dell’integrazione del delitto di resistenza a pubblico ufficiale non è necessario che la violenza o minaccia sia usata sulla persona del pubblico ufficiale, ma soltanto che sia posta in essere per opporsi allo stesso nel compimento di un atto di ufficio, con la conseguenza che è sufficiente anche

così, per es., la condotta di chi apra il recinto nel quale è rinchiuso un cane mordace (condotta commissiva) è da equiparare alla condotta di colui che ometta di richiamare il proprio cane mordace che si trovi libero nell'abitazione o nel fondo e che potrebbe avventarsi contro il pubblico ufficiale che sta procedendo al pignoramento e si sta introducendo, a tal fine, nell'abitazione o nel fondo stesso. In altri termini, la distinzione fra commissione ed omissione operata dalla sentenza in esame non tiene, tra l'altro, conto della circostanza che le condotte commissive possono essere "convertite" in condotte commissive mediante omissione mediante l'utilizzo o di apparecchiature oppure di "soggetti terzi" che l'agente abbia il potere di controllare, ossia, in altri termini, mediante l'utilizzo di uno "strumento non doloso" o incolpevole.

In definitiva, l'esigenza di tutela consistente nell'assicurare effettività agli obblighi infungibili espressi da un provvedimento giudiziario è garantita da misure di coercizione indiretta (in primis quelle previste dall'art. 614-*bis* c.p.c. e dall'art. 114, comma quarto, lett. e, del d.lgs. n. 104 del 2010 e successive

la violenza sulle cose che sia volta a produrre indirettamente un effetto impeditivo e oppositivo rispetto ad un atto che il pubblico ufficiale deve compiere e sta compiendo» Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2015, in *Indice pen.*, 2016, 239, con nota di FALCINELLI, *Del dovere di fedeltà, del dovere di obbedienza e di altri demoni penali. Il valore costituzionale della collaborazione del privato alla legalità amministrativa*, 239 ss.; in senso analogo, Trib. Firenze, Sez. II, 2.8.2016. Per la rilevanza anche di condotte omissive, cfr. Cass., Sez. VI, 16 gennaio 2014, n. 5147, in *Mass. Uff.*, n. 258631, «integra il delitto di resistenza a pubblico ufficiale qualsiasi condotta attiva od omissiva che si traduca in un atteggiamento - anche implicito, purché percepibile "ex adverso" - volto ad impedire, intralciare o compromettere, anche solo parzialmente e temporaneamente, la regolarità del compimento dell'atto di ufficio o di servizio da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio. (Fattispecie relativa ad indagato per cessione di stupefacenti che, al fine di ritardare la perquisizione del proprio appartamento e potersi disfare della droga gettandola nel water, aveva lasciato libero il proprio cane rottweiler nelle pertinenze dell'abitazione prima di chiudersi a chiave all'interno, impedendo così l'accesso agli operanti intervenuti per la perquisizione)». Sempre in tema di presenza di cani mordaci e di omesso richiamo degli stessi da parte del soggetto agente, Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2006, n. 10899, in *Mass. Uff.*, n. 233847, in *Riv. pen.*, 2007, 2, 231, «ha ritenuto che la minaccia fosse integrata dalla presenza sui luoghi oggetto di verifica di cani ringhianti di proprietà dell'imputato, costituenti ostacolo alle operazioni peritali». L'ostacolo che non costituisce delitto ai fini della disposizione in oggetto, pertanto, deve essere un ostacolo "usuale", a basso grado di resistenza, ossia non deve essere un ostacolo che per la difficoltà oggettiva del suo superamento, non rappresenti una resistenza illegittima all'operare del pubblico ufficiale.

