

## Corso intensivo on - line MAGISTRATURA 2019

### Lezione P-03

#### L'elemento oggettivo del reato e le cause di giustificazione del reato

**A. L'elemento oggettivo del reato.** 1. I reati omissivi impropri e l'obbligo giuridico di impedire l'evento. 1.1. La fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. 1.2. L'obbligo di garanzia e la differenza con l'obbligo di sorveglianza e l'obbligo di attivarsi. 2. L'obbligo giuridico di impedire l'illecito penale di un terzo: il problema della c.d. connivenza. 2.1. La posizione degli amministratori di società. - 2.2. La posizione dei componenti del collegio sindacale. 2.3. La posizione di garanzia del proprietario del suolo rispetto alla realizzazione di una costruzione o di una discarica abusiva. 2.4. La posizione di garanzia del gestore di servizi su internet e del direttore del sito c.d. informativo: comparazione con la disciplina sulla stampa. 2.4.1. Le Sezioni Unite si pronunciano sul problema della sequestrabilità delle testate giornalistiche on-line. 3. Il tentativo e la sua compatibilità con particolari ipotesi delittuose. 3.1. Tentativo e delitti di attentato. 3.2. Tentativo e delitti di pericolo. 3.3. Tentativo e delitti omissivi. 4. Rapporti tra il tentativo ed il corrispondente reato consumato nelle norme che richiamano il delitto senza alcuna specificazione. 5. Tentativo e circostanze. 5.1. Delitto tentato circostanziato. 5.2. Delitto circostanziato tentato. Il dibattito in dottrina. 5.2.1. Il dibattito in giurisprudenza. 5.3. Tentativo circostanziato di delitto circostanziato. 6. Desistenza volontaria e recesso attivo: la differenza delle due figure nei reati commissivi e nei reati omissivi impropri. 6.1. La desistenza nel concorso eventuale di persone nel reato. 6.2. La desistenza nei reati associativi. 7. Il tentativo nella rapina impropria. 7.1. Rapina impropria o furto in caso di sottrazione di merce da un supermercato con vigilanza o sistema antitaccheggio. 8. Il reato permanente e il reato a consumazione prolungata. 8.1. I caratteri essenziali del reato di usura ed il suo momento consumativo. 8.1.1. Usura presunta e usura concreta. 8.2. Il reato permanente ed il favoreggiamento personale. 8.2.1. Il discrimine tra il concorso di persone ed il favoreggiamento personale rispetto al reato di detenzione di sostanza stupefacente. 8.2.2. Il discrimine tra il concorso cd. esterno ed il favoreggiamento personale rispetto al reato di associazione mafiosa. 8.2.3. Il rapporto tra assistenza agli associati e favoreggiamento personale. 9. I reati omissivi propri ed il reato permanente. 10. Il reato continuato come reato unico o come pluralità di reati? 11. La compatibilità dell'istituto della continuazione con alcune figure giuridiche. 11.1. La compatibilità con l'aggravante del nesso teleologico. 11.2. I rapporti tra la continuazione ed i reati colposi. 11.3. La continuazione ed il reato associativo. 11.4. I rapporti tra il reato continuato ed i reati puniti con pene proporzionali. 11.5. I rapporti tra la continuazione ed il giudicato. 12. L'individuazione della violazione più grave ai fini della determinazione della pena. 12.1. La continuazione tra reati puniti con pene eterogenee. 13. Reato continuato e successione di leggi nel tempo. 14. Concorso (reale) di reati e concorso apparente tra norme. 15. Il concorso apparente tra norma incriminatrice e norma sanzionatoria amministrativa. 15.1. Profili processuali. 15.2. Il concetto di *idem factum*. 16. Il criterio di assorbimento o consunzione: analisi delle recenti voci critiche. 16.1. Il ruolo della clausola di riserva nel rapporto tra abuso d'ufficio e falso ideologico. 17. Il reato complesso: è ammissibile il reato eventualmente complesso? 17.1. Rapporti tra l'omicidio stradale e la guida in stato di ebrezza anche alla luce della recente novella legislativa. 17.2. I c.d. limiti della continenza. **B. Le cause di giustificazione del reato. OMISSIS**

\* \* \* \*

**A. L'elemento oggettivo del reato.**

OMISSIS

## 2.1. La posizione di garanzia degli amministratori di società.

Una prima interessante applicazione dei principi in tema di obbligo di impedimento dell'illecito altrui si registra in ambito societario e, segnatamente, con riguardo alla responsabilità degli amministratori rispetto ai reati compiuti relativamente all'attività di impresa *lato sensu* intesa (per lo più reati fallimentari o societari), da parte di altri amministratori, specie da parte dell'amministratore delegato, o da altri soggetti che di fatto abbiano compiuto atti di gestione. In particolare, il problema si pone rispetto ai membri del consiglio di amministrazione che abbiano delegato l'attività di gestione ad uno o a più dei suoi componenti (si pensi alla figura dell'amministratore delegato) e rispetto al c.d. amministratore di diritto in riferimento all'attività del c.d. amministratore di fatto, ossia di colui che, pur in presenza di formale atto di investitura, eserciti di fatto l'attività di gestione della società.

Si è visto che nel porre a carico del garante il dovere di impedire l'evento-reato, l'art. 40 cpv c.p. vincola l'esistenza di un simile obbligo giuridico all'effettiva possibilità, per il soggetto *de quo*, di attivarsi in tal senso, facendo ricorso a efficaci poteri impeditivi in grado di porre un serio ostacolo alla compiuta realizzazione dell'illecito. Qualora il soggetto in questione non sia dotato di alcun autonomo potere impeditivo o qualora le prerogative attribuitegli dall'ordinamento non siano in concreto idonee a influire sull'illecito *in fieri*, è evidente che non potrà essergli ascritta alcuna corresponsabilità per il fatto commesso da terzi. L'accertamento sull'esistenza ed effettività del potere impeditivo, è dunque essenziale e ineludibile rispetto alla formulazione del giudizio di responsabilità penale.

La fonte dell'obbligo di impedimento degli amministratori, con particolare riferimento alla figura dell'amministratore di diritto, è stata rinvenuta nell'art. 2392, c. 2, c.c., dettato in tema di responsabilità verso la società, a mente del quale *"1. Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri [...] 2. In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose [...]"*, nonché nell'art. 2394 c.c., rubricato *"Responsabilità verso i creditori sociali"*, secondo cui *"Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale [...]"*. Tali previsioni normative fondano in capo agli amministratori un generale obbligo di impedire atti pregiudizievoli (compresi anche i reati) per la società, i soci ed i terzi creditori. Ne deriva che sussiste ex art. 40, c. 2, c.p. la responsabilità dell'amministratore che abbia permesso con la propria omissione ad altro amministratore (delegato o di fatto) di compiere determinati reati.

È quanto di recente stabilito, conformemente ad un indirizzo ormai costante, dalla Cassazione, secondo cui *"L'amministratore di società, che, contravvenendo all'obbligo contenuto nell'art. 2392 c.c. di impedire non solo gli atti pregiudizievoli per la società ma anche quelli pregiudizievoli per i soci, i creditori o i terzi, non adempie al suo obbligo di garanzia, concorre, ex art. 40 cpv. c.p., per omissione, consistita nella mancata vigilanza e nella mancata attivazione per impedire l'adozione di atti di gestione pregiudizievoli, nei delitti fallimentari commessi da altri amministratori, dal momento che anche gli interessi tutelati dalle norme penali fallimentari sono compresi tra quelli affidati alle sue cure"* (Cass. pen., Sez. V, 24.5.2006, n. 36764; così anche Cass., sez. III, 27 novembre 2014 n. 47110).

Con particolare riguardo alla responsabilità degli amministratori per gli illeciti compiuti dagli amministratori delegati, la fonte dell'obbligo di garanzia è da rinvenire ~~anche~~ nell'articolato codicistico di settore. L'art. 2381 c.c., sotto la rubrica *"Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati"*, prevede che *"[...] 2. Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti [...]"* *3. Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati, e avocare a sé operazioni rientranti nella delega [...]; valuta sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione. [...]"* *6. Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società*». Dalla norma in questione si desume chiaramente che, così

come il consiglio di amministrazione può delegare proprie funzioni, al contempo, non può spogliarsi di una residua posizione di garanzia sull'operato dei delegati in virtù, tra l'altro, di un potere di controllo penetrante derivantegli dalla possibilità di chiedere informazioni e, se del caso, di avocare a sé le operazioni delegate. In sostanza, il consiglio di amministrazione, o meglio ciascun membro del consiglio di amministrazione, *ha veri e propri poteri impeditivi* (che connotano la posizione di garanzia) per prevenire illeciti da parte dei soggetti titolari di deleghe di gestione. Questi poteri si sostanziano: nella possibilità di denunciare i fatti sospetti al consiglio di amministrazione convocandolo con urgenza, nella possibilità di sollecitare individualmente il Pubblico Ministero per l'avvio del procedimento di controllo giudiziale sulla società cui all'art. 2409 c.c., nella possibilità di denunciare fatti di rilevanza penale al Pubblico Ministero perché eserciti le sue prerogative, nella possibilità, se del caso, il potere di impugnare la delibera consiliare ovvero, nel caso in cui la società di riferimento sia soggetta al controllo di un'autorità di vigilanza di stampo pubblicistico (Banca d'Italia, CO.N.SOB., I.V.ASS.), l'amministratore ha il potere di segnalare eventuali irregolarità all'autorità pubblica (discusso in dottrina è se in presenza dell'eventualità di atti pregiudizievoli per la società da parte di un amministratore delegato uno dei non delegati possa, in casi di particolare urgenza, agire in via autonoma, prescindendo dalla convocazione del consiglio ovvero se, non potendo derogarsi alla collegialità, non possa prendere da solo provvedimenti ma debba comunque riferire al consiglio, esortando, al più, il presidente ad una sua convocazione ovvero facendo apporre a verbale il suo dissenso in caso di contrasto sulla linea da seguire).

Le modifiche operate, in tema di diritto societario, dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 hanno generato dubbi in ordine alla permanenza della posizione di garanzia in capo all'amministratore in precedenza tratteggiata. Il dato più eclatante è costituito dalla novella dell'art. 2392 c.c. che non prevede più, al secondo comma, che vi sia un dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione gravante sugli amministratori. Ciò ha indotto taluno a pensare che attualmente il dovere che grava sugli amministratori è solo quello di agire informati per esercitare il potere-dovere di valutare (*cf* art. 2381, u.c., c.c.) e non anche quello di vigilare, sicché verrebbe meno la loro posizione di garanzia (in questo senso, Gup Brescia, 31 maggio 2005, n. 604).

Come esposto in precedenza, la persistenza di una posizione di garanzia che impone agli amministratori di impedire il verificarsi di fatti pregiudizievoli per la società (tra cui reati) di cui sono a conoscenza, di cui sanno, cioè, che stanno per essere posti in essere, la si desume principalmente dall'art. 2392, c. 2, c.c. anche nell'attuale formulazione, dal momento che prevede che *"in ogni caso gli amministratori [...] sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose"*.

In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità per cui la posizione di garanzia degli amministratori si fonda sull'art. 2392 c.c. (comma 1), che prevede una serie di obblighi imposti all'amministratore sia dalla legge sia dall'atto costitutivo, adempimenti che debbono essere assolti con diligenza. Inoltre, la norma accolla (comma 2) agli amministratori il dovere di porre in essere ogni possibile condotta per impedire eventi dannosi per la società, tra cui ogni obbligo inerente alla conservazione del patrimonio a tutela delle pretese creditorie (art. 2394 c.c.). Per questa ragione è configurabile in capo all'amministratore della società una posizione di garanzia, che lo obbliga a un comportamento che tuteli gli interessi indicati dal codice (e da eventuali leggi speciali), in assenza del quale può sorgere la responsabilità penale per omesso controllo, indipendentemente dal generale dovere di vigilanza che l'art. 2392 c.c., nella sua previgente formulazione, imponeva (Cass. pen., Sez. V, 5 novembre 2008, n. 45513).

