

OSSERVAZIONI SUL CONSIGLIO TECNICO COME FORMA DI COMPARTECIPAZIONE DELL'ESTRANEI NEI REATI PROPRI: TRA NUOVI MODELLI PENALISTICI ED INCERTI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO: 1. NOTE INTRODUTTIVE: IL “CONSIGLIO TECNICO” COME (SEMPRE PIÙ DIFFUSA) FORMA DI ESPRESSIONE DELLA CRIMINALITÀ ECONOMICA - 2. IL CONSIGLIO TECNICO COME FORMA DI COMPARTECIPAZIONE NEL REATO - 2.1 Brevi note di carattere storico e comparatistico: il “consigliere fraudolento” come figura caratteristica di compartecipe - 2.2. Il “consiglio tecnico” come forma di compartecipazione criminosa nel codice penale italiano - 2.3. Consiglio tecnico e concorso nel reato: orientamenti giurisprudenziali - 3. CENNI AL PROBLEMA DELLA “RILEVANZA” DEL CONCORSO MORALE: LA TEORIA CONDIZIONALISTICA - 3.1 L'idoneità del consiglio tecnico a *determinare* o a *rafforzare* il proposito criminoso - 3.2. Segue: l'orientamento giurisprudenziale - 3.3. Ai confini dell'offensività del concorso morale: il consiglio tecnico tra istigazione ed apologia - 4. BREVI CENNI ALL'ELEMENTO SOGGETTIVO DELLA COMPARTECIPAZIONE CRIMINOSA REALIZZATA MEDIANTE IL CONSIGLIO TECNICO - 4.1. Concorso morale e responsabilità per il reato diverso da quello voluto - 4.2. Segue: conseguenze connesse alla peculiarità della condotta di “consulenza” rispetto all'istigazione - 5. CONCLUSIONI

1. NOTE INTRODUTTIVE: IL “CONSIGLIO TECNICO” COME (SEMPRE PIÙ DIFFUSA) FORMA DI ESPRESSIONE DELLA CRIMINALITÀ ECONOMICA

La rilevanza penale del consiglio di ordine tecnico che, fornito dal consulente ad un soggetto qualificato, viene utilizzato da quest'ultimo per la realizzazione di un reato proprio, è materia che presenta indubbiamente notevolissimi profili di difficoltà. Ed infatti, da un punto di vista *normativo*, molti dei nodi interpretativi che caratterizzano la materia della compartecipazione criminosa trovano nel tema in esame la propria epitome mentre, da un punto di vista *prasseologico*, può constatarsi (e su ciò si tornerà in seguito) come siano davvero poche le pronunce giurisprudenziali che affrontano approfonditamente la questione. Di qui l'elevato tasso di incertezza che ammantava la materia, lasciando l'operatore del diritto orfano anche di quelle linee guida di conio giurisprudenziale che in altri ambiti – si pensi alla disciplina del delitto tentato – permettono comunque ai pratici (se non di superare, quantomeno) di convivere con i non pochi *deficit* di tipizzazione che inficiavano la materia penale¹.

Il tema in esame può essere riguardato sotto molteplici punti di vista e, nella prospettiva dell'organizzazione aziendale, si osserva come l'intensificarsi dei doveri gravanti sui soggetti economici, spesso previsti da dispositivi intricati e contraddittori, abbia di fatto imposto all'imprenditore il ricorso a soggetti sempre più qualificati, in grado di affiancarlo nell'assolvimento di molti dei nuovi compiti che ormai quotidianamente il sistema economico ribalta sugli organi gestori delle società commerciali.

¹ Per un inventario dei quali rinviamo a VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. del diritto*, vol. XLIV, 1992, 535 e ss.

Si comprende allora come, almeno nella sostanza, il tema non si discosti di molto dalla problematica della *delega di funzioni*, presentando piuttosto crescenti aree di sovrapposizione rispetto a tale forma di organizzazione dell'attività imprenditoriale, ormai alquanto dissodata da dottrina e giurisprudenza. Tuttavia, un punto di non lieve differenziazione rispetto al generale fenomeno della delega di funzioni deriva dal fatto che, generalmente, il compito del "consulente" dell'imprenditore o del "manager" non concerna l'espletamento *diretto* di mansioni tecniche ma sia piuttosto limitato a fornire il *know how* necessario per l'espletamento (da parte di *altri soggetti*) di tali mansioni. Dunque, si tratta di un intervento solo *indiretto* sulla gestione dell'impresa, tipico di soggetti che all'impresa rimangono *esterni*. Di qui, lo si intuisce, la particolare delicatezza della questione, visto che non di rado il ricorso a consulenti esterni costituisce *l'unico mezzo per adempiere con perizia* a obblighi particolarmente complessi: lungi dal costituire un mezzo per *spogliarsi* da responsabilità, può essere essa stessa specchio della cautela di chi a tali "sostegni" ricorre in quanto restio ad imbarcarsi in operazioni delle quali non si ritiene all'altezza².

Naturalmente, tutto ciò indirizza verso una "burocratizzazione" delle strutture economiche – peraltro già colta dagli studiosi dell'organizzazione aziendale- ed alimenta quel progressivo processo di "economicizzazione" che sta interessando il diritto penale moderno, anche sulla spinta dell'attuale tentativo di addivenire ad una codificazione europea³.

Al riguardo, autorevole dottrina⁴ ha segnalato il "cambio di paradigma" che sta vivendo (l'ancora *in pectore*) diritto penale unificato – europeo, caratterizzato da un radicale ripensamento dei modelli di riferimento e da una progressiva presa di distanze dal "diritto penale classico" modellato sul reato commissivo doloso di evento (*id est*, l'omicidio). D'altra parte, anche l'*habitat* nel quale vive il "modello penalistico" è mutato, passando dallo "stato guardiano" dell'Ottocento allo stato sociale-interventista del ventesimo secolo⁵. "Risultato

²Cfr., tuttavia, in modo particolarmente rigoroso, pur se nella giurisprudenza civile, Cass., 4 aprile 1998, n. 3483, in *Giust. civile*, 1999, I, 1809: "nella società per azioni, quando siano nominati più amministratori, il metodo di collegialità, diretto ad assicurare una gestione unitaria e responsabile, rende inammissibili, tra gli amministratori, deleghe atipiche o di fatto, attuate attraverso una mera ripartizione di compiti e comportamenti".

³In generale, per tutti, ci limitiamo a fare rinvio a BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1996, 6 e ss., ed ai volumi collettanei *Verso uno spazio giudiziario europeo*, 1997; *Prospettive di un diritto penale europeo*, 1998; *La transazione nell'Unione europea*, 1998, *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, 1999. Con particolare autorevolezza, ha recentemente espresso qualche perplessità verso un tale approdo ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 12-13, e ss.

Specificamente sulle questioni connesse al diritto penale economico, cfr. BERNARDI, "Europeizzazione" del diritto penale commerciale?, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, 1; PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 466 e ss. Da ultimo, cfr., FLICK, *Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 591.

⁴PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., 474 e ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*, 2001, 3 e ss.

⁵Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 35.

sorprendente: il reato *economico*, a lungo misconosciuto come «reato», sta ora per assurgere a idealtipo per la «teoria del reato» nello spazio europeo unificato.

Si tratta di un diritto penale – e di una sistematica di parte generale – ben diversi da quelli «classici», ricavati per astrazione-tipicizzazione dai «delitti naturali». Un diritto penale «classico», che, dal canto suo, si è nel frattempo in parte *modernizzato* proprio per «adattarsi» alla progressiva estensione di campo dei «delitti artificiali»⁶.

Abbandonato il modello classico di riferimento, di chiara derivazione illuministica, il nuovo idealtipo di illecito penale sembra così ispirarsi a *diverse costanti criminologiche* per assumere sempre più i contorni del reato di pericolo, a *fondamento probabilistico* e imperniato sulla violazione del dovere: in sostanza, un *diritto penale del rischio* in risposta alle incertezze ed alle angosce della società contemporanea⁷. Immediate le ripercussioni in ambito di *elemento soggettivo* e *tipologia di responsabilità*: sotto il primo profilo, pare sempre più conclamata l'insufficienza del classico binomio dolo-colpa, con un emblematico sfilacciamento di quella «critica» categoria di confine rappresentata dal dolo eventuale, la cui perdita di identità è particolarmente significativa nella materia economica⁸. Non stupisce, allora, la proposta di rivalutare categorie di derivazione anglosassone quali la *recklessness*⁹, modello rievocato dalla fattispecie di «frode al bilancio comunitario» di cui all'art. 10 del *Corpus juris* ed ulteriormente tipizzato dalla c.d. «seconda versione» del *Corpus juris* grazie alla espressa definizione della condotta *recklessly*¹⁰.

Sotto il profilo della *tipologia della responsabilità*, invece, la burocratizzazione e la frammentazione del potere decisionale all'interno degli enti giuridici rendono sempre più recessivo il modello di imputazione personale focalizzato sulla persona fisica per privilegiare la responsabilizzazione della persona giuridica. In una prospettiva di accentuata tecnocraticizzazione dell'ente, l'abbandono del principio *societas delinquere non potest* appare sempre più irrinunciabile, tanto più che il progressivo avvicinamento tra diritto penale e diritto

⁶ PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., 475. Ma cfr. già, in proposito, i rilievi di FIANDACA, MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, cit., 34 e s.; HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1990, 2754 e ss.; ID., *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, n. 3, 438 e ss.

⁷ FIANDACA, MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, cit., 43-44.

⁸ Cfr. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, 1999, 258 e ss.; DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 1 e ss., part. 53 e s.; EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni fra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1060 e ss.; FLICK, *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale di impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 454; STELLA, *Criminalità d'impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1259 e ss.

⁹ PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., 504.

¹⁰ *The offender acts recklessly if he is aware of the risk that the circumstances that amount to the constituent elements of the offence exist and that it is unreasonable, having regard to the circumstances known to him, to take that risk. The offender acts grossly negligently if he is not aware of the risk that the circumstances that amount to the constituent elements of the offence exist but the risk is, having regard to the circumstances known to the offender, obvious.*

penale amministrativo rende sempre meno “dogmaticamente traumatico” un tale passo¹¹. Emblematico, d’altro canto, il D.Lgs. n. 231/2001.