Cass., Sez. VI, 6 novembre 2012, n. 10136, in *Mass. Uff.*, n. 254764, per valutare la "violenza" rilevante ai fini del delitto de quo, ha significativamente utilizzato criteri quantitativi anche nella qualificazione della c.d. "resistenza passiva" affermando che essa non è penalmente rilevante ai sensi della disposizione de qua non già per via del suo carattere omissivo ma in ragione della quantità della "forza fisica" o "violenza" applicata, ossia allorché essa implichi «un uso moderato della violenza diretta contro il pubblico ufficiale». Per la rilevanza, ai sensi del delitto previsto dall'art. 337 c.p., anche di condotte omissive v. anche Cass., sez. VI, 28.5.1999, n. 8667, *C.E.D. Cass.*, n. 214199.

modifiche, in materia di tutela predisposta in sede di giustizia amministrativa⁵⁵) oltre che, naturalmente, dalla tutela risarcitoria.

L'esigenza, poi, di evitare attività di ostacolo "violento" e non meramente "passivo" o "inerte" (e, quindi, come tale, tollerato o socialmente adeguato) all'attività esecutiva (anch'essa richiamata dalla sentenza più volte ricordata e dalla prevalente giurisprudenza) risulta garantita - sia per le ipotesi commissive che per quelle commissive mediante omissione - dalla previsione incriminatrice prevista dall'art. 337 c.p.⁵⁶

⁵⁵ Alcuni obblighi di collaborazione attiva all'attività esecutiva in rem sono muniti di autonoma e specifica garanzia penale, come nell'ipotesi prevista dal sesto comma dell'art. 388 c.p. relativo all'ipotesi nella quale il soggetto esecutato sia una società commerciale.

⁵⁶ La generica identificazione dell'interesse tutelato nella tutela dell'effettività del provvedimento giudiziale, trasformando la fattispecie prevista dal secondo comma dell'art. 388 c.p. in una violazione di mera inosservanza il cui contenuto concreto è, di volta in volta, specificato dal singolo provvedimento giudiziale "disatteso" ha come effetto non solo la possibile sovrapposizione dell'ambito di tutela di tale ultima fattispecie con quello proprio dell'art. 337 c.p. ma anche, in alcune ipotesi, con quello attribuito all'art. 392 c.p. o, talvolta, all'art. 393 c.p. In relazione ad atti di "autosoddisfazione" del proprio preteso diritto con violenza sulle cose, per es., mediante l'apposizione di lucchetti o sostituzione di serrature, oppure mediante la reiterazione di un atto autorizzatorio con sua conseguente esecuzione, il tutto senza attendere la pronuncia del giudice, non è necessario, infatti, estendere il campo applicativo dell'art. 388 c.p. in quanto il sistema penale prevede, per tali ipotesi, la fattispecie contemplata dall'art. 392 c.p. In questo senso appare significativa la decisione pronunciata da Cass., Sez. VI, 2 aprile 2014, n. 33227, in *Giur. it.*, 2015, 203, con nota di PISANI, *Reiterazione della delibera condominiale sospesa ed elusione rilevante ex art. 388, comma 2, c.p.*, 303 ss. avente ad oggetto un'ipotesi di reiterazione di un provvedimento, consistente in una delibera condominiale, la cui efficacia era stata sospesa dal giudice senza attendere la decisione del giudice nel merito nell'ambito procedimento ancora pendente, e dove la Corte ha stabilito che tale reiterazione e la conseguente esecuzione dei lavori (che comportavano, tra l'altro, il taglio di alberi di alto fusto) realizza la fattispecie prevista dal capoverso dell'art. 388 c.p. e ciò nonostante «si sia accertato, ex post, che la nuova determinazione è "conforme a legge"». La Corte qualifica i fatti sopra descritti considerando gli stessi penalmente rilevanti ai sensi del secondo comma dell'art. 388 c.p. «in quanto la norma incriminatrice» (quella appunto prevista dall'art. 388 c.p.) «non tutela le posizioni sostanziali sottese alla controversia, ma l'effettività dell'ordine giudiziario» essendo «il sistema» posto «a protezione dell'effettività del provvedimento assunto dal giudice». L'effettività dei provvedimenti giudiziali, però, è tutelata da un insieme di disposizioni (penali e non) e non solamente dall'art. 388 che - se si vuole utilizzare il topos della effettività - tutela l'effettività del provvedimento solo sotto il profilo del divieto di "amotio" (fisica o giuridica) delle res esecutabili.