In altri termini, se la riforma ha indubbiamente alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe poiché è stato rimosso il generale obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione (già contemplato dall'art. 2392 c.c., comma 2), sostituendolo con *l'onere di agire informato*, atteso il potere-dovere di richiedere informazioni. Pertanto, se tali amministratori sono a conoscenza di fatti pregiudizievoli penalmente rilevanti commessi da parte di altri amministratori o avrebbero dovuto esserne a conoscenza di questi fatti in presenza di chiari indizi di allarme, omettendo di intervenire risponderanno, come si vedrà, nel primo caso a titolo di dolo diretto, nel secondo a titolo di dolo eventuale.

Pertanto, condividendo la giurisprudenza di legittimità, si deve ritenere che la posizione di garanzia è solo riconfigurata, nel senso che impone di ritenere responsabile l'amministratore solo se si sia rappresentato l'evento nella sua portata illecita e consapevolmente non lo abbia

impedito (in materia, si veda Cass. pen., Sez. V, 30 gennaio 2012, n. 3708, secondo cui *“In tema di reati societari, la previsione di cui all'art. 2381 c.c., introdotta con il d.lg. n. 6 del 2003 che ha modificato l'art. 2392 c.c., riduce gli oneri e le responsabilità degli amministratori che, tuttavia, restano penalmente responsabili, ex art. 40, comma 2, c.p., per la commissione degli eventi che vengono a conoscere (anche al di fuori dei prestabiliti mezzi informativi) e che, pur potendo, non provvedono ad impedire.”*). Non è dunque responsabile l'amministratore che non abbia avuto la consapevolezza del fatto pregiudizievole, dal momento che la responsabilità *“postula la dimostrazione di un effettivo ed efficace ragguaglio circa l'evento oggetto del doveroso adempimento”* (Cass. pen., Sez. V, 19 giugno 2007, n. 23383).

Le considerazioni sin qui svolte introducono la tematica del **momento soggettivo dei reati concorsuali omissivi degli amministratori**. Possono al riguardo verificarsi due possibilità. Da un lato, gli amministratori possono essere al corrente del possibile compimento di atti pregiudizievoli da parte del delegato e, avendo la possibilità di impedirli, non lo facciano consapevolmente, dall'altro possono non esserne a conoscenza, ma avrebbero potuto esserlo ove avessero diligentemente vigilato sul suo operato. È evidente che nel primo caso l'amministratore risponderà a titolo di dolo diretto, mentre nella seconda evenienza è ravvisabile una responsabilità a titolo di colpa, come tale penalmente irrilevante in assenza di un'espressa disposizione di legge che ne preveda la punibilità (art. 42, c. 2, c.p.; ferma restando ovviamente la sua indubbia rilevanza in ambito civilistico).

Va peraltro segnalato che la giurisprudenza, sul piano applicativo, per evitare di garantire una sostanziale impunità agli amministratori, tende a qualificare l'elemento psicologico in capo all'amministratore delegante, nella seconda ipotesi considerata, in termini di dolo eventuale, ossia di accettazione del rischio che altri soggetti commettano determinati reati ai danni della società. Si rimprovera, cioè, a quest'ultimo di aver assunto il rischio, mediante la propria consapevole omissione, che l'amministratore delegato o di fatto possa compiere degli illeciti penali.

In chiave critica, la dottrina osserva un certo automatismo della giurisprudenza nel dare per scontata la sussistenza del dolo, ritenuto quasi *in re ipsa*. È quanto si evince da una massima ricorrente nella giurisprudenza di legittimità stando alla quale *“Nel reato di bancarotta fraudolenta l'amministratore della società che abbia assunto la carica quale prestanome di altri soggetti, che hanno agito come amministratori di fatto, risponde dei reati contestati a titolo di omissione poiché la semplice accettazione della carica da parte della c.d. testa di legno (o uomo di paglia) attribuisce a questi doveri di vigilanza e controllo la cui violazione comporta responsabilità. La sola consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possono scaturire gli eventi tipici del reato (dolo generico) o l'accettazione del rischio che questi si verifichino (dolo eventuale) sono infatti sufficienti per l'affermazione di responsabilità”* (cfr. Cass. pen., sez. V, 4 luglio 2006, n. 22919; Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2005; Cass. pen., Sez. V, 25.3.1997, n. 4892).

Tuttavia, col passare degli anni si è assistito ad un'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione che ha posto maggiore attenzione agli indici rivelatori dell'elemento psicologico ed, in particolare, del dolo eventuale. In una recente pronuncia la Corte, dopo aver approfondito le implicazioni sulla posizione di garanzia degli amministratori derivanti dalle modifiche operate in tema di diritto societario dal D.Lgs. 6/2003, ha, come anticipato, tratto delle conseguenze di tale novella sull'elemento psicologico, specificandone la portata e statuendo espressamente che *“[...] occorre [...] segnare il limite operativo dell'art. 40 2° comma c.p. quando sia correlato ad incriminazioni connotate da volontarietà, onde evitare di sovrapporlo o, peggio, sostituirlo con responsabilità di natura colposa [...] L'analisi del profilo della responsabilità discendente dall'art. 40, 2° comma c.p [...] evidenzia due momenti [...] Il primo postula la rappresentazione dell'evento [...] il secondo [...] l'omissione consapevole nell'impedirlo. Entrambe queste condizioni debbono ricorrere [...] Non è, quindi, responsabile chi non abbia avuto rappresentazione del fatto pregiudizievole [...] Ovviamente, l'evento può essere oggetto di rappresentazione anche eventuale [...] Ma [...] non può esservi equiparazione tra “conoscenza” e “conoscibilità” [...]”* (Cass. pen., Sez. V, 19 giugno 2007, n. 23383, cit).

Analogamente, la Suprema Corte, ancor più di recente, ha precisato che *“La prova della rappresentazione dell'evento non suppone una completa conoscenza dello stesso, né è richiesto che pervenga al soggetto per tramite formali o predeterminati, anche se – si ribadisce – la sua dimostrazione discende da di presunzioni, bensì dalla positiva verifica della rappresentazione di una ragionevole probabilità del suo avveramento. Al riguardo,*

*nell'economia del dolo eventuale, sono di decisivo rilievo gli "indici di allarme", sintomi eloquenti del fatto in itinere. Della loro relativa consapevolezza soltanto (e non dell'accadimento nella sua compiuta fisionomia) deve darsi pieno riscontro in capo all'imputato, preposto alla posizione di garanzia, ma la dimostrata percezione di questi sintomi di pericolo, concreta adeguato riscontro alla penale responsabilità, salvo che sia fornita convincente e legittima giustificazione sulle ragioni che hanno indotto il soggetto all'inerzia"* (Cass. pen., Sez. V, 5 novembre 2008, n. 45513, cit.; in senso sostanzialmente analogo, Cass. pen., Sez. V, 28 aprile 2009, n. 21581, che si occupa della responsabilità degli amministratori senza deleghe alla luce della riforma dell'art. 2381 c.c. (che ha ridotto gli oneri e le responsabilità di tali amministratori e afferma che la responsabilità può derivare dalla dimostrazione della presenza di segnali significativi in relazione all'evento illecito nonché del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta ma per l'amministratore privo di delega); in senso analogo, Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 2010, n. 11938, che, in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, ritiene sufficiente la prova della "generica consapevolezza" da parte dell'amministratore di diritto che l'amministratore effettivo distraeva, occultava, dissimulava, distruggeva o dissipava i beni sociali). L'orientamento giurisprudenziale più attento all'accertamento dell'elemento psicologico è stato ribadito di recente da Cass. pen., Sez. V, 30 gennaio 2012, n. 3708 cit., secondo cui la responsabilità dell'amministratore di diritto può derivare dalla dimostrazione della presenza di segnali significativi in relazione all'evento illecito, nonché del grado di anormalità di questi sintomi e da Cass., Sez. III, 12 marzo 2015, n. 10498, in tema di reato di omesso versamento di Iva ex art. 10-ter D.Lgs. n. 74 del 2000).

Dunque, ai fini della prova del dolo di concorso occorre dimostrare *la conoscenza e non la mera conoscibilità del comportamento illecito in itinere*, e tale prova deve essere raggiunta verificando *se i segnali d'allarme siano stati effettivamente percepiti dal singolo amministratore privo di delega o dall'amministratore prestanome*, rimanendo la loro astratta percepibilità confinata nel perimetro della colpa.

La Cassazione circoscrive la rilevanza dei segnali d'allarme, quali indici idonei a rivelare l'esistenza di un illecito, solo a quelli dotati di specifiche caratteristiche. Si ritiene, infatti, che ai fini dell'affermazione della penale responsabilità dell'amministratore non esecutivo, occorre dimostrare che lo stesso ha percepito segnali *"perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito"* nonché un apprezzabile grado di anomalia dei segnali rispetto al contesto operativo in cui essi si sono manifestati (Cass., sez. V, 22.7.2014 n. 32352 per distinguere il concorso doloso dalla semplice inerzia colpevole dell'amministratore non esecutivo, afferma che occorre fare riferimento alla distinzione tra quei segnali d'allarme che permettono una rappresentazione della possibilità dell'evento, da quelli che invece prefigurano in modo pregnante la probabilità dell'evento stesso: "non potendo l'elemento soggettivo che essere desunto da elementi obiettivi rivelatori dell'atteggiamento psicologico dell'agente (ossia, ... , non essendo possibile entrare nella testa degli amministratori) è dalla conoscenza dei segnali di allarme ... che può desumersi la prova della ricorrenza della rappresentazione dell'evento da parte di chi è tenuto ... ad un particolare *devoir d'alerte*").

La Corte ritiene inoltre che tali giudizi di peculiarità e anomalia dei segnali d'allarme, non devono essere formulati in via astratta, ma tenendo conto del *contesto concreto* in cui era chiamato ad operare l'amministratore non esecutivo.

Si ritiene peraltro (come si è già visto nel paragrafo precedente in linea generale) che non è necessario che l'amministratore di diritto sappia (o avrebbe dovuto sapere in presenza di elementi rilevatori) *dei singoli episodi delittuosi* posti in essere da chi di fatto amministra, ma è sufficiente ad integrare il dolo del primo la generica consapevolezza che il secondo compia una delle condotte indicate nella norma incriminatrice e ciò proprio perché il dolo si può configurare sia come dolo diretto, sia come dolo eventuale (Cass., sez. V, 18.3.2015, n. 38918; Cass., sez. V, 11 aprile 2012, n. 25432; Cass., sez. I, 25 gennaio 2012, n. 17708; Cass., sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, per cui *"La prova della ricorrenza della rappresentazione dell'evento può aversi, per quanto sopra detto e nell'ottica del c.d. "dolo eventuale", nella dimostrata percezione dei segnali di allarme da parte di chi è tenuto - per la posizione di garanzia assegnatagli dall'ordinamento - ad uno specifico devoir d'alerte"*).

In conclusione, per affermare la responsabilità penale degli amministratori di mero diritto è necessario che vi sia la prova che gli stessi siano stati *debitamente informati* (dolo diretto) oppure che vi sia stata *la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito*, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi (dolo eventuale). La mancata attivazione di tali soggetti in presenza di tali circostanze comporta l'affermazione della penale responsabilità avendo la loro omissione cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento di danno.

In un significativo arresto (Cass., sez. V, 2.11.2012, n. 42519), la Corte ha precisato la necessità di operare una netta distinzione tra *momento rappresentativo e momento volitivo del dolo*, applicando la teoria dei segnali d'allarme ai fini della prova del solo profilo della rappresentazione del fatto, con una netta cesura rispetto all'oggetto e alla dimostrazione dell'elemento volitivo. I giudici di legittimità sottolineano infatti che, per dare senso e concretezza al dolo eventuale, *"occorre che il dato indicativo del rischio di verifica (del "segnale d'allarme", per intendersi) dell'evento stesso non sia stato soltanto conosciuto, ma è necessario che l'amministratore se lo sia rappresentato come dimostrativo di fatti potenzialmente dannosi e non di meno sia rimasto inerte"*. Ciò presuppone che i segnali d'allarme da prendere in considerazione ai fini del giudizio sull'effettiva rappresentazione del fatto illecito devono essere *solo quelli oggettivamente indicativi del rischio di verifica dell'evento*, così da pervenire alla dimostrazione che, oltre a essere stati percepiti dall'amministratore non esecutivo (nella specie, il componente del consiglio di amministrazione), tali segnali sono stati *effettivamente riconosciuti* dal soggetto in questione come univocamente indicativi dell'illecito in corso di realizzazione.