E’ questo, ci pare, il rinnovato contesto nel quale oggi si inserisce e si rimodella il classico tema dell'imputazione all'interno delle strutture societarie della responsabilità penale: argomento tanto risalente nella dottrina quanto di difficile soluzione¹², scontando quell'incertezza che quasi sempre connota le questioni che si collocano nei punti di contatto tra rami diversi del sistema giuridico. Ed argomento che si arricchisce di sempre nuove sfaccettature problematiche, tra le quali un ruolo di primo piano sembra occupato proprio dal tema della compartecipazione criminosa realizzata attraverso attività di consulenza. In sostanza, una *nuova frontiera* per la criminalità dei “colletti bianchi”¹³, di fronte alla quale si cercherà di dimostrare come l’attuale materiale normativo rischi di essere inadeguato.

L'innegabile e crescente complessità che caratterizza la gestione degli enti commerciali, la multiforme realtà economica che li vede protagonisti, richiedono sempre più di frequente un affidamento della gestione degli enti commerciali a pluralità di persone, riunite in consigli di amministrazione che non di rado possono raggiungere dimensioni anche considerevoli. E logico portato di una tale plurisoggettività nella gestione degli organismi economici è la frequente pari plurisoggettività altresì della realizzazione di quei fatti di reato che talvolta ne funestano l'esistenza: di qui il tendenziale scomparire, nella prassi, di situazioni nelle quali la realizzazione di reati economici avvenga ad opera di un unico soggetto, ed il fiorire di forme di concorso –se non “nuove”, come si vedrà tra breve- certamente un tempo inconsuete quali il *concorso realizzato mediante il consiglio tecnico*.

Da un punto di vista metodologico, vorremmo allora articolare la trattazione del tema attorno a tre quesiti fondamentali: il primo, di carattere assolutamente pregiudiziale, concerne la

¹¹In argomento, per tutti, ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, 1984, *passim*; ID., *Parte generale*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II ed., 1999, 79 e ss.; BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1970, 951; ID., *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi C.E.E.)*, in Giur. comm., 1979, I, 647; CASTELLANA, *Diritto penale dell'Unione europea e principio "societas delinquere non potest"*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1996, 747; DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, 189; FLORA, *L'attualità del principio "societas delinquere non potest"*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1995, 11; ID., *I soggetti penalmente responsabili nell'impresa societaria*, in Studi in memoria di Pietro Nuvolone, 1991, 544; MARINUCCI, ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1971, 681; MUSCO, *Diritto penale societario*, cit., 26; PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in Riv. trim. dir. pen. ec. 1996, 1173; ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, 1031; TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, 615.

¹²Sulla centralità di tale problema, cfr. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in Riv. trim.dir. pen. ec., 1988, 127.

¹³ Assolutamente emblematica, in proposito, la storica opera di SUTHERLAND, *White Collar Crime. The uncut version* (1983), tr. it. e a cura di FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, 1987.

In proposito, cfr. FORTI, *L'immane concretezza*, 304 e ss.

possibilità stessa di considerare il *consiglio tecnico* –di per sé- come *forma di compartecipazione criminosa*. Una volta sciolto (come si vedrà affermativamente) questo primo interrogativo, si tratterà di verificare come *l'elemento oggettivo* del fatto si rimodelli attorno a questa particolare ipotesi di contributo morale ed, infine, quali siano *le ripercussioni sull'elemento soggettivo* che sorregge il fatto.

Nella piena consapevolezza dell'impossibilità di affrontare, nell'economia di questo contributo, tutti i risvolti che presenta un tale, formidabile, tema, si tenterà semplicemente di tracciare una sorta di “inventario” delle questioni sul tappeto, cercando comunque di porre in luce come l'inadeguatezza del materiale normativo che disciplina il fenomeno sia foriera di orientamenti giurisprudenziali ondivaghi, più che mai rivelatori del *deficit* di tipicità che affligge la compartecipazione criminosa.

2. IL CONSIGLIO TECNICO COME FORMA DI COMPARTECIPAZIONE NEL REATO

Prendendo le mosse dal quesito pregiudiziale che ci siamo posti, può osservarsi come il tema si inserisca, evidentemente, all'interno della disciplina del concorso di persone nel reato e, più in particolare, nell'ambito del *concorso morale*. Vorremmo infatti lasciare al di fuori di questa indagine i casi, in linea di principio meno “di confine”, nei quali l'attività di consulenza non si limita alla redazione di pareri professionali o comunque al suggerimento sul “come” svolgere una determinata attività per essere accompagnata altresì dall'espletamento di adempimenti materiali: emblematico il caso del consulente fiscale che *non si limiti* a fornire determinate interpretazioni della normativa o a suggerire l'effettuazione di ben precise manovre volte ad incidere sulla base imponibile *per impegnarsi anche*, in prima persona, nella redazione e nella presentazione della dichiarazione annuale¹⁴. E' infatti chiaro come, in tale caso, contributo morale e materiale vengano ad assommarsi rendendo meno delicata (almeno a livello teorico) la risoluzione del problema del concorso.

Tale constatazione, di per sé scontata, comporta un ribaltamento sul tema in esame di quell'insufficiente valenza tipizzante che viene unanimemente riconosciuta¹⁵ alla disciplina del concorso nel reato: di qui la fonte dei principali problemi che si agitano attorno al tema, negativamente condizionato dal carattere tautologico della formula adottata dall'art. 110 c.p. ed insufficientemente sorretto dalla formulazione dell'art. 115 c.p. che, trattando dell'istigazione senza definirla, lascia aperto il dilemma sull'idoneità dell'istigazione ad esaurire ogni forma di

¹⁴ E cfr., in proposito, PATRONO, TINTI, *Contravvenzioni e delitti tributari*, 1988, 322 e ss.

¹⁵ VASSALLI, voce *Tipicità*, cit., 538.

possibile concorso morale (ricomprendendo così anche il consiglio tecnico) oppure se sussistano forme di concorso morale *a latere* rispetto all'istigazione stessa. Ma su ciò si tornerà tra breve.

2.1 Brevi note di carattere storico e comparatistico: il “consigliere fraudolento” come figura caratteristica di compartecipe

Ciò che preme piuttosto porre subito in evidenza è come, in generale, mai si sia dubitato che la compartecipazione ad un fatto (illecito, ma non solo) possa avvenire semplicemente fornendo un consiglio di ordine tecnico sul “come” compiere il fatto illecito. E se gli esempi storico-letterari non mancano di certo (emblematica, per tutti, la vicenda che risolve la guerra di Troia, unanimemente attribuita al genio di Ulisse), quasi a testimoniare come anche il comune sentire “laico” vada in questo senso, è parimenti indicativa la costanza con la quale molti legislatori – anche appartenenti ad epoche storiche differenti- abbiano optato per punire *espressamente*, nell'ambito del concorso, il fatto di suggerire il *modus operandi* attraverso il quale portare a compimento un fatto illecito.

Al riguardo, come è noto, a livello di tecnica legislativa prevale –comparatisticamente- ed è prevalsa -storicamente- la scelta di *tipizzare distintamente* le singole forme di compartecipazione criminosa¹⁶. Ed è curioso notare come, in questo sforzo di tipizzazione, raramente sia mancata la figura del “consigliere fraudolento”: solo per citare qualche esempio, si può ricordare il codice Zanardelli, il quale all'art. 64 n. 2 punisce come complice colui che “è concorso nel reato col dare istruzioni o col somministrare mezzi per eseguirlo”; il codice penale del Granducato di Toscana (1853), il quale all'art. 55, lett. b), definisce come “ausiliatore” chiunque “ha partecipato al delitto altrui.... indicando o somministrando i mezzi di commetterlo”; il codice penale sardo (1839), che all'art. 108 definisce complici “coloro che istigheranno o daranno le istruzioni, le direzioni per commettere un reato”. Ed ancora, varcando i confini del nostro Paese, l'art. 121-7 cpv. del *nouveau code pénal* francese considera complice colui che ha “dato delle istruzioni” per commettere un fatto illecito, mentre l'art. 8 dell'*Accessories and Abettors Act* del 1861, nel diritto penale inglese, punisce le condotte di *abetting* e di *counselling*¹⁷, e l'art. 39, co. 2 del codice penale croato definisce l'attività dell'”ausiliatore” facendo riferimento alle condotte di “dare consigli o suggerimenti sul modo di commettere un reato”.

D'altro canto, anche nelle legislazioni nelle quali non è prevista espressamente tale forma di compartecipazione, non si dubita che anche il “consigliere fraudolento” sia oggetto di rimprovero

¹⁶ Si veda, in proposito, l'ampio lavoro di SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, 1987, passim, part. Cap. II.

¹⁷ VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*, 1992, 302.

penale, talvolta *sub specie* di *istigatore*, talaltra di *complice*¹⁸ o di *concorrente morale*, o addirittura come *autore*¹⁹, qualora il suo contributo sia stato determinante: le variazioni sul piano definitorio dipendono essenzialmente dalla diversa terminologia impiegata dal legislatore²⁰, mentre – sul piano che potremmo definire “criminologico”- il “tipo *consigliere fraudolento*” rappresenta un’assoluta costante della compartecipazione criminosa, da intendersi quale soggetto che fornisce all’autore (o agli autori) di un fatto di reato le “istruzioni”, il “*know how*” necessari o anche solo *utili* (a seconda delle differenti normative) ad eseguirlo.

2.2. Il “consiglio tecnico” come forma di compartecipazione criminosa nel codice penale italiano

Se questo è il panorama storico e comparatistico che attornia il tema in esame, la nostra attuale disciplina del concorso di persone nel reato non lascia dubbi sull’idoneità dell’art. 110 c.p. a ricomprendere nella compartecipazione criminosa altresì la condotta di colui che fornisce consigli tecnici atti a consentire la perpetrazione di un fatto di reato. Ed al riguardo, l’art. 117 c.p. interviene a fugare ogni dubbio anche con riferimento ai “reati propri”, dettando significativamente una disciplina di particolare rigore, da qualcuno ritenuta espressione di *dolus generalis*²¹ ma più generalmente identificata come caso di *responsabilità oggettiva anomala*²².