È, del resto, la stessa Corte ad indicare quale sarebbe dovuta essere stata una corretta qualificazione dei fatti sottoposti alla propria valutazione allorché afferma che il meccanismo normativo previsto dall'art. 2377 c.c. che disciplina le scadenze relative all'annullamento della delibere societarie illegittime e la loro sostituzione è «indispensabile per impedire che una parte si faccia ragione da sola, stabilendo (unilateralmente ed irrimediabilmente) che sono venute meno le condizioni apprezzate da giudice e ritenute tali da impedire l'immediata esecuzione di un certo deliberato» e che, quindi, non spettava all'amministratore ed ai condomini «una revoca di fatto del provvedimento sospensivo», sia pure con la previa sostituzione di una nuova delibera «conforme a legge», in quanto i predetti soggetti avrebbero dovuto attendere il provvedimento nel merito del giudice. Una deliberazione successiva a una precedente ed emendata da i vizi che affliggevano l'atto anteriore e la cui efficacia era stata sospesa dal giudice, con conseguente esecuzioni dei lavori "autorizzati" dalla delibera successiva (tra i quali il tagli di alberi di alto fusto), non realizza, però, a nostro avviso, l'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art.

Le ipotesi a carattere patrimoniale previste dai primi due commi dell'art. 388 c.p., nonostante la non molto felice espressione contenuta in rubrica⁵⁷, non rappresentano fattispecie "ulteriormente sanzionatorie" di precetti che si rinven- gono in altri settori dell'ordinamento o in un provvedimento giudiziario ma veri e propri reati di lesione della garanzia patrimoniale ad opera di con- dotte "civilmente dolose", ossia decettive.

Né si possono lamentare "lacune" in relazione alla tutela dell'effettività dei provvedimenti giudiziari⁵⁸ perché l'ordinamento prevede misure di "coerci- zione indiretta"⁵⁹ in relazione all'adempimento di "obblighi infungibili" e mi-

388 c.p. quanto, piuttosto, quella contemplata dall'art. 392 c.p. Si tratta, infatti di una ipotesi di realizza- zione "con violenza sulle cose" (taglio degli alberi e, in genere, modificazioni di parti comuni condomi- niali) di un proprio preteso diritto senza attendere il provvedimento del giudice in merito, una condotta che realizza l'ipotesi tipica dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose. La "vio- lenza sulle cose" è qui espressione della realizzazione arbitraria del diritto e non rappresenta invece la condotta decettiva (che come tale, non è "violenta" ma "fraudolenta") sulle cose. Una condotta la quale, tra l'altro, nell'art. 388 c.p. è posta in essere non già quale realizzazione di un - sia pure preteso - diritto quanto piuttosto al fine di sottrarsi alla legittima esecuzione (sia pure, come nell'ipotesi del capoverso dell'art. 388 c.p., cautelare) sui beni.

⁵⁷ La rubrica dell'art. 388 c.p. fa riferimento alla «mancata esecuzione [...] di un provvedimento del giu- dice». Com'è noto, la rubrica non possiede valore normativo ma, in ogni caso, la natura di delitto decet- tivo di danno posseduta dalla fattispecie de qua emerge anche dall'interpretazione della stessa rubrica se si considera che la "dolosità" della condotta, richiamando, come ricordato, il dolo civilistico o decettivo, rende evidente come non sia tanto la disobbedienza al provvedimento a rilevare nella fattispecie in esame quanto piuttosto la condotta di danno e di correlativo profitto volta ad eludere la misura esecuti- va.

⁵⁸ Le "lacune di tutela" non possono comunque essere colmate interpretando in maniere indebitamente estensiva una fattispecie incriminatrice fino a mutarne carattere e volto. La correttezza di un'interpretazione lata o estensiva è stata di recente negata in materia penale: «l'unica interpretazione corretta in materia penale è quella restrittiva», COCCO, *Verso una Cassazione Supreme Court. Un pare- re contrario, la conferma della soggezione del giudice alla legge e una riforma possibile*, in *Cassazione legalità penale*, a cura di Cadoppi, cit., 344, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti. V., di recente, le proposte di soluzioni tese a garantire la «legittimazione democratica» in relazione ai casi di «creazione giudiziale della norma penale», di TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen.*, 2017, 1 s. (dell'estratto).