Gli indici di rischio devono dunque essere sottoposti, ad avviso della Cassazione, a un duplice vaglio: occorre che siano *oggettivamente percepibili* ma anche *soggettivamente percepiti* come indicatori chiari e inequivoci del fatto di reato.

**In tema di bancarotta**, la Suprema Corte nel delineare la responsabilità del dell'amministratore formale, distingue tra bancarotta documentale e bancarotta patrimoniale, evidenziando i differenti criteri di imputazione nel caso in cui l'amministratore di diritto non sia anche quello effettivo ma risulti affiancato dalla figura dell'amministratore di fatto.

Per quanto attiene alla *bancarotta fraudolenta documentale* per sottrazione delle scritture contabili, secondo la giurisprudenza di legittimità, si può ritenere la responsabilità del soggetto investito solo formalmente dell'amministrazione dell'impresa fallita (la c.d. testa di legno), stante il diretto e personale obbligo dell'amministratore di diritto di tenere e conservare le suddette scritture (Cass., Sez V, 18 ottobre 2012, n. 40929).

Diversamente, l'amministratore legale, c.d. testa di legno, non può essere condannato per *bancarotta fraudolenta patrimoniale*, per il semplice fatto di aver accettato l'incarico, ma deve essere *provata la sua consapevolezza delle attività illecite compiute dall'amministratore di fatto*. Nei confronti dell'amministratore apparente, non può trovare automatica applicazione il principio secondo il quale, una volta accertata la presenza di alcuni beni nella disponibilità dell'imprenditore fallito, il loro mancato reperimento, in assenza di una adeguata destinazione impressa agli stessi, legittima la presunzione della dolosa sottrazione, posto che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non implica necessariamente la consapevolezza dei disegni criminosi degli amministratori di fatto (Cass., Sez. V, 22 febbraio 2013, n. 8775, ribadendo *"che ad integrare il dolo può essere sufficiente la generica consapevolezza - in capo all'amministratore di diritto - del compimento di condotte distrattive ad opera dell'amministratore effettivo, senza che sia necessario che tale consapevolezza investa i singoli episodi di distrazione, occultamento etc., che possono essere numerosi e svolgersi in un ampio arco di tempo; generica consapevolezza che peraltro non può presumersi sul semplice dato di avere il soggetto acconsentito a ricoprire formalmente la carica di amministratore e di avere firmato delle carte"*, ha affermato che *"con riguardo alla bancarotta fraudolenta documentale per sottrazione (o, si aggiunge qui, per omessa tenuta in frode ai creditori) delle scritture contabili, ben può ritenersi la responsabilità del soggetto investito solo formalmente dell'amministrazione dell'impresa fallita [...], atteso il diretto e personale obbligo dell'amministratore di diritto di tenere e conservare le suddette scritture. Non altrettanto può dirsi con riguardo all'ipotesi della bancarotta patrimoniale o per distrazione, relativamente alla quale non può, nei confronti dell'amministratore apparente, trovare automatica applicazione il principio secondo il quale, una volta accertata la presenza di determinati beni nella disponibilità dell'imprenditore fallito, il loro mancato reperimento, in assenza di adeguata giustificazione della destinazione ad essi data, legittima la presunzione della dolosa sottrazione, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di*

*amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto").*

## 2.2. La posizione di garanzia dei componenti del collegio sindacale.

All'interno di un'organizzazione societaria l'organo che più di ogni altro, in virtù del proprio ruolo istituzionale, è deputato all'impedimento della commissione di reati da parte di altri (segnatamente degli amministratori) è sicuramente il collegio sindacale, il cui compito primario, sancito dall'art. 2403 c.c., è quello di vigilare "sull'osservanza della legge" da intendersi come comprensivo anche della legge penale.

Si è visto in precedenza che per una parte della dottrina i sindaci non rivestono una posizione di garanzia, atteso che l'obbligo di vigilanza non comporta per ciò solo un obbligo di impedimento rilevante ex art. 40, comma 2, c.p. Quello dei sindaci è un mero obbligo di sorveglianza, non essendo muniti di poteri impeditivi, ma essendo, piuttosto, tenuti a controllare ed informare gli organi societari di tali poteri provvisti. Invero, l'art. 2403 c.c. prevede un generico potere-dovere di vigilare sull'osservanza della legge penale.

Tale tesi è stata contestata da altra dottrina e dalla giurisprudenza, partendo proprio dal dato testuale della legge e ciò ancor prima della riforma del diritto societario, intervenuta con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Innanzitutto, come visto, già lo stesso art. 2403 c.c. non avrebbe senso ove non si facesse scaturire alcun obbligo di controllo dalla richiesta vigilanza sul rispetto della legge. In secondo luogo, l'art. 2407 cpv. c.c., rubricato "Responsabilità", prevedendo che "I sindaci...sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica", delinea un sistema nel quale costoro sono tenuti a vigilare l'operato degli amministratori onde evitare atti pregiudizievoli.

Inoltre, si è fatto riferimento all'art. 2405 c.c. che, imponendo ai sindaci di "assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo", implicitamente conferisce loro un potere di interloquire e di mettere in guardia gli amministratori, potendo addirittura far mettere a verbale le proprie osservazioni (cfr. art. 2404 comma 4, c.c.), con la conseguenza che in capo ad essi si configura un potere di controllo sostanziale e non soltanto formale.

Ciò che ulteriormente conforta la tesi positiva è l'esistenza di un potere di denuncia all'autorità giudiziaria ed a quella amministrativa preposta al controllo (come la Co.n.so.b. ovvero la Banca d'Italia). Proprio con riguardo al potere di denuncia giudiziaria va salutata con favore la modifica dell'art. 2409 c.c., attuata con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, a mente del quale "I provvedimenti previsti da questo articolo (tra i quali quello di denuncia) possono essere adottati anche su richiesta del collegio sindacale". Con tale riformulazione la norma in parola ha sostituito al vecchio potere di denuncia *indiretta*, in virtù della quale era possibile soltanto una segnalazione al Pubblico Ministero (a sua volta, legittimato a notificare il Tribunale), un nuovo potere di denuncia *diretta*, alla stregua del quale il collegio sindacale può informare direttamente il Tribunale circa le eventuali irregolarità riscontrate.

Da ultimo, non va dimenticato l'art. 2403-bis c.c. che, sotto la rubrica "Poteri del collegio sindacale", prevede che "I sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo ... chiedere agli amministratori notizie ... scambiare informazioni". Ne deriva l'esistenza di un controllo attuale dell'agire societario che consente al sindaco di verificare *in itinere* lo sviluppo di processi che possono sfociare nell'illecito penale (v. al riguardo Cass., sez. VI, 4.11.2009, n. 10186, per cui nei reati di bancarotta è ammissibile il concorso di un componente del collegio sindacale con l'amministratore di una società, che può realizzarsi anche attraverso un comportamento omissivo del controllo sindacale, il quale non si esaurisce in una mera verifica formale, quasi a ridursi ad un riscontro contabile nell'ambito della documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma comprende il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione).

Alla luce di quanto fin qui esposto, ogni dubbio circa l'esistenza di una fonte dell'obbligo di controllo in capo al sindaco deve ritenersi fugato.

Un secondo problema concerne il **contenuto della garanzia**, ossia l'individuazione dei reati che i sindaci hanno l'obbligo giuridico di impedire. Non si registra, sul punto, una soluzione univoca.

Un primo orientamento giurisprudenziale, argomentando dal dato testuale dell'art. 2407 c.c. che parla di *"danno all'integrità del patrimonio sociale"*, ritiene che qualsiasi reato da cui possa derivare un siffatto *vulnus* patrimoniale sia da impedire. Non solo, quindi, i reati fallimentari o i reati societari, ma anche, ad esempio, quelli edilizi, nella misura in cui l'ordine di demolizione di una costruzione abusiva rappresenti una spesa e, quindi, una perdita per la società. Ha seguito tale linea di pensiero un recente arresto del Supremo Collegio per cui *"anche il sindaco di una società concessionaria di servizi pubblici... può rispondere, a titolo di concorso, del reato di peculato..., qualora, omettendo dolosamente di effettuare i dovuti controlli sulla gestione contabile della società, di fatto permetta all'amministratore di operare le illecite appropriazioni di danaro"* (Cass., Sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 5398).

Stando, invece, ad altra tesi, partendo dalla *ratio* dell'art. 2403 c.c., che richiede al sindaco di vigilare sull'osservanza della legge, il collegio sindacale ha il dovere di impedire qualsiasi reato che possa arrecare un danno non solo alla società (e, quindi, anche ai soci ed ai creditori), ma anche ai terzi che occasionalmente vengano a contatto con essa, giungendo ad ammettere una responsabilità concorsuale omissiva in caso di truffa a danno, per l'appunto, di terzi (così, Trib. Milano, Sez. II, 28 novembre 1997, che ha affermato la responsabilità del sindaco a titolo di concorso per aver omesso di impedire una truffa continuata a danno di terzi commessa da parte dell'amministratore attraverso il collocamento sul mercato di valori mobiliari, posto in essere sulla base di un prospetto informativo mendace).

Questa seconda tesi è stata criticata per la sua eccessiva latitudine, ritenendo che sia, invece, necessario un collegamento tra il reato commesso dall'amministratore e l'oggetto del suo controllo, che non si estende all'intera attività di gestione della società, ma ha riguardo all'attività dell'organo amministrativo. Pertanto, mentre sussiste la responsabilità dei sindaci per i reati propri degli amministratori, questa va tendenzialmente esclusa per i reati *comuni* dagli stessi commessi (come la truffa ai danni di terzi).

Al fine di ritenere configurata la responsabilità concorsuale omissiva del sindaco, si richiede, anche in ambito giurisprudenziale, *l'omesso esercizio del potere-dovere di controllo, l'esistenza di un nesso causale* tra l'omissione ed il reato compiuto dall'amministratore ed, infine, la presenza *dell'elemento psicologico, sub specie di dolo diretto od eventuale*.

Quanto al primo requisito, secondo la Cassazione il concorso di un componente del collegio sindacale con l'amministratore di una società può realizzarsi anche attraverso un comportamento omissivo del controllo sindacale, il quale *non si esaurisce in una mera verifica formale*, quasi a ridursi ad un riscontro contabile nell'ambito della documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma comprende *il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione* (Cass., sez. V, 7.4.2016, n. 14045). L'obbligo di vigilanza non è, pertanto, limitato al mero controllo contabile, ma deve estendersi anche al contenuto della gestione (ai sensi dell'art. 2403 cod. civ., commi 1, 3 e 4; oggi dell'art. 2403 bis cod. civ.), cosicché il controllo sindacale, se non investe in forma diretta le scelte imprenditoriali, non si risolve neppure in una mera verifica contabile limitata alla documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma comprende anche un minimo di riscontro tra la realtà effettiva e la sua rappresentazione contabile (Cass., sez. V, 27.1.2016, n. 3539).

Con riguardo al secondo requisito si tende ad escludere la responsabilità del sindaco qualora il reato sarebbe stato commesso anche in presenza di un controllo diligente da parte del sindaco, poiché, in tal caso, non si può ritenere né certo, né altamente probabile che la sua vigilanza avrebbe impedito la commissione del reato (in questo ambito si fa applicazione dei principi di cui all'art. 40, comma 2, c.p. in tema di nesso di causalità omissiva, rinvenendo evidentemente la fonte della responsabilità concorsuale omissiva del sindaco in tale comma). E' necessario (secondo Cass., sez. V, 27.1.2016, n. 3539, cit.) che sussistano elementi sintomatici, dotati del necessario spessore indiziario, della partecipazione del o dei sindaci, in qualsiasi modo, all'attività degli amministratori (concorso commissivo) ovvero di valide ragioni che inducano a ritenere che l'omesso controllo abbia avuto effettiva incidenza causale nella commissione del reato da parte degli amministratori (concorso omissivo).