D’altro canto, è stato autorevolmente notato che proprio con la dilatazione dell’istituto del concorso di persone nel reato “negli intendimenti dei compilatori, doveva esercitarsi la vocazione repressiva che ispirava il sistema penale del passato regime. Estendere il più possibile la soglia della punibilità operando sui momenti portanti delle forme di manifestazione del reato”²³. Vero ciò, non pare seriamente dubitabile che la formula voluta dal legislatore del 1930 sia idonea (nella sua tautologica vacuità, si ribadisce) a tipizzare altresì questa forma di compartecipazione²⁴. D’altro canto, laddove il legislatore ha dovuto tipizzare espressamente talune forme di compartecipazione al fine di coniare delle circostanze aggravanti, ha

¹⁸ Cfr., ad esempio, l’art. 29 del codice penale spagnolo, ma cfr. altresì l’art. 27 del codice penale portoghese ed il § 27 del codice penale tedesco (sul quale, con precipuo riferimento al consiglio tecnico, FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, 1993, 445).

¹⁹ Cfr. ancora il codice penale spagnolo, sub art. 28, lett. b), ossia in caso di consiglio tecnico determinate alla realizzazione del reato.

²⁰ Ulteriori riferimenti in SEMINARA, *Tecniche normative*, cit., 3 e ss.

²¹ GALLO (M.), *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, 1957, 109.

²² Per tutti, GRASSO, in ROMANO GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, 1996, 228, ove ulteriori riferimenti.

²³ GALLO (E.), *Concorso di persone nel reato e reati associativi*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, 1984, 469. Ma cfr. altresì DOLCINI, *Codice penale*, in *Studi di diritto penale*, 1991, 27.

²⁴ Tra i molti, limitatamente alla manualistica, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 1995, 454; GRASSO, *Commentario*, cit., 160; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 1992, 527.

espressamente preso in considerazione (art. 112, n. 2 c.p.) le figure di coloro che “promuovono”, “organizzano” e “dirigono” l’attività di compartecipazione, condotte che hanno nel contributo di ordine tecnico, se non la *necessaria* ipotesi di estrinsecazione, quanto meno una *naturale* forma di manifestazione²⁵.

2.3. Consiglio tecnico e concorso nel reato: orientamenti giurisprudenziali

Che debba essere affermativa la risposta da darsi al primo degli interrogativi che ci siamo posti –ossia se anche il consiglio tecnico possa essere condotta di compartecipazione- è confermato altresì dalla (non numerosa) giurisprudenza che si è occupata della questione.

Ed infatti, si è dianzi accennato a come non siano molte le occasioni che si sono offerte alla giurisprudenza per pronunciarsi approfonditamente sulla rilevanza del consiglio tecnico come forma di compartecipazione a fatti di reato. E, singolarmente, in un tale circoscritto contesto di elaborazione giurisprudenziale, può ben dirsi che le disposizioni in materia di bancarotta abbiano svolto un ruolo di privilegiato banco di prova, a conferma della contiguità (verrebbe da dire “ontologica”) tra criminalità economica e tale forma di compartecipazione criminosa²⁶.

A tale riguardo, la massima attorno alla quale sembra raccogliersi la giurisprudenza della Corte di cassazione è del seguente tenore:

"Il legale che indica al cliente il mezzo per sottrarre i beni alla garanzia dei creditori viola l'obbligo della correttezza professionale, non anche la norma penale che punisce i fatti di distrazione commessi dall'imprenditore commerciale. Concorre con quest'ultimo nel delitto di bancarotta fraudolenta se, oltre a consigliare il cliente sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori, lo assiste nella stipulazione dei relativi negozi simulati"²⁷.

Ora, nella lettura di una simile massima, occorre diffidare dalla tentazione di interpretare codeste pronunce come se affermassero la sola possibilità per il consulente di divenire concorrente offrendo un contributo *materiale* alla realizzazione del fatto illecito, lasciando al di fuori della rilevanza penale qualsivoglia condotta che si limiti ad influire sul *piano psichico* sulla commissione del reato da parte del cliente (quale è, appunto, il mero consiglio tecnico).

Ed infatti, non può essere sottaciuto come, da un'analisi più attenta delle citate pronunce, il principio dianzi massimato sia stato utilizzato:

²⁵ Cfr. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc.pen.*, 1983, 1396 e ss.

²⁶ Ma cfr. altresì, in materia di reati tributari, la recente Cass., sez. III, 1 giugno 2001, in *Il fisco*, 2002, 2137

²⁷ Cass., sez. V, 19 aprile 1988, Ferlicca, in *Cass. pen.*, 1990, I, 328; nello stesso senso: Cass., sez. V, 11 marzo 1988, Pennati, in *Cass. pen.*, 1989, 680; Cass., sez. V, 23 ottobre 1978, Cei, in *Cass. pen.*, 1980, 919.

- due volte per condannare²⁸;
- una volta per rinviare gli atti ai giudici di merito per meglio verificare lo svolgimento dei fatti e la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato in capo al consulente²⁹.

Ecco allora che, piuttosto che dare peso all'affermazione secondo la quale:

"il legale che indica al cliente il mezzo per sottrarre i beni alla garanzia dei creditori viola l'obbligo della correttezza professionale, non anche la norma penale che punisce i fatti di distrazione commessi dall'imprenditore commerciale",

occorre forse tenere ben presente che la vera *ratio decidendi* delle sentenze citate è tutta nella seconda affermazione, che vuole concorrente colui che:

"oltre a consigliare il cliente sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori, lo assiste nella stipulazione dei relativi negozi simulati".

Tant'è che mere attività di "consulenza", nel senso di somministrazione di "consigli di ordine tecnico", sono state altre volte ritenute sufficienti a fondare il concorso di persone nel reato³⁰, aderendo a quello che d'altra parte è il consolidato orientamento dottrinale³¹. È allora stata ritenuta condotta di concorso l'informarsi sui tempi necessari per scoprire la non corretta destinazione di fondi monetari in realtà devianti dall'infedele cassiere di banca³², così come l'illustrare la "tecnica" di furto di un motorino è stato considerato consiglio tecnico sufficiente a dar luogo a compartecipazione criminosa³³.

Ancora più esplicitamente, di recente:

"Il commercialista che, nel rendere una consulenza professionale, si spinga oltre l'ambito della sua prestazione e suggerisca al cliente un mezzo fraudolento finalizzato a celarne le reali condizioni economiche, indicando in concreto la via per adottare l'illecito espediente o, addirittura, adottandolo di persona, concorre nel reato di bancarotta fraudolenta consumato avvalendosi di detti suggerimenti"³⁴.

²⁸ Cass., sez. V, 11 marzo 1988, Pennati, in *Cass. pen.*, 1989, 680; Cass., sez. V, 23 ottobre 1978, Cei, in *Cass. pen.*, 1980, 919.

²⁹ Cass., sez. V, 19 aprile 1988, Ferlicca, in *Cass. pen.*, 1990, I, 328.

³⁰ Cass., sez. II, 11 gennaio 1982, Balestra, in *Cass. pen.*, 1983, n. 1060; Cass., sez. V, 2 febbraio 1994, Zanotti, in *Cass. pen.*, 1995, 1509.

³¹ Tra i tanti, seppur con opinioni diverse rispetto all'inquadrabilità di tale forma di concorso all'interno del più ampio concetto di istigazione, GRASSO, *Commentario*, cit., 159-160; GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, 1997, 87 e ss.; LA CUTE, voce *Apologia e istigazione*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, 1; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 527; VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1400-1401. Da ultimo, cfr. CERQUA, *Concorso del professionista nei delitti tributari*, in *Summa*, 2/2000, 35 e ss.

³² Cass., sez. II, 11 gennaio 1982, in *Cass. pen.*, 1983, 1060.

³³ Cass., sez. V, 2 febbraio 1994, Zanotti, in *Cass. pen.*, 1995, 1509.

³⁴ Cass., sez. V, 21 ottobre 1998, Minieri, in *Il fisco*, 1999, 1537.

E sostanzialmente aderente ad un tale ordine di idee pare essere altresì il Tribunale di Milano³⁵ allorquando, nell'affermare la rilevanza penale di un'attività *prevalentemente* di consulenza, ribadisce come anche mediante questa tipologia di apporto sia possibile determinare o rafforzare il proposito altrui. Tuttavia, nonostante la sentenza *de qua* sia più volte citata proprio come esempio paradigmatico di consiglio tecnico che assurge a condotta di compartecipazione criminosa, occorre sottolineare come nel caso di specie fossero in realtà poste a carico dell'imputato altresì condotte di natura materiale e di rilevante significatività. Ciò per ribadire come appaia davvero scarna la giurisprudenza (perlomeno quella edita) che si sia occupata di contributi concorsuali *realmente limitati ad un apporto morale*, in special modo poi se tale contributo assume la forma del consiglio tecnico. Affermazione, questa, che vale altresì per la recentissima sentenza c.d. "Fiat"³⁶, in materia di false comunicazioni sociali, la quale si è occupata –tra l'altro- della responsabilità di un soggetto che, pur avendo svolto notevoli attività di consulenza (peraltro *dall'interno della società*, come *amministratore delegato*) si era anche adoperato a redigere *materialmente* il bilancio ritenuto non conforme a verità. Ciò nondimeno, rimane comunque, icastica, una rilevante affermazione di principio:

“spesso la possibilità di realizzare complessi artifici contabili, idonei a un'efficace dissimulazione della realtà, è condizione indispensabile della successiva condotta di false comunicazioni sociali, perché tende a garantire che la menzogna non verrà smascherata”.