⁵⁹ Si tratta dei più volte richiamati art. 614 bis c.p.c., per quanto attiene la tutela in sede di giudizio civile, e in sede di giudizio amministrativo, art. 114, comma quarto, lett. e, del d.lg. n. 104 del 2010 e successi- ve modifiche. Sussistono, poi, altre disposizioni relative a singole misure di tutela ingiuntiva, anche des- tinate ad imporre la collaborazione con gli organi dell'esecuzione, come quella, a carattere penale, prevista dal nuovo sesto comma dell'art. 388 c.p. Fra le misure di coercizione indiretta "speciali" si possono ricordare quelle in tema di inosservanza dell'ordine di reintegrazione del lavoratore oppure in tema di atti di concorrenza sleale. In tema di concorrenza sleale si segnala Cass., Sez. VI, 19 aprile 2012, n. 20179, che afferma il principio secondo il quale "il delitto di cui all'art. 388 c.p. non è suscetti- bile di essere applicato alle decisioni rese in sede applicazione della disciplina sulla concorrenza sleale non potendo ricondursi alle ipotesi tassative previste dalla norma (proprietà, possesso e credito)".

La disciplina relativa alla concorrenza sleale (artt. 2598 - 2601 c.c.) non è, peraltro, estranea alla tutela della proprietà, del possesso o del credito. Essa tutela la proprietà intellettuale ed il "diritto" d'impresa, tutti diritti e facoltà a contenuto patrimoniale e, pertanto, non estranei alla sopra menzionata tutela. Ciò

sure punitive (art. 337 c.p.) con riferimento all'ostacolo "attivo" all'attività esecutiva.

La tutela "finale" e "di chiusura" civilistica dell'effettività dei provvedimenti giudiziari di tipo satisfattivo è rappresentata, infine, dalla sanzione risarcitoria, a garanzia della quale è predisposta la garanzia patrimoniale tutelata nei confronti di manovre decettive proprio dall'art. 388 c.p. che si rivela, in tal modo, vera e propria norma di chiusura penalistica in tema di tutela dei diritti patrimoniali⁶⁰.

è tanto vero che la violazione degli obblighi in materia di concorrenza sleale dettati dall'art. 2598 c.c. dà luogo alle sanzioni ripristinatorie e risarcitorie previste, rispettivamente, dagli artt. 2599 e 2600 c.c. L'art. 2599 c.c., come segnalato supra, prevede, oltre ad una sanzione ripristinatoria (eliminazione degli effetti degli atti di concorrenza sleale), anche una misura preventiva, ossia una c.d. "tutela inibitoria" (l'inibizione della continuazione degli atti di concorrenza sleale).

La non applicabilità dell'art. 388 c.p. alla violazione delle disposizioni inibitorie discende non tanto dal contenuto "non patrimoniale" delle stesse quanto invece piuttosto dalla circostanza che la tutela apprestata da entrambe le disposizioni "patrimoniali" previste dai primi due commi dell'art. 388 c.p. è destinata alla punizione degli atti o fatti di occultamento patrimoniale legati all'esecuzione o di una sanzione finale oppure all'esecuzione di una misura interinale di "assicurazione" di cespiti in vista della esecuzione finale per espropriazione oppure per consegna o rilascio. Le previsioni contenute nei primi due commi dell'art. 388 c.p., pertanto, non sono destinate a sanzionare l'inottemperanza di meri obblighi di condotta, per quanto discendenti da provvedimenti giudiziari, quali gli obblighi di condotta che realizzano la "tutela inibitoria".