Circa il terzo requisito, muovendo dalla stessa preoccupazione di mascheramento della colpa sotto le vesti del *dolo eventuale* già evidenziata con riguardo alla figura dell'amministratore, la dottrina sottolinea la necessità che in sede applicativa si accerti l'esistenza di indizi rivelatori di un atteggiamento di tipo doloso anche indiretto, come, ad esempio, nel caso in cui il sindaco abbia costantemente e consapevolmente omesso di esercitare il dovuto controllo e non si sia attivato nonostante la presenza di numerosi campanelli di allarme relativi alla commissione di

reati da parte degli amministratori di cui, però, il sindaco non ha avuto, al momento della commissione, contezza diretta.

In questo senso, sembra muoversi la giurisprudenza che tende a dare rilevanza, sul versante psicologico, a condotte degli amministratori che facciano sorgere il sospetto della possibile commissione di determinati reati, sicché qualora il sindaco non si attivi sarà responsabile per dolo eventuale, ossia per aver accettato il rischio che in assenza di un suo intervento gli amministratori commettano determinati reati preventivati come probabili (Cass., sez. V, 27.1.2016, n. 3539, cit., in tema di bancarotta, non può essere esclusa la configurabilità del dolo eventuale nell'ipotesi in cui un membro di collegio sindacale abbia consapevolmente ommesso di esercitare i doveri impostigli dalla legge con la previsione della conseguente tenuta caotica dei libri e delle scritture contabili da parte degli amministratori della società ed abbia accettato il rischio che, anche a causa della sua condotta omissiva, venisse posta in essere la bancarotta fraudolenta documentale. Nel dolo eventuale, infatti, si considerano voluti non solo i risultati che l'agente abbia posto come fine ultimo dell'azione, ma anche quelli che sono previsti quale conseguenza del proprio comportamento. Ciò avviene non solo ogni qualvolta tali risultati appaiono certi, ma altresì quando appaiono probabili; Cass., Sez. V, 5 marzo 2014, n. 26399, per cui sussiste la responsabilità, a titolo di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, del presidente del collegio sindacale qualora sussistano puntuali elementi sintomatici, dotati del necessario spessore indiziario, in forza dei quali l'omissione del potere di controllo - e, pertanto l'inadempimento dei poteri doveri di vigilanza il cui esercizio sarebbe valso ad impedire le condotte distrattive degli amministratori - esorbiti dalla dimensione meramente colposa per assurgere al rango di elemento dimostrativo di dolosa partecipazione, sia pure nella forma del dolo eventuale, per consapevole accettazione del rischio che l'omesso controllo avrebbe potuto consentire la commissione di illiceità da parte degli amministratori (nella specie la S.C. ha ritenuto elementi significativi le circostanze che l'imputato fosse, 1) espressione del gruppo di controllo della società, 2) avesse rilevante competenza professionale, e 3) avesse ommesso, malgrado la situazione critica della società, ogni minimo controllo); Cass., Sez. V, 19 giugno 2007, n. 23838).

La responsabilità del sindaco può essere ovviamente colposa qualora il reato commesso dall'amministratore sia punito anche a titolo di colpa. In questi casi tuttavia la colpa non è esclusa dall'omessa conoscenza di nozioni tecniche tipiche del settore societario (Cass., Sez. V, 19 aprile 2005, n. 34690, per cui *"in tema di bancarotta semplice documentale, punibile anche a titolo di colpa, la responsabilità del sindaco per l'omesso rilievo della irregolare tenuta delle scritture sociali non può essere esclusa deducendo incompetenza tecnica, posto che coloro che svolgono professionalmente una determinata attività hanno l'obbligo di conoscenza delle norme che la disciplinano e rispondono dell'illecito anche in virtù della colpa lieve"*).

## OMISSIS

### **4. Rapporti tra il tentativo ed il corrispondente reato consumato nelle norme che richiamano il delitto senza alcuna specificazione.**

Secondo l'opinione prevalente, il tentativo è un una *figura autonoma di reato* con un proprio profilo oggettivo ed un proprio profilo soggettivo (di qui, come visto, uno degli argomenti per cui il tentativo non è compatibile con il dolo eventuale, visto il carattere sostanzialmente intenzionale che connota il dolo del tentativo, desumibile dalla sua struttura che richiede l'esistenza di atti diretti ed univoci che devono essere ricompresi nella volontà dell'agente). Da tale convincimento sorge il problema di stabilire se una data norma che richiami un dato delitto faccia riferimento solo alla sua ipotesi consumata ovvero anche a quella tentata.

Al riguardo, la Suprema Corte ha precisato che sebbene il delitto tentato sia già un reato perfetto, presentando tutti gli elementi necessari e sufficienti per l'esistenza di un reato ed una condotta che ha già manifestato compiutamente tutta la propria carica, di disvalore, non significa però che quando la legge richiama, per determinati effetti, la fattispecie, per così dire, principale, senza riferimento alla consumazione e/o al tentativo, la disposizione attenga sempre e soltanto al reato consumato. Bisogna di volta in volta interpretare la norma che richiama il delitto, ricercando l'intenzione del legislatore e identificandone la 'ratio', onde stabilire se in essa sia compresa o meno l'ipotesi del tentativo.

La Corte, nel caso sottoposto al suo esame, nell'ottica della necessità di indagare caso per caso l'intenzione del legislatore e di individuare la 'ratio' della norma, osserva che questa, nel caso esaminato (relativo alla applicabilità al tentativo della **circostanza aggravante di cui all'art. 7 della legge 31 maggio 1965, n. 575**, che prevede un aumento da un terzo alla metà delle pene se determinati reati, tra cui quello di cui all'art. 629 c.p., sono commessi da persona sottoposta in via definitiva ad una misura di prevenzione) è di facile individuazione: l'inasprimento di pena prevista dalla disposizione in scrutinio trova ragione nell'avvertita necessità di contrastare in maniera più decisiva, stante la loro maggiore pericolosità e determinazione criminosa, il reprimendo atteggiamento di coloro che, colpiti da provvedimento definito di applicazione della misura di prevenzione, non indugiano a commettere reati di particolare natura (tra i quali quello di estorsione). Un siffatto atteggiamento si riscontra indiscutibilmente anche nel tentativo di tali delitti, onde la 'ratio' della norma induce a ritenere che l'aggravante riguardi anche il tentativo, restando in tal modo salvo il principio di legalità. Ciò che del resto, continua la Corte, appare conforme al principio generale di diritto per il quale ineriscono al tentativo tutte le circostanze che, come quella di cui si discute, attenendo ad una particolare qualificazione dell'agente, riguardano elementi preesistenti o concomitanti all'esecuzione del reato. Conclude pertanto ritenendo che la circostanza aggravante prevista dall'art. 7 della legge 31 maggio 1965, n. 575 per i reati in detta disposizione contemplati è configurabile anche nel caso di reato rimasto allo stadio del tentativo (la l. n. 575/1965 è stata abrogata dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 120, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice antimafia); l'art. 116, comma 2, del citato d.lgs. n. 159/2011 ha disposto che i richiami alle disposizioni contenute nella presente legge, ovunque presenti, si intendano riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel medesimo d.lgs. n. 159/2011 e, in particolare, le disposizioni contenute nel presente articolo sono confluite nell'art. 71 dello stesso d.lgs. n. 159/2011.; v. quanto si dirà sul delitto tentato circostanziato).

Sempre nell'ottica dell'interpretazione del reale significato della norma, la giurisprudenza ritiene che la causa di non punibilità di cui all'**art. 649 c.p.** relativa ai reati contro il patrimonio (sul carattere anacronistico della norma, v. Corte Cost. 5.11.2015, n. 223) si applica anche alle ipotesi tentate, poiché le ragioni morali e sociali sottese ai casi di non punibilità, scaturenti dal particolare legame che sussiste tra reo e vittima, valgono anche per il caso in cui il reato si arresti alla soglia del tentativo (cfr., tra le altre, Cass., sez. VI , 14 maggio 2008, n. 19299; Cass., sez. II, 4.7.2016, n. 27368, per cui la minaccia o la mera violenza psichica non esclude la configurabilità della causa di non punibilità e della perseguibilità a querela per i reati contro il patrimonio commessi in danno dei prossimi congiunti, in quanto la clausola negativa prevista dall'art. 649 c.p., co. 3, opera solo quando il fatto sia commesso con violenza fisica").

Non sono mancate, tuttavia, decisioni che, argomentando dall'autonomia del delitto tentato, hanno sostenuto l'inapplicabilità dell'esimente al tentativo a causa della sua mancata espressa previsione (Cass., sez. II, 4.2.2014, n. 5504 per cui *"l'autonomia del delitto tentato comporta che gli effetti giuridici sfavorevoli previsti con specifico richiamo di determinate norme incriminatrici vanno riferiti alle sole ipotesi di reato consumato e ciò in quanto le norme sfavorevoli sono di stretta interpretazione e, in difetto di espressa previsione, non possono trovare applicazione anche per le corrispondenti ipotesi di delitto tentato"*: fattispecie, nella quale la Corte ha ritenuto che tra i reati di cui agli artt. 628, 629 e 630 c.p. , per i quali non opera, ai sensi dell'art. 649 c.p., co. 3, prima parte, la causa di non punibilità prevista da detta disposizione, non rientra l'ipotesi dell'estorsione tentata).

Quindi, ci si è chiesti se le eccezioni all'operatività della causa di non punibilità in questione di cui al terzo comma dell'art. 649 c.p. operino pure rispetto al tentativo. Il dato testuale sul punto non è chiaro, poiché trascura di richiamare tra i delitti specificamente esclusi le corrispondenti figure di tentativo, nonché, nella formula di chiusura, i delitti commessi mediante minaccia, che pure è prevista dalle norme incriminatrici dei delitti contro il patrimonio in alternativa rispetto alla violenza alle persone.

Al riguardo, secondo una parte cospicua della giurisprudenza il tentativo di rapina ed estorsione commesso con minaccia in danno di uno dei congiunti di cui al primo comma dell'art. art. 649 c.p. non è punibile in quanto le ipotesi criminose che rimangono escluse dalla sua operatività concernono solamente, da un lato, i delitti consumati, dai quali si distinguono, per la loro autonomia, le rispettive forme tentate, di cui rispettivamente agli artt. 628 e 629 c.p., e dall'altro tutti i delitti contro il patrimonio, anche tentati ma commessi con violenza, con l'esclusione quindi di ogni rilevanza, al fine che interessa, di quelli commessi con minaccia.

Pertanto, se il tentativo è commesso senza violenza ma con minaccia, opera la causa di non punibilità in discussione (cfr. Cass., sez. II, 19.1.2011, n. 18273; Cass., sez. II, 20 luglio 2010, n. 28210; Cass. 17.3.2005, n. 16023; 15.3.2005, n. 13694; Trib. Ivrea 13.12.2004).

La violenza alle persone, quella effettiva e non anche semplicemente presunta (come quella prevista dall'art. 634, 2° co.), attrae il delitto contro il patrimonio nell'orbita del regime comune non solo quando sia prevista in astratto come sua modalità di esecuzione, essenziale o circostanziale (art. 635, 2° co., n. 1), ma anche quando realizzi un delitto concorrente teleologicamente con quello contro il patrimonio. Dal regime privilegiato sono esclusi infatti i delitti contro il patrimonio "commessi", quindi commessi in concreto con violenza alle persone, anche quando la descrizione normativa non la consideri né elemento essenziale né elemento circostanziale.