Affermata così, a livello generale, la potenziale tipicità della condotta compartecipativa tenuta dal consulente, può davvero ben dirsi che i punti pacifici, relativamente al tema in esame, siano esauriti. Ed invero, emerge ora la particolare difficoltà che pone la questione del concorso morale realizzato mediante un consiglio tecnico, difficoltà direttamente derivante dal confluire, nel tema in esame, di tutte le incertezze che accompagnano quelli che forse sono due dei punti più controversi della disciplina della compartecipazione nel reato: la *rilevanza del contributo* dato da ciascun compartecipe affinché possa radicarsi il rimprovero penale e *l'inafferrabile tipicità* precipua del contributo di natura esclusivamente psichica. Ed a tale riguardo, il secondo quesito che ci eravamo posti è proprio volto a tracciare i contorni dell'elemento oggettivo di codesta forma di compartecipazione.

³⁵Trib. Milano, 28 aprile 1994, Cusani, in *Foro it.*, 1995, II, 24 e ss., part. 91.

³⁶ Cass., sez. V, 19 ottobre 2000, Mattioli, Romiti, in *Giur. it.*, 2001, 517, (parzialmente inedita).

3. CENNI AL PROBLEMA DELLA "RILEVANZA" DEL CONCORSO MORALE: LA TEORIA CONDIZIONALISTICA

In particolare, sulla questione dell'individuazione del *contributo minimo* necessario affinché un soggetto possa essere ritenuto concorrente, da lungo tempo la dottrina si confronta su posizioni contrastanti e, tra le diverse teorie elaborate, una soltanto sembrerebbe fornire all'interprete uno strumento applicativo relativamente sicuro, in forza del quale decidere della rilevanza o meno del contributo di un presunto concorrente: la c.d teoria condizionalistica, non a caso ritenuta dai compilatori del codice penale come *ratio* fondante l'istituto concorsuale³⁷.

Com'è noto, secondo questa teoria, potrebbe essere considerato concorrente solamente colui che dia un contributo che costituisca *condizione necessaria* (ancorché non sufficiente) per la realizzazione del reato. "Trapiantando" nel tema del concorso di persone le questioni sorte in tema di imputazione oggettiva dell'evento, si è considerato concorrente ogni soggetto il cui contributo fosse *condicio sine qua non* della commissione del reato. Detto diversamente, significa operare il noto processo di eliminazione mentale³⁸ della condotta di un concorrente e vedere se - senza tale apporto - il reato si sarebbe comunque verificato.

Ed al riguardo, non è inutile ricordare come la prevalente giurisprudenza fondi -pur con molte incertezze- la disciplina del concorso nel reato proprio sul dogma della causalità³⁹:

"In virtù della concezione monistica ed unitaria del concorso, così come accolta dall'art. 110 c.p. , l'attività del correo può essere rappresentata da qualsiasi forma di compartecipazione, da un contributo causale, di ordine materiale o psicologico, a tutti o ad alcune delle fasi di ideazione, organizzazione ed esecuzione dell'azione criminosa. Ne consegue che il concorso si può configurare in tutti o in qualcuno degli atti che, comunque, costituiscono contributi causali alla realizzazione dell'evento concorsualmente ideato e voluto"⁴⁰;

"Il concorso di persone nel reato si configura quando tra gli atti dei singoli compartecipi sussista una connessione causale rispetto all'evento e purché ciascuno di essi sia consapevole del contributo che apporta alla realizzazione dell'evento"⁴¹.

³⁷Sulla causalità della compartecipazione criminosa, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2000, 561 e ss.; BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, 1986, 646; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 1964, 30 e ss. (ma cfr. altresì le precisazioni a 153 e ss.); ID., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. del diritto*, vol. VIII, 1964, 571; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, 1952, 22 e ss.

³⁸Per tutti, STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale (ristampa)*, 1990, 1 e ss.

³⁹Cfr. Cass., sez. III, 19 gennaio 1983, Stella, in *Cass. pen.*, 1985, 633-634; Cass., sez. I, 5 dicembre 1984, Fabiano, in *Cass. pen.*, 1986, 1072-1073; Cass., sez. VI, 9 novembre 1987, Riccobene, in *Cass. pen.*, 1989, 985.

⁴⁰Cass., sez. III, 19 gennaio 1983, Stella, in *Cass. pen.*, 1985, 633-634.

⁴¹Cass., sez. VI, 9 novembre 1987, Riccobene, in *Cass. pen.*, 1989, 985.

Sennonché, nonostante la (più apparente che reale) linearità che caratterizza il ragionamento causale e la semplicità applicativa che parrebbe discendere dalla sua adozione, la dottrina oggi prevalente rifiuta una tale tesi, ritenendola troppo restrittiva⁴².

Ed infatti, è curioso constatare come, se in tema di imputazione oggettiva dell'evento la teoria condizionalistica sia sempre stata considerata eccessivamente penalizzante (si pensi al classico esempio di Tizio che ferisce Caio poi morto nell'incendio dell'ospedale: Tizio sarebbe causa della morte di Caio), in tema di concorso di persone tale tesi lascerebbe aperti inaccettabili vuoti di tutela⁴³. Oltre alla difficoltà di applicare una teoria sorta per l'imputazione di un *evento naturalistico* a situazioni che potrebbero benissimo essere prive di un tale evento (si pensi al concorso in un reato di *mera condotta*)⁴⁴, ad esulare dall'ambito del concorso sarebbero anche i c.d. casi di *omnimodo facturus*⁴⁵, nei quali l'autore materiale avrebbe agito egualmente, a prescindere dal contributo del partecipe⁴⁶.

Inoltre, anche da un punto di vista sistematico, la teoria condizionalistica pare difficilmente adattabile alla disciplina del concorso di persone nel reato se si pone a mente l'esistenza della circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p., la quale riduce la pena in presenza di un contributo

Non sono rare, peraltro, le distorsioni giurisprudenziali del criterio della causalità, con conseguente attribuzione di rilevanza -ad onta di contrarie affermazioni di principio- altresì a comportamenti meramente agevolativi: cfr. Cass., sez. I, 16 aprile 1984, Nocerino, in *Cass. pen.*, 1985, 2219; Cass., sez. I, 18 maggio 1984, Adinolfi, in *Cass. pen.*, 1985, 2223; Cass., sez. I, 24 novembre 1984, Bari Vavalle, in *Cass. pen.*, 1986, 1073; Cass., sez. VI, 20 dicembre 1989, Pistoia, in *Cass. pen.*, 1991, 1769; Cass., sez. VI, 6 novembre 1991, Alfeba, in *Cass. pen.*, 1993, 295. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si veda INSOLERA, *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Codice penale, Parte speciale*, vol. II, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di Bricola, Zagrebelsky, 1996, 549 e ss.

⁴²Cfr. GIULIANI-BALESTRINO, *I limiti della compartecipazione criminosa*, 1988, *passim*, in particolare il cap. I; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, 2000, 548 e ss.; ID., *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, 1994, 654. Sul problema dell'efficacia causale del contributo del singolo partecipe, cfr. altresì ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, 1984, 30 e ss.; ID., *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Indice penale*, 1977, 407 e ss.; DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 180; GALLO (M.), *Lineamenti*, cit., p. 14; INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986, 21 e ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 523; PADOVANI, *Diritto penale*, 1999, 376; SEMINARA, *Tecniche normative*, cit., 282; VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, cit., 1365 e ss.

Ma ritiene tuttora valido il criterio causale per la tipizzazione delle condotte atipiche rispetto alla disposizione di parte speciale, GRASSO, *Commentario*, cit., 154 e ss.

⁴³ GRASSO, *Commentario*, cit., 151; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 523; ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento*, cit., 410; INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Digesto pen.*, vol. II, 1988, 443.

⁴⁴ VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, cit., 1362 e ss.; GRASSO, *Commentario*, cit., 151 e ss.; ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento*, cit., 407 e ss.; INSOLERA, voce *Concorso*, cit., 461.

⁴⁵ INSOLERA, voce *Concorso*, cit., 465.

⁴⁶ PAGLIARO, *Principi*, cit., 553. Ulteriori esemplificazioni in INSOLERA, voce *Concorso*, cit., 443.

di "minima importanza": come potrebbe definirsi tale una condotta *indispensabile* alla commissione del fatto⁴⁷?

Ed ancora, lo stesso testo dell'art. 116 c.p., facendo esplicito riferimento ai *solì casi* nei quali "l'evento è conseguenza" dell'azione o dell'omissione del concorrente, pare riconoscere - *a contrariis* - l'esistenza di forme di concorso nelle quali - appunto - la condotta del compartecipe non sia condizione necessaria per la sussistenza dell'evento⁴⁸.

3.1 L'idoneità del consiglio tecnico a *determinare o a rafforzare il proposito criminoso*

E' noto come, perso il forte appiglio della teoria condizionalistica, la disciplina del concorso rischi di precipitare nell'incertezza, obbligando la dottrina e la giurisprudenza ad attivarsi in un'opera di "supplenza legislativa" che ha condotto il Vassalli a parlare di "tipicità dottrinale, giurisprudenziale e sociale"⁴⁹ con riferimento alla tipicità del concorso di persone nel reato.

Quale che sia l'interpretazione che si intenda dare alla tautologica espressione contenuta nell'art. 110 c.p., sembra che vi possa comunque essere un punto da mantenere fermo: non qualsivoglia contributo che sul piano morale possa in qualche modo rivelarsi di rafforzamento di un proposito delittuoso può assurgere *tout court* a condotta di compartecipazione.

Ed infatti, se è vero che anche la mera ed inerte presenza sul luogo di un delitto, la mancata dissuasione, la connivenza o financo l'applauso o la semplice approvazione possono rafforzare un proposito criminoso o possono indurre a delinquere⁵⁰, nondimeno può dirsi pacifica l'opinione che esige una concreta idoneità del contributo morale ad esercitare una (per ora limitiamoci a definirla così) "effettiva influenza" sulla psiche del reo affinché possa ritenersi sussistente una condotta concorsuale *rilevante* e, quindi, tipica *ex artt.* 110 e ss. c.p. Muovendosi in tale direzione, la dottrina tenta di racchiudere il concorso morale tra i binari della *determinazione a delinquere* di colui che ancora non nutrive alcun proposito criminale e del *rafforzamento* di un proposito già sorto ma *ancora vacillante*⁵¹.