Per quanto riguarda, poi, le vere e proprie sanzioni (rispettivamente ripristinatorie e risarcitorie) previste della disciplina in tema di concorrenza, si può certamente sostenere che la loro "effettività" sia "tutelata" dall'art. 388 c.p., ma solo nella misura in cui le disposizioni contenute nel predetto articolo del codice penale prevedono il divieto di "lesione" o "occultamento" di beni o cespiti patrimoniali e, pertanto, qualora il creditore (nei confronti del quale sia in corso accertamento giudiziale, oppure nei confronti del quale sia stato già pronunciato provvedimento giurisdizionale, anche interinale) occultati i cespiti patrimoniali oggetto dell'esecuzione (sia pure un'esecuzione cautelare, art. 388, secondo comma, c.p.) in modo da frustrare la procedura esecutiva stessa, realizzerà, anche in tema di obblighi risarcitori nascenti dalla violazione delle regole in tema di concorrenza sleale, il delitto previsto dal primo (in caso di provvedimento finale) o dal secondo comma (in caso di provvedimento cautelare) dell'art. 388 c.p.

L'inosservanza dei provvedimenti emessi dall'autorità amministrativa è sanzionata, invece, da una norma penale avente un carattere (nonostante una sorta di distinzione "per classi") eccessivamente generale e che si pone in contrasto con una disciplina del tutto diversa (per differenziazione delle "tutele" e per "frammentarietà") destinata alla "tutela" dei provvedimenti pronunciati dall'autorità giudiziaria. Si tratta di una situazione che certamente rispecchia l'ideologia del legislatore storico che intendeva esaltare, in sintonia con l'ideologia all'epoca dominante, con l'incriminazione della disobbedienza all'autorità amministrativa, proprio l'autorità dell'apparato di governo ed amministrativo e l'obbedienza allo stesso. Una situazione che non è più adeguata all'attuale configurazione ordinamentale espressa, anzitutto, dalla Costituzione e che presenta, quindi, come tale, caratteri di irragionevolezza. Segnala la disparità di trattamento che emerge dalla presenza nell'ordinamento della fattispecie prevista dall'art. 650 c.p. al quale non fa riscontro una fattispecie analoga posta a tutela degli ordini provenienti dall'autorità giudiziaria, PALAZZO, *Tutela dei diritti*, cit., 508 il quale aggiunge altresì che «non appare necessaria né opportuna una tutela penale generalizzata del provvedimento giurisdizionale» (509). La segnalata irragionevolezza non dev'essere sanata da un'interpretazione dell'art. 388 c.p. che ne travalichi la ratio di tutela ma da un intervento del legislatore oppure del giudice delle leggi.

⁶⁰ Cfr. PALAZZO, *Tutela dei diritti*, cit., 523.

Uno dei problemi di fondo inerenti sia all'interpretazione che ad una eventuale riformulazione dei due delitti "originari" previsti dall'art. 388 c.p. consiste nella circostanza che, una volta che ci si allontani, nel definire la "tipicità" e, con essa, la dimensione offensiva, delle previsioni in esame, dalla sottrazione (fisica o giuridica) dei beni da sottoporre ad esecuzione forzata si finisce, in alternativa, per spostare il fulcro dell'incriminazione sull'"inosservanza" o, in termini apparentemente più sostanziali, ma equivalenti, sulla "frustrazione della tutela", concependo in tal modo, però, tra l'altro, com'è stato esattamente osservato⁶¹, una fattispecie che contraddice i fondamentali principi del diritto penale della frammentarietà e della *extrema ratio*.

⁶¹ Osserva BRUNELLI, *La tutela penale dell'esecuzione delle decisioni giudiziali: crisi e riforma del sistema*, cit., 428, collegandosi anche al pensiero di MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, passim, che «un diritto penale ordito sulla tutela del momento imperativo del giudicato [...] sarebbe, tra l'altro incompatibile con il principio di *offensività* e con il principio di *frammentarietà*», né vi è spazio, neppure in una prospettiva di riforma, «per accreditare la meritevolezza di tutela penale di un bene così inafferrabile e indistinguibile come la autorità della decisione giudiziaria», laddove, del resto, anche sul piano dell'interpretazione del diritto vigente, «sarebbe tutto da provare che la morfologia originaria della tutela fosse realmente imperniata sul contenuto autoritario del *dictum* giudiziale».