La tesi per cui a formula di chiusura dell'art. 649 richiamando soltanto la violenza alle persone avrebbe chiaramente manifestato l'intenzione di conservare il regime di favore per i delitti contro il patrimonio commessi mediante minaccia non è condivisa da una parte della dottrina che attribuisce all'inciso "*violenza alle persone*" un significato più ampio rispetto a quello letterale, comprensivo della minaccia.

Conformemente a questa dottrina un'altra parte della giurisprudenza di legittimità propende per l'inapplicabilità di tale causa di non punibilità anche alle ipotesi di tentativo di rapina ed estorsione che si estrinsechino con la sola minaccia, abbracciando una nozione di "violenza" di cui al terzo comma così ampia da comprendere anche la minaccia (Cass., sez. VI, 14 maggio 2008, n. 19299, cit.; Cass., sez. IV, 7.10.2008, n. 35528).

Secondo questa impostazione, l'espressione "violenza alla persona" è utilizzata nell'art. 649, 3° co. in senso categoriale così da comprendere anche la violenza morale. Si rileva innanzitutto, sul piano letterale, che l'*incipit* del 1° co. ("*chi ha commesso alcuno dei fatti contenuti in questo titolo*") è riferibile anche alle ipotesi di delitto tentato ed è destinato a congiungersi direttamente con la clausola di esclusione del 3° co., che perciò coinvolgerebbe anche il tentativo dei delitti ivi specificamente richiamati; si precisa altresì la valenza ermeneutica da assegnare alla nozione di violenza alla persona sfruttando, tra l'altro, il profilo teleologico delle disposizioni di favore racchiuse nell'art. 649, finalizzate a proteggere l'unità familiare considerata prevalente rispetto all'esigenza di punire un fatto di reato che abbia ad oggetto esclusivamente beni patrimoniali del congiunto (nel senso che "il richiamo alla violenza contenuto nell'art. 649, ult. co., c.p. debba intendersi riferito non solo alla violenza fisica. Infatti, anche la violenza morale in quanto costituisce pur sempre una forma di coazione psichica, che può essere parificata alla violenza, ma » (v. Cass. 4 luglio 2007, n. 35528; Cass. 18 dicembre 2007, n. 720; Cass. 16 marzo 2005, tutte in tema di circonvizione di incapace).

D'altronde, le prime due figure di reato richiamate espressamente dal terzo comma (art. 628 e 629 c.p.), rispetto alle quali nella forma consumata non può operare la disciplina dell'art. 649 c.p., contemplano quale elemento costitutivo alternativo anche la minaccia.

Inoltre, questa lettura appare più in sintonia con la nozione internazionale di delitti commessi con violenza alla persona, come ipotesi generale comprendente anche la violenza psichica, sicché la disciplina di cui all'art. 649 c.p. non opererebbe anche in presenza di un reato consumato o tentato commesso con violenza psichica o con minaccia.

Al riguardo, giova richiamare la sentenza delle Sezioni Unite, del 29.1.2016, n. 10959, che ha chiarito il significato dell'equivoca espressione "*delitti commessi con violenza alla persona*", contenuta nel comma 3 bis dell'art. 408 c.p.p. In particolare, la Corte si è pronunciata sulla questione, di carattere processuale, se la disposizione dell'art. 408 c.p.p., comma 3-bis, che stabilisce l'obbligo di dare avviso alla persona offesa della richiesta di archiviazione con riferimento ai delitti commessi con violenza alla persona, sia riferibile anche alla fattispecie di atti persecutori prevista dall'art. 612-bis c.p. (c.d. stalking).

La Corte ha concluso che l'espressione "delitti commessi con violenza alla persona" comprende anche i reati di atti persecutori e di maltrattamenti in famiglia poiché il sintagma 'violenza alla persona' deve essere inteso alla luce del concetto di violenza di genere, quale risulta dalle relative disposizioni di diritto internazionale recepite e di diritto comunitario. La nozione di violenza sviluppata in ambito internazionale e comunitario è più ampia di quella prevista nel codice penale italiano ed è comprensiva non solo delle aggressioni fisiche ma anche morali o psicologiche.

Le Sezioni Unite giungono a tale conclusione richiamando il principio di interpretazione conforme in relazione al concetto di violenza di genere, quale risulta dalle relative disposizioni di diritto internazionale recepite e di diritto comunitario. La nozione sviluppata in ambito internazionale e comunitario è più ampia di quella prevista nel codice penale italiano ed è comprensiva non solo delle aggressioni fisiche ma anche di quelle morali o psicologiche.

A titolo esemplificativo la Corte ricorda che l'art. 3 della Convenzione del Consiglio di Europa sulla prevenzione e sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e della violenza domestica (Istanbul 11 maggio 2011) definisce in modo ampio la violenza quale forma di violazione dei diritti umani e di discriminazione, comprendente atti di violenza fondati sul genere che provocano, o che sono in grado di provocare, danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica o la privazione della libertà.

Sempre secondo la sentenza in questione una definizione generale di violenza si ritrova anche nel considerando 17 della Dir. 2012/29/UE (che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezioni delle vittime di reato) che ricostruisce la nozione di violenza di genere quale violenza diretta verso una persona o che colpisce in maniera sproporzionato le persone di un particolare genere da cui può derivare un danno fisico, sessuale, psicologico o emotivo.

Un altro richiamo alla categoria della violenza di genere viene rinvenuto nella Dir. 2011/36/UE (relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta degli esseri umani) che individua specificatamente le ipotesi criminose da ricondurre nella categoria delle violenze gravi alla persona: tortura, uso forzato di droghe, stupro e altre forme di violenza, sessuale, fisica e psicologica.

Infine, viene richiamata la Dir. 2011/99/UE (che istituisce l'ordine di protezione europeo) che nei considerando 9 e 11 individua quali potenziali destinatari delle misure di protezione le vittime dei reati che pregiudicano la vita, l'integrità fisica o psichica, la libertà personale, la sicurezza o l'integrità sessuale del soggetto e della c.d. violenza di genere (realizzabile con violenze, fisiche e sessuali, molestie, atti di persecuzione e forme indirette di coercizione).

Facendo leva sulla nozione di violenza nel contesto europeo, le Sezioni Unite concludono sostenendo che questa è da intendersi in termini più estesi di quelli positivamente disciplinati dal nostro codice di procedura penale ed è sicuramente comprensiva di ogni forma di violenza di genere, sia essa attuata con violenza fisica o solo morale. Pertanto l'espressione "delitti commessi con violenza alla persona" di cui al comma 3 bis dell'art. 408 c.p.p. comprende anche i reati di atti persecutori e di maltrattamenti in famiglia.

Con la sentenza in discussione dunque la Suprema Corte ha riconosciuto, al fine di ampliare le garanzie processuali, l'esistenza di una categoria dei delitti a tutela delle vittime vulnerabili in cui sono enucleabili le più diverse forme di manifestazione della condotta violenta.

Ci si deve domandare, a questo punto, se da tale sentenza possano trarsi gli spunti per supportare una figura generale di violenza sulle persone che comprenda anche la violenza psichica.

In dottrina si è escluso che la ricostruzione lata delle Sezioni unite della categoria dei delitti commessi con violenza alla persona possa avere dei risvolti di ordine sostanziale, poiché nella prospettiva processuale l'ampia nozione garantisce un potenziamento delle prerogative e dei diritti della vittima mentre nella prospettiva sostanziale condurrebbe ad un discutibile assorbimento delle condotte a base violenta in una fattispecie di minor gravità.

Si osserva che la nozione lata di violenza, così come ricostruita dalle Sezioni Unite, in grado di ricomprendere ogni forma di minaccia, non sembra poter incidere sugli elementi costitutivi di ulteriori ipotesi criminose: la non perfetta coincidenza tra minaccia e violenza fisica emerge anche da una disamina di alcune fattispecie in cui la condotta è descritta in termini alternativi (minaccia o violenza come, a titolo esemplificativo, nei delitti di violenza sessuale, di rapina e di estorsione).

In realtà, la normativa internazionale richiamata dalla Suprema Corte riguarda provvedimenti che si occupano in generale del concetto di violenza: non solo ai fini processuali, ma anche ai fini sostanziali, nel senso che si chiede al legislatore interno di prevedere fattispecie di reato che puniscano la violenza per come definita in ambito sovranazionale dal singolo provvedimento (ad es. la Convenzione del Consiglio d'Europa firmata ad Istanbul nel 2011 sulla violenza sulle donne prevede all'art. 5 "*Le Parti adottano le misure legislative e di altro tipo necessarie per esercitare la debita diligenza nel prevenire, indagare, punire i responsabili e risarcire le vittime di atti di violenza commessi da soggetti non statali che rientrano nel campo*

di applicazione della presente Convenzione.”).

Inoltre, sarebbe contraddittorio ritenere che le forme di violenza psichica che vengono ingenerate da una minaccia sono punibili, mentre non lo sono altre forme di violenza psichica scaturenti da determinati comportamenti concludenti.

Analoga questione in seno alla giurisprudenza di legittimità si è posta in relazione alla possibilità di disporre (il sequestro preventivo, finalizzato al) la confisca ai sensi **dell'art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992 (v. ora art. 240-bis c.p.)**, in relazione al delitto di tentata estorsione aggravato ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991 dal c.d. metodo mafioso.

Invero, l'art. 12-sexies cit. (trasfuso nell'art. 240-bis c.p.) prevede che nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 c.p.p. per taluno dei “delitti” previsti da determinati articoli, tra cui l'art. 629 c.p. sull'estorsione, commessi anche avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica.

Secondo un primo orientamento non può essere disposta la confisca dei beni (e, in precedenza, il loro sequestro preventivo) in relazione al reato di tentata estorsione, anche se aggravato ai sensi dell'art. 7 l. n. 203/1991, perché l'art. 12-sexies prevede espressamente la confisca per il solo reato consumato, sicché l'applicazione della misura anche nelle ipotesi di tentativo comporterebbe una inammissibile estensione *in malam partem* della norma penale.

Al riguardo, si argomenta sulla base dell'autonomia del delitto tentato rispetto a quello consumato, della minore gravità del delitto tentato rispetto a quello consumato, nonché della medesima scelta compiuta dalla giurisprudenza di legittimità in riferimento ad altri istituti rispetto ai quali si poneva un'analoga questione (si invoca, ad esempio, la causa di non punibilità di cui all'art. 649, u.c., c.p., ritenuta applicabile soltanto ai delitti consumati ivi espressamente elencati; alle esclusioni oggettive dall'amnistia e dall'indulto, che operano solo per i reati consumati indicati nei rispettivi provvedimenti di clemenza; alla disciplina dell'arresto in flagranza che, quando indica specificamente il reato per il quale la misura è permessa o imposta è interpretata nel senso che il riferimento è ai soli reati consumati e che, tra l'altro, menziona espressamente le ipotesi in cui l'arresto è obbligatorio o consentito anche per i delitti tentati; da ultimo, alla disciplina della competenza per territorio, dal momento che l'art. 8, comma 4, c.p.p., contempla espressamente il delitto tentato).

Stando ad un secondo orientamento, la confisca in esame potesse essere disposta anche in conseguenza di una condanna per estorsione tentata, atteso che la norma, che richiama espressamente il “delitto previsto dall'art. 629 c.p.”, non consente una distinzione tra il delitto consumato e quello tentato, dal momento che la confisca non è collegata al provento o al profitto del reato contestato, bensì ai beni di cui il condannato non può giustificare la provenienza, indipendentemente dalla loro fonte, che si presume derivare dalla complessiva attività illecita del soggetto”. Invero, la finalità della norma è quella di consentire la confisca di tutti quei beni di cui il condannato non è in grado di giustificare la provenienza lecita.

Secondo un terzo orientamento intermedio, occorre accedere ad una soluzione differenziata a seconda che venisse in rilievo il primo o il secondo comma dell'art. 12-sexies. Al primo comma, infatti, è prevista un'indicazione nominativa e specifica dei singoli delitti cui può applicarsi l'istituto della confisca c.d. allargata, mentre al secondo comma contiene un riferimento generico ai delitti commessi “avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo”. Per questo orientamento l'indicazione nominativa di uno specifico delitto (presente al primo comma) va intesa come comprendente solo l'ipotesi consumata, mentre l'indicazione generale di una categoria di delitti (presente al secondo comma) va intesa come comprendente tanto i delitti tentati quanto quelli consumati.