⁴⁷Per questo rilievo, cfr. PAGLIARO, *Principi*, cit., 550; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 377. Ma vedasi altresì INSOLERA, voce *Concorso*, cit., 443. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. I, 11 maggio 1994, Scaringella, in *Cass.pen.*, 1995, 1833.

⁴⁸Così, ancora, PAGLIARO, *Principi*, cit., 551.

⁴⁹VASSALLI, voce *Tipicità*, cit., 539.

⁵⁰Ed infatti, la giurisprudenza è giunta ad ammettere che anche la mera presenza sul luogo del delitto possa (in taluni casi) costituire condotta di concorso: cfr. Cass., sez. I, 11 marzo 1997, Perfetto, in *Cass. pen.*, 1998, 2349; Cass., sez. II, 23 maggio 1990, Cappai, in *Cass. pen.*, 1992, 1802; Cass., 2 ottobre 1990, in *Cass. pen.*, 1992, 943; Cass., 26 maggio 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2983; Cass., sez. VI, 15 aprile 1993, La Torre, in *Cass. pen.*, 1994, 2983; Cass., sez. I, 31 marzo 1994, Bellotti, in *Cass. pen.*, 1996, 88.

⁵¹Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 454; INSOLERA, voce *Concorso* cit., 467-468; LA CUTE, voce *Apolgia e istigazione*, cit., 11; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 526; SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta*

Particolarmente incisiva è anzi la posizione di una parte della dottrina, la quale prende atto della singolare delicatezza che contraddistingue la compartecipazione morale per rivalutare (in tale limitato ambito) il criterio condizionalistico e circoscrivere la rilevanza del *contributo morale* unicamente a quelle condotte idonee a *determinare* (e non quindi solamente a *rafforzare*) il proposito criminoso⁵². Dunque, il primo passo da compiere –almeno secondo tale dottrina– pare proprio essere quello di verificare *causalmente* l'idoneità del contributo morale ad incidere sulla commissione del fatto di reato. Ed è a tutti chiaro quanto sdruciolevole sia il terreno sul quale tale verifica dovrà svolgersi, assodato che si tratta di operare un accertamento causale concernente attività psichiche ed eventi fisici⁵³.

3.2. Segue: l'orientamento giurisprudenziale

Anche nella giurisprudenza un simile orientamento non è stato privo di seguito: emblematica, in questo senso, una sentenza della Corte di cassazione nella quale veniva giudicato un soggetto accusato di concorso nel reato di occultamento di cadavere per aver suggerito, a seguito di domanda specifica, "*di gettare il corpo della vittima in una zona di campagna fuori mano*"⁵⁴.

Si ha quindi un soggetto che uccide, che decide di nascondere il cadavere (vi è già, quindi, la risoluzione a commettere il reato di occultamento di cadavere) e che si rivolge ad un tristo compare al fine di ricevere consiglio sulle *modalità di occultamento* del cadavere.

Ebbene, in questo caso, con molta incisività, la Corte di cassazione rileva che:

"Orbene, che in linea teorica l'adesione di volontà possa costituire concorso morale come rafforzamento del disegno criminoso da altri concepito è fuor di dubbio. Ma occorre in concreto dimostrare il rapporto di causalità tra l'adesione del terzo -che in caso di risposta affermativa diventa concorrente morale- e l'incentivo che ne deriva all'attività dell'autore materiale. Vale a dire, se quest'ultimo manifesta l'intenzione di

istigatoria come forma di partecipazione al reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1123 e ss; VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, cit., 1406; VIOLANTE, voce *Istigazione*, in *Enc. del diritto*, vol. XXII, 991.

⁵²Cfr. MORMANDO, *L'istigazione*, 1995, 47-48. Ma si vedano altresì le posizioni di ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione*, cit., 29, nota n. 35; GRASSO, in *Commentario*, cit., 160 e ss., part. 163; GUERRINI, *Il contributo concorsuale*, cit., 59; SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1123: "la natura relazionale e di tipo teleologico del concetto di istigazione, infatti, impone che l'istigatore sia chiamato a rispondere penalmente dell'illecito commesso da altri solo in quanto su questo egli abbia realmente influito: ove manchi tale collegamento, l'istigazione può essere punita solo se prevista come titolo autonomo di reato".

Da ultimo, precipuamente sul consiglio di ordine tecnico, CERQUA, *Concorso del professionista nei delitti tributari*, cit., 38.

⁵³ Per tutti, ENGISCH, *Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug*, in *Fest. von Weber*, 1963, 267; STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 102 e ss.

⁵⁴Cass., sez. I, 14 dicembre 1995, Giacalone. La massima si trova in *Cass. pen.*, 1996, 3641, mentre la motivazione è inedita.

commettere il reato, va dimostrato come un suggerimento di un terzo per la sua peculiarità sia causa efficiente del rafforzamento di detta intenzione perché sia posta in essere manifestazione partecipativa a titolo di concorso morale, altrimenti si verte in connivenza non punibile".

E giova sottolineare come, proprio in forza di tale motivazione, la Corte di cassazione abbia, nel caso di specie, annullato la sentenza di appello.

Tale ordine di idee non è certamente isolato nella giurisprudenza di legittimità⁵⁵, e vale la pena dar conto di almeno un altro, significativo precedente in ordine alla rilevanza del concorso morale nel reato.

In sede di giudizio su di un delicatissimo episodio di terrorismo, la Corte di cassazione ha affermato che per qualificare la condotta di concorso morale nel reato, condotta esattamente ritenuta "*formalmente atipica*", occorre rifarsi alla causalità:

"nel senso che -ai fini della responsabilità deve esservi la prova della correlazione (causale) di tale condotta con la realizzazione del delitto ad opera dell'esecutore unico o dei coesecutori.

L'attività del partecipe, in altre parole, deve influenzare la commissione del reato o perché provoca o rafforza il proposito criminoso (istigazione) o perché ne facilita la preparazione o l'attuazione (agevolazione).

Bisogna che l'azione favorisca o renda più probabile l'offesa; e quindi non sussiste responsabilità allorquando il destinatario della anzidetta azione (istigatrice) sia già fermamente determinato a commettere il crimine"⁵⁶.

Ed ancora, in una importante pronuncia di merito (seppur "contaminata" -come si è detto- da un apporto *anche* di tipo *materiale* da parte del concorrente-consulente)⁵⁷:

"Cusani ha quindi svolto un'attività di supporto costante, seguendo dall'origine al destinatario finale le somme che dovevano essere utilizzate per fini extracontabili. E' stato il punto di riferimento della manovra illecita.

Senza la sua opera di consulenza e di vigile operatività, Gardini non sarebbe stato in grado di trovare un accordo con chi lo contrastava sul piano industriale, di soddisfare le pretese di amici e nemici, di raggiungere lo scopo concordato: la condotta dell'attuale imputato è stata quindi determinante nell'indurre Gardini a delinquere e nel rafforzarne il proposito criminoso".

⁵⁵Cfr. altresì Cass., sez. I, 17 ottobre 1985, Onorato, in *Cass. pen.*, 1987, 720: "la semplice presenza inattiva od anche la sola connivenza oppure il non aver impedito la consumazione del reato .. non costituiscono concorso morale"; Cass., sez. I, 16 ottobre 1978, Bertoli, in *Giust. pen.*, 1979, II, c. 351; Cass., sez. I, 23 ottobre 1978, Losco, in *Riv. pen.*, 1979, 431; Cass., sez. VI, 8 marzo 1989, Giorgini, in *Cass. pen.*, 1992, 304: "per aversi concorso di persone nel reato non basta la semplice adesione morale .. poiché occorre comunque un apporto che produca un rafforzamento dell'attività criminosa dell'agente ..".

⁵⁶Cass., sez. I, 16 dicembre 1987, Mambro, in *Cass. pen.*, 1989, 198, con motivazione inedita.

⁵⁷Trib. Milano, 28 aprile 1994, Cusani, in *Foro it.*, 1995, II, 24 e ss. (il passo citato si trova alla colonna 91).

Efficacia, quindi, *causale* del contributo morale: l'attività del compartecipe morale deve modificare l'atteggiamento psicologico del concorrente-autore principale dell'illecito facendo sorgere il proposito delittuoso, oppure rafforzando un proposito criminoso ancora vacillante: dunque, colui che già è risoluto a delinquere (ben inteso, avendo già a mente un ben determinato fatto di reato) non è più un soggetto "istigabile" o comunque -in linea generale- sul quale sia possibile influire ulteriormente, anche solamente sul piano psicologico⁵⁸.

Da ultimo, un tale orientamento pare aver trovato avallo anche in una recente è già ricordata pronuncia della Corte di cassazione⁵⁹, la quale, dopo aver affermato (come già si è detto) che

“spesso la possibilità di realizzare complessi artifici contabili, idonei a un'efficace dissimulazione della realtà, è condizione indispensabile della successiva condotta di false comunicazioni sociali, perché tende a garantire che la menzogna non verrà smascherata”,

conclude significativamente:

“non pare possa dubitarsi che chi contribuisca a tali artifici contabili, nella prospettiva della futura dissimulazione, ..., di riserve occulte, offra un contributo causale determinante alla condotta criminosa punita dall'art. 2621 c.c., soprattutto quando la sua posizione in seno alla società e le sue capacità tecniche professionali siano tali da assicurare l'amministratore sull'efficacia del risultato dissimulativo”⁶⁰.

3.3. Ai confini dell'offensività del concorso morale: il consiglio tecnico tra istigazione ed apologia

La questione fin qui tratteggiata trova un ulteriore profilo di complicazione nel fatto che la condotta di colui che si presta ad offrire un consiglio tecnico volto alla realizzazione di un fatto di reato non pare coincidere esattamente con la condotta istigatoria⁶¹: infatti, nell'istigazione, la

⁵⁸ Limpidamente, in questo senso, CERQUA, *Concorso del professionista nei delitti tributari*, cit., 38.

⁵⁹ Cass., sez. V, 19 ottobre 2000, Mattioli, Romiti, in *Giur. it.*, 2001, 517, (parzialmente inedita). Ma cfr., ancora nello stesso senso, Cass., sez. V, 4 ottobre 2000 (dep. 18 dicembre 2000), De Maggio, in *Dir. pratica delle società*, n. 11/2001, 94, in un caso in cui un commercialista aveva ricevuto l'incarico “*dopo la dichiarazione di fallimento ... di ridisporre le scritture contabili ed il bilancio e, più esattamente, nell'espletamento di tale incarico sulla base delle mere indicazioni dei committenti, senza la previa verifica della rispondenza delle annotazioni via via effettuate alla documentazione, che non gli sarebbe mai stata fornita e che egli non avrebbe mai curato di chiedere*”.

⁶⁰ P. 66 della motivazione.

⁶¹ Nello stesso senso GRASSO, *Commentario*, cit., 164-165; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 527. Cfr. altresì VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, cit., 1400-1401, la quale riconduce il consiglio tecnico alle attività di "promozione", "organizzazione" e "direzione" di cui all'art. 112, n. 2, c.p. Di diverso avviso pare essere

pressione morale, le parole impiegate dall'agente, sono proiettate alla commissione di un fatto illecito, il quale è sullo sfondo, è l'obiettivo al quale tende l'argomentare dell'istigatore orientandone l'intera costruzione lessicale, la quale -già sul piano obiettivo- è indirizzata alla commissione del fatto.

Diverso il semplice consiglio tecnico, il quale -di frequente- appare come "neutro" e concerne non tanto l'*opportunità* di compiere una certa azione ma piuttosto le *modalità* attraverso le quali compierla. Il fatto illecito non è il faro che illumina gli argomenti del consulente, e viene così a mancare l'intrinseca direzione della condotta alla perpetrazione di un illecito. Il consiglio tecnico descrive uno *strumento*, spesso asettico; l'istigazione ha in sé i connotati della spinta morale finalizzata. Il consiglio è *il mezzo*, l'istigazione *presuppone il fine*: ancora più attenta, di conseguenza, ci pare debba essere l'indagine della concreta offensività della condotta del consulente presunto concorrente.

Tuttavia, l'abbozzare una tale *actio finium regundorum* può forse valere a far emergere un importante argomento che, ci pare, potrebbe confermare i rilievi che abbiamo svolti ed, in particolare, ribadire la natura condizionalistica del consiglio tecnico affinché possa assurgere a condotta di concorso penalmente rilevante.

Ed infatti, una conferma di tali argomentazioni sembra rinvenibile nel confronto tra la condotta di istigazione e quella che forse è la più blanda forma di pressione psicologica incriminata dal nostro codice penale: l'*apologia*. Ebbene, proprio in tale ambito intervenne la Corte costituzionale⁶² per (tentare di) chiarire quali fossero i confini tra libertà di espressione del pensiero e condotta illecita:

"l'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ultimo comma c.p. non è la manifestazione del pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti".

Ora, la condotta dell'apologeta è autonomamente incriminata da norme di parte speciale del codice penale, le quali - in via eccezionale - elevano a rilevanza penale forme di pressione psicologica *altrimenti inidonee a fondare la compartecipazione criminosa*; ed inidonee perché la *condotta istigatoria*, capace di costituire quel contributo morale che fonda il concorso di persone nel reato, è *un qualcosa che va oltre la mera apologia*⁶³.

VIOLANTE, voce *Istigazione*, cit., 988, secondo il quale la nozione di istigazione sarebbe idonea a ricomprendere qualsiasi forma di compartecipazione morale.

⁶²Corte cost., 4 maggio 1970, n. 65, in *Giur. cost.*, 1970, 955. Cfr. altresì Cass., sez. I, 5 luglio 1979, Patrandolfo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 735. In dottrina, per tutti, LA CUTE, voce *Apolgia e istigazione*, cit., *passim*.

⁶³Cfr., per tutti, MORMANDO, *L'istigazione*, cit., 37 e ss.

Ma se già l'apologia deve avere i suddetti requisiti evidenziati dalla stessa Corte costituzionale per poter essere norma costituzionalmente legittima, *a fortiori* la condotta di compartecipazione morale nel reato dovrà contenere in sé *almeno gli stessi elementi di idoneità*.

D'altra parte, appare questo il canone interpretativo costantemente adottato dalla Corte allorquando ha dovuto pronunciarsi su fattispecie incriminanti mere espressioni verbali. Emblematica, in questo senso una pronuncia in tema di art. 415 c.p.:

"E' costituzionalmente illegittima -per contrasto con l'art. 21 Cost.- la disposizione contenuta nell'art. 415 c.p., riguardante l'istigazione all'odio fra le classi sociali, nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità.

La norma nella sua formulazione attuale non esclude infatti che essa possa colpire la semplice manifestazione ed incitamento alla persuasione della verità di una dottrina ed ideologia politica o filosofica della necessità di un contrasto e di una lotta tra portatori di opposti interessi economici e sociali. L'inciso "in modo pericoloso per la pubblica tranquillità" era del resto contenuto nell'art. 242 dell'abrogato codice penale del 1888"⁶⁴.

Un'importante affermazione di principio è così contenuta in un'altra sentenza, sempre dei primi Anni '70:

"Tutti i reati di istigazione od apologia scaturiscono da una manifestazione di pensiero non tutelata dall'art. 21 Cost. quando si attua mediante offese a beni e diritti pur essi tutelati dalla Costituzione"⁶⁵.

E' proprio in questa prospettiva, dunque, che riteniamo vada valutata la condotta di compartecipazione morale, ossia ponendo l'accento sulla valorizzazione della *concreta offensività* di una condotta che -occorre non dimenticare- rimane ferma sul piano meramente espressivo, intervenendo a livello esclusivamente psichico sul destinatario del messaggio. E ciò indipendentemente dal fatto che si tratti di un messaggio istigatorio, apologetico o in qualche misura agevolante la commissione di un fatto di reato, quale il consiglio tecnico⁶⁶.

⁶⁴Corte cost., 23 aprile 1974, n. 108, in *Giur. cost.*, 1974, 773.

⁶⁵Corte cost., 27 febbraio 1973, n. 16, in *Giur. cost.*, 1973, 87. Sostanzialmente nello stesso senso, tra le molte, si segnalano per la loro particolare incisività Corte cost., 21 novembre 2000, n. 519, in *Giur. it.*, 2001, 1321 con nota di GIANNOTTI, *Il concetto di "sedizione militare", fra determinatezza ed offensività, in una pronuncia di rigetto della Corte costituzionale*; Corte cost., 27 febbraio 1973, n. 15, in *Giur. cost.*, 1973, 79, ambedue in tema di manifestazioni sediziose; Corte cost., 16 marzo 1962, n. 19, in *Giur. cost.*, 1962, 189, in tema di pubblicazione di notizie false esagerate o tendenziose (art. 656 c.p.); Corte cost., 21 marzo 1989, n. 139 in *Giur. cost.*, 1989, 648, in tema di istigazione a disobbedire alle leggi (art. 266 c.p.).

⁶⁶E cfr., in tal senso, nella giurisprudenza più recente, Cass., sez. VI, 5 marzo 2001, Gobbi, in *Cass. pen.*, 2002, 3898; Ass. Milano, 14 novembre 2001, Cucullo, in *Cass. pen.*, 2003, 1006 (in tema di apologia di genocidio), con nota di FRONZA, *Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" in tema di apologia*; .

Alla luce di queste considerazioni, diviene allora condivisibile -a noi pare- quell'attenta giurisprudenza incline ad *escludere* che possa assumere il ruolo di concorrente nel reato di occultamento di cadavere chi si limita a suggerire di gettare un corpo nella campagna⁶⁷, oppure, allo stesso modo, non diviene responsabile di istigazione a delinquere chi suggerisce di mettersi "d'accordo col postino", affinché questo rimandi indietro una multa "dicendo che siete irreperibile"⁶⁸. E, ancora, non diviene concorrente in concussione il commercialista che si limiti a fungere da latore di una richiesta concussiva proveniente da un militare della Guardia di Finanza, anche se rappresenta al contribuente i rischi scaturenti da un accertamento fiscale⁶⁹.

Tale interpretazione, tra l'altro, ci pare conforme alla recente valorizzazione del principio di necessaria offensività operata dalla Corte costituzionale, la quale ha riconosciuto espressamente il carattere "vincolante" per il legislatore *e per l'interprete*, di tale principio⁷⁰.

4. BREVI CENNI ALL'ELEMENTO SOGGETTIVO DELLA COMPARTECIPAZIONE CRIMINOSA REALIZZATA MEDIANTE IL CONSIGLIO TECNICO

Tuttavia, è chiaro come una siffatta delimitazione dell'area del penalmente rilevante sia ancora molto approssimativa e contribuisca a sfoltire in modo ancora insufficiente l'area delle condotte (di concorso morale) candidate a costituire compartecipazione criminosa. Per addivenire quindi a conclusioni più complete, sarà ora necessario affrontare (pur molto sommariamente) l'altro aspetto del concorso di persone nel reato, vale a dire l'aspetto *soggettivo* della compartecipazione criminosa. Ciò permetterà altresì di rispondere all'ultimo quesito che ci eravamo posti e concernente, appunto, *l'elemento soggettivo* che sorregge il fatto illecito realizzato plurisoggettivamente.

In via pregiudiziale, essendo questo intervento finalizzato soprattutto all'approfondimento del concorso in fattispecie penali dolose, vorremmo delimitare l'oggetto della nostra analisi concentrando l'attenzione sui profili inerenti il solo *concorso doloso* in reato *doloso*. Ciò anche al fine di non dilatare eccessivamente l'indagine, stravolgendone l'indole.