Le Sezioni Unite (sent. 24.10.2018, n. 40985) hanno aderito a quest'ultimo orientamento.

In primo luogo, osservano i giudici della Suprema Corte, tale soluzione è già stata adottata in precedenza dalla giurisprudenza di legittimità in relazione ad altre norme rispetto alle quali si presentava una problematica analoga a quella posta dall'art. 12-sexies. Un problema analogo si è posto, ad esempio, con riferimento ai provvedimenti di concessione di amnistia e indulto, all'applicazione dell'art. 649 u.c. c.p. (su cui v. *supra*), e dell'art. 4-bis l. n. 354/1975

in ambito penitenziario, nonché rispetto ai termini della durata massima della custodia cautelare. In tutti questi casi, nonostante gli eventuali effetti sfavorevoli per l'interessato, la giurisprudenza ha di volta in volta optato per un'interpretazione comprensiva anche del delitto tentato, quando l'indicazione dei reati contenuta nella norma era generica, mentre ha fornito un'interpretazione restrittiva tesa ad escludere la fattispecie nella forma tentata in presenza di un'elencazione specifica e nominativa di delitti.

In secondo luogo si invoca la natura autonoma del delitto tentato rispetto alla fattispecie consumata.

Partendo da tale presupposto, si pone in evidenza che il primo dei tre orientamenti menzionati non valorizza a sufficienza il principio dell'autonomia del delitto tentato che rappresenta *“una fattispecie criminosa autonoma, risultante dalla combinazione di una norma principale – la norma incriminatrice – e di una norma secondaria prevista dall'art. 56 c.p.”*, talché *“è corretto ritenere che quando il legislatore menziona, ad esempio, il “delitto previsto dall'art. 314 cod. pen.” intenda riferirsi al solo delitto consumato, ma non è altrettanto corretto ritenere che, quando viene evocato “un delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale ovvero ai fini di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo” il riferimento non sia fatto anche ai delitti tentati”*. L'insieme descritto dall'art. 12-sexies, co. 2, comprende elementi aventi due caratteristiche, ossia la natura di delitto e il fatto di essere stati commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle organizzazioni criminali ed i delitti tentati aggravati ai sensi dell'art. 7 l. n. 203/1991 presentano entrambe queste caratteristiche.

Con riferimento al secondo orientamento, le Sezioni Unite non condividono la conclusione secondo cui, in presenza di fattispecie di reato specificamente e tassativamente individuate, quali quelle presenti all'art. 12-sexies, co. 1, la mancata distinzione tra delitto consumato e delitto tentato legittimerebbe l'estensione indiscriminata della norma anche alle ipotesi di tentativo. In realtà, affermano i giudici del Supremo Consenso, la mancanza di una specifica indicazione *“deve essere affrontata sulla base dei principi generali, in base ai quali “accanto” ad un delitto consumato è sempre ipotizzabile un corrispondente delitto tentato”*.

Orbene, secondo le Sezioni Unite, l'orientamento intermedio applica correttamente il principio dell'autonomia del tentativo, evitando per un verso un'estensione *in malam partem* della confisca “allargata”, e per altro verso interpreta la legge attribuendole il *senso fatto palese dal significato proprio delle parole*, in quanto la parola “delitto”, senza altra specificazione, deve ritenersi comprensiva anche dei delitti tentati. In tal modo, nel rispetto dei principi di legalità e tassatività, viene tutelato il diritto di proprietà, introducendo un limite all'operatività di questa speciale ipotesi di ablazione patrimoniale, e viene al contempo mantenuta inalterata la caratteristica tipica della confisca c.d. allargata, cioè il mancato collegamento tra i beni confiscati e il provento o il profitto del reato, con la conseguenza che la misura è giustificata anche in caso di delitto tentato, se esso risulti effettivamente sintomatico di un illecito arricchimento del suo autore.

## OMISSIS

### 7. Il tentativo nella rapina impropria.

L'art. 628, ai co. 1 e 2, c.p. prevede che *“1. Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, mediante violenza alla persona o minaccia, s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene è punito con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa da euro 516 a euro 2.065.*

*2. Alla stessa pena soggiace chi adopera violenza o minaccia immediatamente dopo la sottrazione, per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l'impunità.”*

Le disposizioni in esame prevedono due ipotesi di rapina: quella c.d. propria e quella c.d. impropria.

La **rapina propria** consiste nell'impadronirsi della cosa altrui, sottraendola a chi la detiene, tramite violenza o minaccia, le quali vengono usate dunque per vincere l'opposizione del detentore.

Si è in presenza di un *reato complesso* (art. 84 c.p.) poiché racchiude in sé, come elementi costitutivi, il reato di furto (sottrazione ed impossessamento) e quello di minaccia (art. 612 c.p.) ovvero di violenza privata (art. 610 c.p.) o di percosse (cfr. art. 581, co. 2).

Nella **rapina impropria** la condotta incriminata consiste nell'usare violenza o minaccia alla persona, immediatamente dopo che la cosa altrui è già stata sottratta. La *vis* in questo caso non è mezzo che serve all'agente per spogliare altri del bene in questione, ma strumento attraverso il quale conseguire o consolidare il possesso ovvero assicurare a sé o ad altri l'impunità.

La differenza tra rapina propria ed impropria risiede dunque nell'inversione temporale in cui si succedono sottrazione e impossessamento, violenza o minaccia: nel primo caso si registrano prima la violenza o la minaccia, che sono appunto gli strumenti con cui l'agente riesce a sottrarre la cosa altrui, e poi la sottrazione e l'impossessamento; nel secondo caso invece si verifica prima la sottrazione (o spossessamento) e poi la violenza o la minaccia, che servono all'agente per conseguire o consolidare il possesso (c.d. impossessamento), ovvero assicurare a sé o ad altri l'impunità.

Pertanto, si ha rapina propria quando la *vis* serve come strumento per superare gli ostacoli di natura personale che si interpongono tra l'agente e la cosa da sottrarre, e l'agente medesimo si trovi "costretto" a ricorrere alla violenza se non vuol rinunciare alla sottrazione della res.

Si ha invece rapina impropria quando la *vis* serve come strumento per neutralizzare gli ostacoli di natura personale insorti immediatamente dopo la sottrazione, comunque già realizzata, e che impediscono all'agente di consolidare il possesso o conseguire l'impunità, per cui l'agente medesimo si trova nell'alternativa tra ricorrere alla violenza o rinunciare al possesso, ovvero all'impunità.

Non vi sono dubbi circa la configurabilità del **tentativo nella rapina propria**. Infatti, il tentativo sussiste le allorquando il reo, pur avendo usato violenza o minaccia alla persona, non riesca a sottrarre o ad impossessarsi della cosa medesima (ad esempio, rapinatori armati che puntano la pistola contro l'impiegato di banca, senza però riuscire a farsi consegnare il denaro).

Il tentativo è configurabile anche rispetto alla **rapina impropria** nel caso in cui, *dopo la sottrazione, il reo tenti di usare, senza riuscirvi, violenza o minaccia* contro chi cerca di impedirgli di impossessarsi compiutamente della cosa o di procurarsi l'impunità.

Controversa è invece l'ammissibilità del tentativo nel caso di rapina impropria nell'ipotesi in cui *il colpevole usi violenza o minaccia dopo aver cercato, senza riuscirvi, di sottrarre la cosa altrui*. In tal caso, si badi bene, la sottrazione non si è realizzata.

La dottrina prevalente e parte della giurisprudenza negano la configurabilità del tentativo in questa ipotesi sopra, in ragione della stessa struttura ontologica della rapina impropria, che appunto richiede l'uso della violenza o minaccia immediatamente dopo la sottrazione concretamente avvenuta. La dottrina maggioritaria ritiene che, volendo rispettare la tipicità della fattispecie, la sottrazione è il *necessario presupposto* della violenza e della minaccia e che quindi senza sottrazione la violenza e la minaccia non potrebbero considerarsi dirette in modo non equivoco a commettere una rapina impropria, dovendosi invece ravvisare il *concorso fra il tentato furto e l'autonomo reato integrato dal comportamento violento o minaccioso* tenuto dall'agente (ad esempio, percosse o minaccia).

Tale orientamento dottrinale è seguito da una parte della giurisprudenza anche di legittimità, ove si osserva che *"La norma infatti nell'identificare la fattispecie nella condotta di chi adopera violenza o minaccia immediatamente dopo la sottrazione, per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a se' o ad altri l'impunità incentra il discrimen tra il tentativo di furto e la rapina impropria, nella sottrazione della cosa altrui, che deve essere anteriore alla violenza, la quale, a sua volta, deve essere funzionale ad assicurare l'impossessamento o l'impunità. E', altresì, chiaro che impossessamento e sottrazione rappresentano, nella costruzione del reato, situazioni tutt'altro che coincidenti, ma concettualmente - ed ontologicamente - distinte. La sottrazione consiste, infatti, nell'apprensione materiale o nell'asportazione della cosa; l'impossessamento é, invece, l'acquisizione della cosa sottratta alla sfera giuridica di dominio od autonoma disponibilità dell'autore. Ne discende che il tentativo di rapina impropria presuppone che la sottrazione si sia realizzata e che la minaccia o violenza sia diretta all'impossessamento, non verificatosi per la reazione della persona offesa o per l'intervento di fattori esterni interruttivi dell'azione"* (Cass. 29.4.2009, n. 25100).

In altri termini, ai fini della configurabilità del tentativo di rapina impropria, la violenza e la minaccia possono essere tentate, la sottrazione deve invece essere effettivamente realizzata. In effetti, muovendo dalla distinzione tra sottrazione e impossessamento non è possibile impossessarsi di un bene con violenza o minaccia se non c'è già stata la sottrazione.

La giurisprudenza prevalente è, al contrario, orientata nel ritenere ammissibile e punibile a titolo di tentativo di rapina impropria anche l'ipotesi in esame, negando il concorso tra il furto tentato con altro reato contro la persona, considerando la sottrazione alla stregua di un elemento materiale del reato che può essere oggetto di atti idonei e non equivoci seguiti da violenze o minacce.

In un arresto si legge infatti che *“è configurabile il tentativo di rapina c.d. impropria anche in assenza dell'elemento dell'avvenuta sottrazione della cosa, giacché il capoverso dell'art. 628 c.p., dove è descritta la fattispecie del reato consumato, si integra necessariamente con la norma generale di cui all'art. 56 c.p., di guisa che non può escludersi che l'una o l'altra delle figure criminose unificate nella norma (il furto e la violenza o minaccia ...) possa presentarsi in astratto nella forma del tentativo e che non sia correlabile al fine specifico di assicurare al reo, o ad altri, se non il possesso della cosa, l'impunità della condotta. In altri termini, l'azione diretta alla sottrazione del bene, anche se incompiuta, assorbe, come nel reato consumato, l'azione violenta, strumentale alla sottrazione, ma non all'evento dell'impossessamento, perché questo è previsto in alternativa, nella norma, al fine dell'impunità”* (Cass. 19.5.2010, n. 22661).

La Suprema Corte ha così affermato che è configurabile il tentativo di rapina impropria nel caso in cui l'agente, dopo aver compiuto atti idonei all'impossessamento della *res* altrui, non portati a compimento per cause indipendenti dalla sua volontà, adoperi violenza o minaccia per assicurarsi l'impunità (tra le altre, Cass., 12.3.2010, n. 23610; 25.9.2007, n. 38586).

Intervenendo sull'argomento, visto il contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite, con la sentenza del 12 settembre 2012, n. 34952, hanno ribadito l'orientamento maggioritario che ritiene configurabile il tentativo di rapina impropria nel caso in cui l'agente, dopo aver compiuto atti idonei diretti in modo non equivoco alla sottrazione della cosa altrui, adoperi violenza o minaccia per procurare a se o ad altri l'impunità.

Nell'ampia motivazione si osserva, in primo luogo, che nella formulazione della norma svolge un ruolo centrale la necessità di un collegamento logico-temporale tra le condotte di aggressione al patrimonio e di aggressione alla persona, attraverso una successione di immediatezza, essendo necessario e sufficiente che tra le due diverse attività concernenti il patrimonio e la persona intercorra un arco temporale tale da non interrompere il nesso di contestualità dell'azione complessiva posta in essere, senza che vi sia un ordine di priorità temporale. L'immediatezza tra aggressione al patrimonio e personale è il punto centrale e il solo indefettibile della norma incriminatrice del comma secondo dell'art. 628 cod. pen. che giustifica l'equiparazione del trattamento sanzionatorio tra la rapina propria e quella impropria, indipendentemente dall'essere quelle stesse condotte consumate o solo tentate.

Del resto, lo stesso dato testuale suggerisce, ponendo in alternativa la finalità di assicurarsi il possesso e quella di procurarsi l'impunità, che quest'ultima finalità può sussistere anche senza previa sottrazione (si pensi a chi tenta di sottrarre un bene e non riuscendoci per la reazione della vittima esercita violenza sulla stessa per assicurarsi la fuga).

Sottolinea inoltre la Corte, che nella struttura della rapina propria, in cui la violenza o la minaccia precedono e sono funzionali all'impossessamento, si possano ravvisare due condotte tipiche, entrambe suscettibili di estensione con il meccanismo del tentativo, mentre nel caso della rapina impropria la sola condotta tipica sarebbe quella della violenza o minaccia e la sottrazione si configurerebbe come mero presupposto. Il delitto di rapina ha, nelle sue due configurazioni, *natura unitaria*, quale reato plurioffensivo, in cui, con l'azione violenta e la sottrazione del bene, si aggrediscono contemporaneamente due beni giuridici, il patrimonio e la persona. Del resto, è opinione ampiamente condivisa quella della natura unitaria del reato complesso; pertanto, se la rapina costituisce un reato composto risultante dalla fusione di due reati, non se ne può scindere l'unità valutando separatamente i componenti costitutivi delle figure criminose originarie e se l'art. 628 cod. pen., opera un'unificazione tra fattispecie consumate, la stessa unificazione dovrebbe continuare a valere, salvo il diverso titolo di responsabilità, quando una di esse si presentasse nello stadio del tentativo.

Il legislatore, continua la Corte, al fine di mantenere equiparate le due fattispecie criminose del primo e del secondo comma dell'art. 628 c.p., non richiede il vero e proprio impossessamento della cosa da parte dell'agente, ritenendo sufficiente per la consumazione la sola sottrazione, così lasciando spazio per il tentativo ai soli atti idonei diretti in modo non equivoco a sottrarre la cosa altrui, atti che sono di tutta evidenza sussistenti nel caso di cui al presente procedimento. Ne consegue la fondatezza della tesi della maggioritaria giurisprudenza, secondo la quale, combinando la norma incriminatrice dell'art. 628, comma secondo, cod. pen. con l'art. 56 cod. pen., se ne trae che se si tenta un furto senza realizzare la sottrazione della cosa e si commette immediatamente dopo un'azione violenta contro una persona, che ha per fine di assicurare l'impunità per il tentativo di furto, l'azione violenta resta strumentale a quella già realizzata e, pertanto, assorbita.

Ammessa, dunque, concettualmente la ipotizzabilità del tentativo con riferimento alla fase della sottrazione, ne deriva che la successiva violenza esercitata per procurarsi l'impunità, non resta avulsa dal modello legale prefigurato nell'art. 628 comma secondo, c. p., ma ad esso si coniuga a perfezione, dando così vita alla figura tentata di rapina impropria, senza alcuna illogica scansione del reato complesso in autonome figure di tentato furto e violenza o minaccia.

Stando ad un cospicuo orientamento dottrinale, nella struttura della rapina impropria, per le ragioni appena indicate, la sottrazione costituisce un presupposto e non la condotta tipica; e dunque, mentre la figura del comma 1 dell'art. 628 c.p. sarebbe contrassegnata da due condotte tipiche, diverse tra loro anche se eventualmente contestuali, nella figura del comma 2, invece, si scorgerebbe un'unica condotta tipica, quella di violenza o minaccia. La ragione della "retrocessione" della sottrazione da condotta (nel comma 1) a mero presupposto di altra condotta (nel comma 2) sono da ravvisare proprio nelle diversa funzione di tale elemento, la realizzazione unica del quale solo nella rapina propria acquisita le sembianze del reato di rapina, mentre nell'altra figura mantiene niente altro che le sembianze del furto, poiché sino a quando non si materializza sulla scena, immediatamente dopo la sottrazione, anche una condotta violenta o minacciosa quel furto non si trasforma in rapina. In dottrina (Brunelli, *Tentativo della rapina impropria: le Sezioni Unite liquidano sul nascere i segnali di enforcement del precedente*, in *Cass. pen.*, 2013, 61). Solo dopo la sottrazione l'agente decide di commettere una violenza o una minaccia, nei confronti di chi cerca di non perdere definitivamente il contatto con la cosa mobile o si intromette per trattenerlo o identificarlo. E anche se la decisione deve essere presa e la condotta deve essere compiuta senza soluzione di continuità, l'unicità di contesto spazio-temporale non recupera il collegamento funzionale tra il primo e il secondo comportamento.

Quindi, secondo questa dottrina, una volta stabilito che la sottrazione assume la connotazione di mero presupposto dell'unica condotta del delitto di rapina impropria, non si può ammettere nella figura del tentativo che un presupposto si presenti nella forma incompleta, non essendo simile ipotesi prevista nell'art. 56 c.p. Quindi, il riconoscimento del tentativo della rapina impropria nel caso di mero tentativo del presupposto-sottrazione violerebbe il principio di tipicità-legalità.

Viene così preso in esame il passaggio dove la Cassazione critica la possibilità di qualificare la sottrazione come mero presupposto nella fattispecie della rapina impropria, nel quale si osserva che: *"è ben difficile attribuire natura di mero presupposto alla sottrazione, trattandosi pur sempre di una condotta consapevole e già illecita dello stesso agente e non certo di un elemento naturale o giuridico anteriore all'azione delittuosa e indipendente da essa"*.

Dunque, si osserva che per la Corte un determinato elemento della fattispecie per fungere da presupposto deve essere: *"indipendente"* dalla condotta e consistere in un elemento *"naturale o giuridico anteriore"*.

Esaminando tali due requisiti, si ritiene che il primo è senz'altro attribuibile alla sottrazione, anzi è proprio il carattere che distingue detto elemento come componente della rapina impropria nel confronto con lo stesso elemento nella rapina propria: mentre in quest'ultima figura le due condotte sono così intrecciate, data la prossimità fra persona e cosa mobile, che neppure è possibile una loro distinzione, nella rapina impropria la condotta di sottrazione è talmente indipendente dalla violenza-minaccia che quando l'agente la realizza, tale realizzazione prescinde completamente dalla prospettiva di realizzare la condotta, non dipende in alcun modo da essa, e, di contro, la condotta di violenza-minaccia non costituisce certamente il risultato.

Sul secondo requisito occorre invece riflettere, poiché se con l'attributo di "*naturale o giuridico*" la Corte fa perno per escludere che la sottrazione costituisca presupposto sul fatto che si tratta "*pur sempre di una condotta consapevole e già illecita*", vale a dire una condotta illecita di cui l'agente è oltretutto consapevole, poiché, ovviamente, anche nelle figure appena menzionate l'agente opera consapevolmente.

Al riguardo, si sottolinea che il peso argomentativo che si è assunta la Corte non può essere sorretto dall'affermazione secondo la quale un determinato comportamento, costituendo un fatto illecito, non può recitare all'interno di una diversa fattispecie il ruolo di presupposto della condotta, a meno che detta fattispecie non assorba il disvalore e la pena di quella in base alla quale lo stesso comportamento è qualificato illecito.

Nell'ipotesi della rapina impropria, infatti, chi sostiene che l'unica condotta tipica è quella della violenza-minaccia e che, dunque, l'unico precetto che si ricava dalla norma vieta di compiere violenza o minaccia a colui il quale ha immediatamente prima posto in essere la sottrazione della cosa mobile altrui, non rinuncia a qualificare come illecito tale precedente comportamento né dimentica che esso stesso è vietato dalla legge; semplicemente prende atto che tale divieto deriva dalla norma che incrimina il furto, la quale, in forza dell'art. 84 c.p., resta assorbita in quella che incrimina la rapina impropria.

## OMISSIS

### 8. Il reato permanente e il reato a consumazione prolungata.

Il requisito del tempo assume particolare rilevanza con riguardo alla distinzione tra **reati istantanei e reati permanenti**, i primi quali concretizzazioni di condotte criminose in cui l'offesa ad un dato bene giuridico è istantanea, coincidendo questa con l'azione del soggetto; i secondi quali realizzazioni di condotte criminose in cui *l'offesa si protrae nel tempo* per effetto della *persistente condotta volontaria del soggetto*. Il reato permanente *inizia* quando si sono verificati i requisiti minimi previsti dalla fattispecie legale (in questo caso il reato si è perfezionato), e viene meno (si consuma) quando cessa l'antigiuridicità (si segnala che se in dottrina è netta la distinzione tra momento perfezionativo e momento consumativo, sovente in giurisprudenza i termini perfezionamento e consumazione sono utilizzati promiscuamente).

La legge non offre alcuna definizione del reato permanente, limitandosi a richiamarlo a proposito della prescrizione (art. 158 c.p.), nonché ai fini della competenza per territorio e della durata della flagranza (artt. 8, co. 3 e 382 co. 2 c.p.p.). Pertanto, il suo significato perciò va ricercato nel sistema.

La distinzione tra reati permanenti e reati istantanei, attenendo alla consumazione del reato, rileva sotto molteplici aspetti, come la decorrenza della prescrizione, l'individuazione del *locus* (ai fini, ad esempio, della competenza territoriale) e del *tempus commissi delicti* (ai fini, ad esempio, della successione delle leggi nel tempo).

I reati permanenti "puri" si caratterizzano, dunque, per la presenza di due requisiti, cioè il **protrarsi nel tempo dell'offesa al bene giuridico** in virtù di una **persistente condotta volontaria del soggetto** che ne ha la piena disponibilità, nel senso che può far cessare quando vuole la situazione antigiuridica. Secondo questa impostazione, largamente condivisa, il reato è permanente quando la legge vieta la creazione di una situazione antigiuridica, **che è in potere del soggetto attivo fare cessare**. In questa nozione rientrano, ad esempio, l'ipotesi tradizionale del *sequestro di persona*, tutti i *reati di possesso* (ove l'agente ha in ogni momento la possibilità di disfarsi in ogni momento della cosa illecitamente posseduta o detenuta), la *partecipazione nel reato associativo* (il soggetto è parte del sodalizio fintanto che non vi receda) e i *reati omissivi propri* (nei quali la permanenza si estende sino a che sia possibile al soggetto attivo adempiere all'obbligo di legge).

In dottrina si ritiene che accanto ai due *genera* di reati istantanei e permanenti, esista una *species*, quella dei **reati istantanei con effetti permanenti**, i quali si caratterizzano per il perdurare nel tempo delle conseguenze dannose/lesive del reato. Tale ulteriore categoria è peraltro priva di pregio dogmatico non solo perché quasi tutti i reati possono essere caratterizzati da conseguenze più o meno dannose che si protraggono nel tempo, ma anche perché a tale categoria di reati si applicherebbe sia la disciplina sostanziale che quella processuale relativa ai reati istantanei (questi reati invero non sono reati permanenti non sussistendo il protrarsi dell'offesa per effetto di una persistente condotta del soggetto). Quindi,

dire che un reato è istantaneo con effetti permanenti è dire, sul piano della disciplina, che è un reato istantaneo (infatti, Cass., Sez. Un, 28.2.2001, n. 8, ha affermato, ad esempio, che il delitto di trasferimento fraudolento di valori (art. 12 quinquies d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. con l. 7 agosto 1992, n. 356) integra un'ipotesi di reato istantaneo con effetti permanenti, e si consuma nel momento in cui viene realizzata l'attribuzione fittizia, senza che possa assumere rilevanza il permanere della situazione antigiusuridica conseguente alla condotta criminosa: fattispecie relativa all'individuazione del "tempus commissi delicti" al fine di determinarne l'anteriorità o meno rispetto al momento della consegna dell'imputato da parte di uno Stato estero a seguito di estradizione).