Al riguardo, escludendosi pacificamente la necessità di un esplicito accordo (il c.d. *pactum sceleris*, il "previo concerto")⁷¹, ampia parte della dottrina ritiene sufficiente che la

⁶⁷Cass., sez. I, 14 dicembre 1995, Giacalone, in *Cass. pen.*, 1996, 3641.

⁶⁸Trib. Venezia, 24 ottobre 1996, Danese, in *Foro it.*, II, 275.

⁶⁹Cfr. Cass., sez. VI, 10 ottobre 2001, Ragosta, in *Diritto e giustizia*, n. 46/2001, 22.

⁷⁰Cfr. Corte cost., 24 luglio 1995, n. 360, in *Giur. cost.*, 1995, 2268; Corte cost., 21 novembre 2000, n. 519, in *Cass. pen.*, 2001, 818; Corte cost. 11 luglio 2000, n. 263. Sul punto, cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 2001, 454.

⁷¹ANTOLISEI, *Manuale*, cit., *Parte generale*, cit., 565; INSOLERA, voce *Concorso*, cit., 466 e 474 (pur sottolineando la frequente ricorrenza nella prassi di tale modalità di concorso); MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 531; GRASSO, *Commentario*, cit., 168; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 384 e ss.

consapevolezza del convergere delle condotte dei vari compartecipi faccia capo anche ad *un solo soggetto*⁷². Tuttavia, un'importante precisazione s'impone: se Caio, conoscendo l'intenzione omicida di Sempronio, gli fa trovare un'arma con la quale quest'ultimo uccide Mevio, Caio risponderà di concorso in omicidio, mentre Sempronio sarà chiamato a rispondere di omicidio *realizzato monosoggettivamente*⁷³.

Le implicazioni di codesta puntualizzazione non sono solamente di carattere teorico, in quanto non solo alla fattispecie plurisoggettiva sono applicabili circostanze del reato che non trovano applicazione in ambito monosoggettivo (cfr. artt. 111, 112 e 114 c.p.) ma, una volta imboccata questa via, potrà esservi anche un mutamento del titolo di reato in capo a taluno dei compartecipi in funzione del diverso atteggiamento psicologico di questi: rileva infatti il Pagliaro come uno *stesso fatto esteriore*, in funzione del diverso elemento subiettivo, possa indifferentemente costituire un tentato omicidio oppure delle tentate lesioni, un tentato danneggiamento oppure esplosioni in luogo vietato, ecc.⁷⁴.

È quindi importante sottolineare come, ai fini della sussistenza dell'aspetto soggettivo del concorso di persone nel reato, sia non solo necessario che un soggetto agisca con la rappresentazione e volizione della realizzazione del reato, ma altresì che questo sia *consapevole di collaborare* con altri soggetti alla realizzazione di un piano comune⁷⁵, e di un *ben preciso* piano comune: quello che si risolverà nel fatto penalmente illecito. Con la conseguenza che la presenza di uno soltanto dei suddetti coefficienti psicologici non sarà ancora sufficiente per aversi concorso doloso in delitto doloso⁷⁶.

In giurisprudenza: Cass., sez. II, 2 ottobre 1991, Beltrame, in *Cass. pen.*, 1993, 817; Cass., sez. I, 11 dicembre 1980, Bega, in *Giust. pen.*, 1981, II, c. 485.

⁷² BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 650; DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva eventuale*, 1956, 105; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 457; GALLO (M.), voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. del diritto*, vol. XIII, Milano, 1964, 797; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 532; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 384.

Contra: ANTOLISEI, *Manuale*, cit., *Parte generale*, cit., 565-566; LATAGLIATA, *Principi del concorso*, cit., 164 e ss. Cfr. altresì INSOLERA, voce *Concorso*, cit., 475. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. VI, 1 giugno 1989, Caveduri, in *Cass. pen.*, 1991, 1360; Cass., sez. VI, 10 dicembre 1984, Pierazzuoli, in *Cass. pen.*, 1986, 1536; Cass., sez. I, 7 aprile 1986, Spina, in *Cass. pen.*, 1987, 1107.

⁷³Per questo esempio, cfr. GRASSO, *Commentario*, cit., 169. Nello stesso senso, cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 384; ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., 201.

⁷⁴ PAGLIARO, *Principi*, cit., 552 e ss. Sono questi i corollari della c.d. teoria della "fattispecie plurisoggettiva differenziata". Su tale teoria, cfr. INSOLERA, voce *Concorso*, cit., 457-458. Tale Autore perviene ad identiche conclusioni in tema di differenziazione del titolo di reato in capo a ciascun compartecipe pur seguendo argomentazioni opposte a quelle del Pagliaro: cfr. INSOLERA, voce *Concorso*, cit., 476. Si vedano altresì gli autori citati alla nota precedente.

⁷⁵E si noti la diversità delle due prospettive: PAGLIARO, *Principi*, cit., 553; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 384-385.

⁷⁶ Per tutti, si vedano in proposito le stringenti osservazioni di PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1271 e ss., al quale rinviamo anche per i numerosi riferimenti bibliografici.

E cfr. altresì, proprio in materia di concorso del consulente, i rilievi di BERSANI, *La responsabilità del professionista a titolo di concorso nella commissione di reati economici*, in *Impresa*, 2001, 141.

Di tutto ciò ha piena contezza la Corte di cassazione la quale, in una notissima e già ricordata pronuncia, ha chiaramente detto che la compartecipazione criminosa fondata sul solo concorso morale

"non si lega soltanto alla mera confluenza causale delle condotte nella «procedura produttiva dell'evento», occorrendo anche una «coincidenza contenutistica» dei voleri di tutti i compartecipi; ond'è che la connotazione psicologica attiene alla struttura di tutte le condotte di concorso, in esse comprese quelle di partecipazione accessoria (istigazione o agevolazione). Il significato oggettivo delle condotte in discorso non è individuabile se non attraverso l'atteggiamento psicologico dell'agente"⁷⁷.

E, si badi bene, in forza di tali motivazioni la Corte di cassazione ha annullato -su tale punto- la sentenza di condanna della Corte d'Appello.

Tale rilievo sembra infine ricevere -ancora in ambito penale economico- l'avallo della stessa Corte costituzionale⁷⁸, seppur in un caso nel quale i confini del concorso morale sembrano essere stati superati. La Corte, infatti, nel notissimo "caso Lockheed" ritenne non censurabile l'operato di un procuratore legale la cui collaborazione con il reo non si spingeva

"oltre il limite dell'approntamento e tenuta" di società che "anche con ricorso a prestanomi e a contabilità più o meno addomesticate" consentivano al reo "di svolgere, dietro la facciata di uomo pubblico e dirigente di pubbliche imprese, una rilevante attività di affarista".

Ebbene, in tale caso la Corte costituzionale non ha considerato rilevante l'apporto del professionista-consulente in quanto ha ritenuto mancasse "*la cognizione dei singoli affari od operazioni* (illecite, n.d.a.) *alla cui realizzazione*" tali società erano strumentalmente preordinate. Questo, ovviamente, non pregiudicherebbe un'eventuale (autonoma) responsabilità per "l'addomesticamento" della contabilità, ma esclude il concorso tra consulente e reo nei reati commessi utilizzando le suddette società-schermo.

Tuttavia, proprio a dimostrazione dello spesso velo di incertezza che avvolge l'argomento che ci occupa, talvolta la Corte di cassazione⁷⁹ sembra essere stata maggiormente severa proprio in un (almeno apparentemente) analogo caso di collaborazione dell'estraneo in fatti di distrazione (anche se per un giudizio più oculato occorrerebbe conoscere a fondo il caso oggetto di pronuncia, andando oltre la scarna affermazione massimata):

⁷⁷Cass., sez. I, 16 dicembre 1987, Mambro, in *Cass. pen.*, 1989, 198. Di recente, in materia penale fallimentare, un particolare rigore nell'accertamento dell'atteggiamento psicologico dell'*extraneus* concorrente con l'*intraneus*, è adottato da Cass., sez. V, 19 marzo 1999, Bortoletti, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, 1201.

⁷⁸Corte Cost., 2 agosto 1979, in *Foro it.*, 1979, I, 2194 e ss. (cfr. part. 2283).

⁷⁹Cass., sez. V, 23 ottobre 1996, Sessegolo, in *Cass. pen.*, 1999, 650. Cfr. altresì Cass., sez. V, 4 ottobre 2000 (dep. 18 dicembre 2000), De Maggio, in *Dir. pratica delle società*, n. 11/2001, 94.

"Risponde del reato di bancarotta fraudolenta il collaboratore dell'imprenditore che appresti un conto corrente per raccogliervi proventi della vendita dei prodotti dell'azienda destinati ad una gestione privata extracontabile dell'imprenditore indipendentemente dalla conoscenza della effettiva destinazione delle somme. E' infatti sufficiente che il collaboratore sia consapevole che le somme vengono sottratte alle ragioni dei creditori, tra i quali vi è sicuramente il fisco".

4.1. Concorso morale e responsabilità per il reato diverso da quello voluto

I rilievi che abbiamo tentato fin qui di sviluppare e, soprattutto, quanto si è affermato in tema di colpevolezza di colui che fornisce il consiglio di ordine tecnico all'autore (o agli autori principali) del fatto, ricevono –almeno così a noi pare- avallo dai limiti che dottrina e giurisprudenza riconoscono alla responsabilità dell'istigatore nelle situazioni di divergenza tra il “voluto” dal concorrente morale ed il “realizzato” dall'autore del fatto.

In proposito, la dottrina sottolinea che “l'esecuzione volontaria da parte del soggetto istigato di un fatto diverso, anche solo nell'oggetto materiale, è in grado di spezzare il legame che avvince la condotta dell'esecutore alla precedente istigazione: da questo punto di vista, in mancanza della necessaria corrispondenza tra “voluto” e “realizzato”, la responsabilità dell'istigatore dovrebbe esulare”⁸⁰. E, d'altro canto, non si deve dimenticare come, nella materia in esame, sia assai facile scivolare verso ipotesi di responsabilità per il fatto altrui⁸¹.

Nello stesso solco si inserisce la giurisprudenza della Corte di cassazione⁸², allorquando afferma –a livello di principio- che:

“quando il reato diverso da quello voluto venga commesso dall'esecutore nell'ambito e in funzione dell'azione criminosa concertata con gli altri ricorrenti, anche costoro sono tenuti a rispondere, a titolo di dolo, giacché in realtà ciascun ricorrente ha voluto e accettato tale reato diverso nel momento stesso in cui si è affidato all'esecutore per l'attuazione di un'impresa criminosa che, presumibilmente, poteva anche implicare la commissione di un reato differente, sempreché, beninteso, il reato diverso rappresenti una variazione prevedibile del piano d'azione concertato dai ricorrenti e si ponga, in

⁸⁰ Così FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 455, ma cfr. altresì PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., 1274. Nello stesso senso, si è altresì sostenuto (GRASSO, *Commentario*, cit., 222) che “è da escludersi, ..., che un soggetto possa essere ritenuto responsabile a titolo di concorso – sia pure ai sensi dell'art. 116 c.p. – sulla base di un'istigazione generica, che potrà semmai configurare un autonomo titolo di responsabilità penale”. Con riferimento al problema del concorso nei reati-fine delle associazioni criminosa, cfr. –per tutti- i rilievi (peraltro non sempre convergenti) sviluppati da GALLO (E.), *Concorso di persone*, cit., 467 e ss.; DE MAGLIE, *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 924 e ss., part. 955 e ss.

⁸¹ E cfr. GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Nss.dig.it.*, vol. XV, 1968, 711; INSOLERA, *Tentativo di una diversa lettura costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 1489 e ss.; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, 1966, 147 e ss.

⁸² Cass., sez. III, 31 gennaio 1980, Koch, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1121.

ogni caso, in relazione di mezzo a fine con il reato immediatamente preso di mira dai compartecipi”.

In sostanza, applica al concorso morale quel principio di “concreta prevedibilità” del fatto diverso che fin dal 1965 la Corte costituzionale⁸³ ha posto a fondamento dell’interpretazione dell’art. 116 c.p.⁸⁴. E la Corte di cassazione⁸⁵ ricorre a tale principio proprio affermando che:

“Colui che determina o istiga al reato risponde del reato di cui è concausa efficiente, ma non per l’istigazione o il mandato. Non integra l’ipotesi della determinazione o della istigazione la ratifica o la convalida del reato commesso da altri e quindi tale condotta non può essere punita come compartecipazione al predetto reato”.

Tra l’altro, il caso di specie – commentato altresì da autorevole dottrina⁸⁶ – appare davvero emblematico, trattandosi di furto su commissione nel corso del quale, tuttavia, gli autori materiali del furto si appropriarono di un’opera d’arte differente rispetto a quella commissionata per “rifarsi delle spese”: in tale caso, la Corte ritenne insussistente la responsabilità del mandante⁸⁷.

4.2. Segue: conseguenze connesse alla peculiarità della condotta di “consulenza” rispetto all’istigazione

Vero tutto ciò con riferimento all’istigazione, ancora una volta ci sembra opportuno sottolineare la non perfetta sovrapponibilità tra la condotta istigatoria ed il contributo concorsuale proveniente da colui che fornisce un consiglio di ordine tecnico, e ciò proprio per l’inevitabile maggior specificità e peculiarità di tale secondo contributo.

⁸³ Corte cost., 13 maggio 1965, n. 42, in *Riv. pen.*, 1965, II, 598.

⁸⁴ Per tutti, in argomento, cfr. GRASSO, *Commentario*, cit., 218 e ss. Per una analisi degli orientamenti giurisprudenziali in materia, facciamo rinvio a INSOLERA, *Il concorso di persone nel reato*, cit., in AA.VV., *Codice penale*, cit., 620 e ss.

⁸⁵ Cass., sez. III, 31 gennaio 1980, Koch, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1121.

⁸⁶ Si segnala SEMINARA, *Riflessioni*, cit., in nota alla sentenza citata alla nota precedente.

⁸⁷ E cfr. altresì MEZGER, *Leipziger Kommentar*, I, 1957, 265, secondo il quale “l’esecuzione deve corrispondere alla rappresentazione dell’istigatore. Non rileva, però, per tale giudizio, ciò che appare all’istigatore come essenziale ma ciò che è essenziale rispetto al fatto”.

Assai emblematico è altresì un esempio proposto da MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, *Strafrecht*, A.T., II, 1978, 250 4, nel quale A istiga B a derubare C ma B consapevolmente deruba D, vivente in un’altra zona della città: In tale caso, il fatto concreto *non risulta attribuibile all’istigatore A*. Diverso invece il caso in cui, nonostante l’istigazione di A a rubare (presso la casa di C) solo beni appartenenti a C, l’istigato B si appropriasse altresì (volutamente) di beni appartenenti alla convivente D in quanto ritenuti di maggior pregio: tale variazione del piano delittuoso *dovrebbe ritenersi irrilevante*. Sul punto, cfr. altresì SEMINARA, *Riflessioni*, cit., 1135.

Al riguardo, occorre in primo luogo rilevare come la fattispecie tratteggiata dall'art. 116 c.p. pretenda che comunque tutti i compartecipi vogliano realizzare *un fatto costituente reato*⁸⁸: dunque, esula dall'art. 116 c.p. il fatto di chi distorca a fini illeciti un consiglio tecnico finalizzato alla realizzazione di una condotta (dolosa⁸⁹) penalmente irrilevante.

Inoltre, si deve osservare come le “varianti” al piano prospettato o caldeggiato dal mandante o dall'istigatore possano rientrare nel fuoco della “concreta prevedibilità” dello sviluppo dell'azione in un certo (anche non esiguo) numero di casi proprio in ragione dell'ineliminabile grado di genericità che connota forme di contributo morale meno circostanziate rispetto al consiglio tecnico⁹⁰.

Qualora, invece, il contributo morale si sostanzi in un consiglio tecnico, è in *re ipsa* che qualsiasi “variante” rispetto ad esso vada ad incidere *direttamente sul contenuto del contributo concorsuale*, facendone scolorire sia l'idoneità causale che la riconducibilità –sul piano della colpevolezza- all'opera del “consigliere fraudolento”. Con il che, la classe delle “varianti” realizzate dall'autore principale (o dai coautori) ed in grado di “spezzare” la continuità tra il fatto realizzato ed il contributo morale offerto, ci pare debba essere ritenuta –in linea di principio- *più ampia* in presenza di consigli di ordine tecnico piuttosto che al cospetto di condotte istigatorie.

Breve: il carattere maggiormente stringente e circostanziato del consiglio di ordine tecnico fa sì che una divergenza significativa tra “voluto” e “realizzato” sia più immanente a tale forma di contributo morale rispetto ad una generica condotta istigatoria. E ciò con le ovvie ripercussioni anche sul piano soggettivo della “concreta prevedibilità” della “variante”⁹¹.

⁸⁸ Per tutti, limpidamente, PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 43 e ss.

⁸⁹ E cfr. ancora PAGLIARO, *op. ult. cit.*, 44.

⁹⁰ Cfr. le considerazioni di ordine generale sviluppate da SEMINARA, *Riflessioni*, cit., 1127 e ss.

⁹¹ Cfr. ancora, su tale punto cruciale, PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., 1273 e s.

5. CONCLUSIONI

Come si è cercato di porre in luce, il tema del consiglio tecnico come forma di compartecipazione criminosa presenta numerosi profili di problematicità, derivanti non solo dal *deficit* di tipizzazione che ne caratterizza la disciplina ma altresì –e, forse, soprattutto- dal processo di tecnocraticizzazione che sta caratterizzando gli enti economici, con una crescente frammentazione dei ruoli e, con essi, delle responsabilità. In un contesto di trasformazione dei paradigmi penalistici di riferimento e di spostamento del baricentro della repressione verso un diritto penale del “rischio, con conseguente messa in crisi dei modelli di imputazione del fatto”⁹², si inserisce il tema peculiare della compartecipazione morale realizzata attraverso il consiglio tecnico. Tema risalente nelle *forme* ma –ci pare- *nuovo nella sostanza*, espressione di un nuovo modello di criminalità economica dei colletti –verrebbe da dire- “ancora più bianchi”, sempre più lontana non solo dai “delitti naturali” ma altresì dallo stesso “evento” dei delitti economici. Una criminalità particolarmente sfuggente ma non per questo meno pericolosa, soprattutto in un contesto economico di crescente complessità nel quale l’approvvigionamento del *know how* ha una valenza viepiù cruciale; e ciò vale anche per il *know how* dell’illegalità.

Quel che ne emerge è un contesto di grave difficoltà nel quale si dibattono i canoni classici dell’offensività e della colpevolezza, messi a dura prova da nuovi modelli di illecito e, nel caso di specie, da questa peculiare classe di condotte di compartecipazione nel reato. E si è visto con quanta difficoltà la dottrina tratti la materia e come (di conseguenza?) non ancora consolidata appaia la giurisprudenza chiamata a risolvere fattispecie concrete. Certo, il tema in esame denuncia chiaramente l’insufficienza, ormai cronica, della disciplina del concorso di persone che abbiamo ereditato dal legislatore del 1930 ed è davvero il caso di auspicare che gli attuali movimenti di riforma giungano –in tempi ragionevoli- a produrre una ricodificazione che, tra gli innumerevoli problemi che le si sottoporranno, contribuisca a ridare tipicità alla disciplina della compartecipazione nel reato. Solo in questo caso, forse, anche i nuovi *topoi* criminologici potranno essere adeguatamente “imbrigliati” dalle norme incriminatrici⁹³.

Andrea Perini
Associato di Diritto penale commerciale
nell’Università di Torino

⁹² Esemplare, sul punto, la recente, ampia indagine di STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., Parte II, *passim*.

⁹³ E cfr., sul punto, le considerazioni di FORTI, *L’immane concretezza*, cit., 50 e ss.