A ben vedere, il richiamo di tale figura sul piano applicativo avviene tutte le volte in cui ci si trova in presenza di reati che, ai fini consumativi, sono al confine tra l'istantaneità e la permanenza, sicché se si esclude il carattere permanente del reato, e comunque l'offesa perdura nel tempo (a prescindere da una condotta volontaria del reo), si afferma che si tratta di reato istantaneo con effetti permanenti.

Come esempio di reato istantaneo ad effetti permanenti, comunemente si richiama la *bigamia* di cui all'art. 556 c.p., in cui la prosecuzione dello stato antigiusuridico non dipende dal comportamento volontario del reo. Discussa in dottrina ed in giurisprudenza è la natura del reato di *evasione* di cui all'art. 385 c.p. Secondo un primo orientamento il reato è istantaneo poiché consumandosi nel momento in cui si realizza la condotta commissiva di sottrazione alla sfera della custodia, non può configurarsi un'evasione mediante omissione, cioè in virtù del mancato rientro del detenuto nella situazione di costrizione coatta (in questo senso la prevalente giurisprudenza di legittimità: tra le altre, Cass. 7 luglio 2010, n. 25976, per cui il reato si consuma nel momento stesso in cui il soggetto agente si allontana dal luogo della detenzione o degli arresti domiciliari, così sottraendosi alla sorveglianza diretta (o alla possibilità di sorveglianza diretta) dell'autorità vigilante, mentre l'effetto permanente cessa quando l'evaso torna nel luogo dal quale non avrebbe dovuto allontanarsi, quando cioè l'agente interrompe l'elusione del controllo (o della possibilità di controllo) da parte dell'autorità vigilante). Stando ad un altro indirizzo ermeneutico invece il reato ha natura permanente, mantenendo l'attualità della consumazione finché viene meno la qualità di evaso, caratterizzandosi come commissivo nella fase di sottrazione alla sfera di vigilanza e omissivo nella fase di permanenza dello stato di evasione (in questo senso la giurisprudenza minoritaria, cfr. Cass. 1.6.1998, n. 6382, per la quale il reato di evasione (nella specie, dagli arresti domiciliari), che è reato di danno e ha carattere permanente, si consuma nel momento della conquista illegittima dello stato di libertà da parte di chi ne è stato legalmente privato, e la permanenza ha termine con la cessazione di tale stato).

Altra figura coniata dalla dottrina è quella dei **reati eventualmente permanenti** per indicare i reati a forma libera in cui il soggetto fa perdurare l'offesa, senza che ciò sia richiesto dalla legge per l'esistenza del reato che si perfeziona già con una condotta che esaurisce all'istante i suoi effetti lesivi che possono però protrarsi nel tempo, con la perduranza del reato, come nel caso dell'ingiuria con più espressioni ingiuriose o la truffa in cui il pregiudizio ed il vantaggio siano continuativi. Occorre rilevare, a tal proposito, che tale categoria di reati risponde alla naturale constatazione che l'offesa al bene giuridico non può necessariamente esaurirsi nella commissione di un unico atto offensivo (si pensi alla ricettazione, che può realizzarsi attraverso condotte puntuali come l'acquisto o la ricezione della cosa proveniente da delitto, che si realizzano in una data e in un luogo determinato, ma anche dal suo "occultamento", ossia dalla creazione di una situazione che si prolunga nel tempo, con un inizio e una fine (e in cui anche il luogo di consumazione può nel frattempo mutare; cfr. Cass. sez. II, 7.9.2017, n. 40890, per cui *"va rilevato che il delitto di cui all'art. 648 ter c.p., comma 1, pur essendo a consumazione istantanea, è reato a forma libera e può anche atteggiarsi a reato eventualmente permanente quando il suo autore lo progetti ed esegua con modalità frammentarie e progressive. Tali principi sono stati affermati dalla giurisprudenza di questa Corte con riferimento all'analoga fattispecie di cui al reato di cui all'art. 648 bis cod. pen. (cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 29611 del 27/04/2016 Cc.; vedi anche Cass. Sez. 6, Sentenza n. 13085 del 03/10/2013 Ud. (dep. 20/03/2014) Rv. 259487 dove la precisazione che qualsiasi prelievo o trasferimento di fondi successivo a precedenti versamenti, e dunque anche il mero trasferimento di denaro di provenienza delittuosa da un conto corrente bancario ad un altro diversamente intestato e acceso presso un diverso istituto di credito, assume autonoma rilevanza penale, non potendo essere considerato come "post factum" non punibile); ma sono*

*sicuramente applicabili anche al reato di auto riciclaggio*"; ha così sostenuto la Corte l'applicabilità ai reati eventualmente permanenti della normativa vigente al momento in cui si sono manifestati gli atti espressione della permanenza).

Il reato permanente si **perfeziona** nel momento in cui si concreta quel *minimum* indispensabile per la sussistenza del reato e non anche nel momento in cui si sia instaurata la situazione offensiva in tutta la sua interezza. Prima della realizzazione di quel *minimum*, al massimo potrà configurarsi il tentativo.

La **consumazione**, invece, avverrà nel momento in cui si sarà esaurita la volontarietà della mantenimento della condotta criminosa sia consapevolmente (nel reato di sequestro di persona, con la liberazione della persona sequestrata) sia per sopravvenuta impossibilità di compierla (fuga del sequestrato).

Il carattere unitario del reato permanente è sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, il che comporta che il reato non può a determinati fini essere frazionato in più reati (si pensi, ad esempio, al caso in cui la permanenza non è ancora cessata alla data cd. fatale fissata da un provvedimento di amnistia, in tal caso non è possibile considerare estinto il reato permanente per la parte precedente alla predetta data e ancora esistente per quella successiva, ma in toto non estinto perché non si è consumato entro detta data).

La giurisprudenza prevalente ritiene che **la permanenza cessi, oltre che per fatti naturali o umani, anche con la pronuncia di condanna di primo grado** (decorrendo, ad esempio, da tale momento ex art. 158 c.p. la prescrizione), cosicché la successiva porzione di permanenza potrà essere oggetto di autonomo accertamento giudiziale, sia pur verosimilmente legata dal vincolo della continuazione con la prima porzione già giudicata. Tale soluzione, che stride con la natura unitaria del reato permanente, da un lato si giustifica per l'esigenza pratica per cui il giudicato relativo alla prima porzione di permanenza non può abbracciare anche i fatti futuri e non è ammissibile che un periodo dell'antigiuridicità resti impunito, dall'altro è compatibile col principio del *ne bis in idem* processuale, poiché il giudizio relativo alla porzione di permanenza successiva a quella già giudicata ha ad oggetto un fatto diverso (cfr. 649 c.p.p.).

Infine, va osservato che in dottrina ed in giurisprudenza sono stati individuati altri fatti processuali idonei ad interrompere la permanenza, come **la contestazione o l'arresto**: a quest'ultimo riguardo la Cassazione ha osservato che se, rispetto al reato di associazione mafiosa, all'arresto conseguente alla misura cautelare, con stabile isolamento del detenuto, segue senza soluzione di continuità la condanna definitiva e la restrizione in carcere, si dovrà normalmente ritenere che dal primo momento della reclusione l'associato non è stato più in grado di fornire il suo contributo materiale all'associazione, sicché la permanenza della sua partecipazione viene meno (Cass. 17.1.2003). In tal caso, a ben riflettere, il fatto processuale coincide col fatto naturale (cioè l'arresto con stabile isolamento del detenuto) interruttivo.

A proposito della cessazione della permanenza, la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 671 c.p.p., per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevede, in caso di pluralità di condanne intervenute per il medesimo reato permanente in relazione a distinte frazioni della condotta, il potere del giudice dell'esecuzione di rideterminare una pena unica, in applicazione degli artt. 132 e 133 c.p., che tenga conto dell'intero fatto storico accertato nelle plurime sentenze irrevocabili, ritenendo applicabile proprio la disciplina dell'art. 671 c.p.p., senza necessità di alcun intervento manipolativo (sent. 8.3.2018, n. 53, nel caso sottostante alla pronuncia della Consulta un soggetto aveva subito tre diverse sentenze di condanna per il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 572 c.p.) che si riferivano a tre diversi periodi di tempo).

Con tale pronuncia la Corte ha avuto l'occasione di operare una ricostruzione in materia di reato permanente, con particolare riferimento ai suoi rapporti con il divieto del *ne bis in idem* e all'applicabilità alle diverse *tranche* di condotta del medesimo reato permanente, che siano state giudicate in procedimenti diversi, della disciplina del reato continuato.

La Consulta osserva che il reato permanente si perfeziona quanto tutti gli elementi tipici della fattispecie vengono ad esistenza ed è da quel momento che l'azione penale deve essere promossa, pena un'ingiustificabile sottrazione del reo alla punizione per tutto il tempo in cui la condotta antigiuridica viene protratta. Tuttavia, le uniche condotte per le quali un soggetto può essere giudicato e punito sono quelle che egli ha già commesso, non essendo immaginabile un procedimento che abbia ad oggetto fatti che l'imputato commetterà in futuro. Le condotte

successive rispetto a quelle oggetto di un procedimento penale (*in fieri* o già concluso), perché riguardanti un reato permanente, cioè un reato unitario di durata, non sono però assorbite nel precedente accertamento, poiché si tratta di fatti ulteriori rispetto a quelli già contestati, che aggravano l'offesa al bene giuridico tutelato e che indicano una accentuata predisposizione a delinquere del reo.

Quindi, osserva la Corte, è necessario delineare un sistema che, da un lato, impedisca il *bis in idem* (processuale) in relazione ai fatti già accertati in un procedimento penale; dall'altro, consenta di prendere in considerazione il protrarsi della situazione antigiuridica, e di infliggere una sanzione che sia in concreto commisurata all'intero fatto di reato.

Volgendo lo sguardo all'indietro verso le condotte che devono ritenersi già giudicate e, quindi, coperte dal diritto dell'imputato al *ne bis in idem*, la Corte ribadisce come l'*idem factum* sussista solo nei casi di corrispondenza storico-naturalistica fra i due fatti di reato contestati, avendo riguardo a tutti gli elementi costitutivi (condotta, nesso causale, evento) del fatto storico, nonché alle circostanze di tempo, di luogo e di persona e, nel caso in esame, le circostanze di tempo sono fondamentali. La questione si pone in modo diverso a seconda che la condotta del soggetto agente sia stata oggetto di contestazione chiusa (da una certa data ad un'altra) o di contestazione aperta (da una certa data e tuttora permanente) e, si noti, la scelta circa la modalità di formulazione del capo di imputazione è normalmente legata alla cessazione o meno della situazione antigiuridica.

Nel caso di contestazione chiusa, viene individuata dal p.m. con precisione la durata della permanenza del reato ed il giudice è chiamato a pronunciarsi solo sul periodo contestato, sicché lo sbarramento del *ne bis in idem* vale in relazione alla condotta tenuta nel ben determinato lasso di tempo oggetto del capo di imputazione.

Nel caso di contestazione aperta, il p.m. identifica solo la data a partire dalla quale ritiene che il reato si sia perfezionato e non individua alcuna data finale, sul presupposto che il reato sia ancora in corso. La contestazione sarà, allora, caratterizzata da una *vis* espansiva che comprenderà anche tutto l'arco di tempo trascorso nelle more del primo grado di giudizio, fino alla sentenza di primo grado, che cristallizza definitivamente l'imputazione: tutte le condotte precedenti saranno, dunque, 'coperte' dalla preclusione del *bis in idem*.

Solo nei casi di contestazione aperta l'interruzione giudiziale della permanenza coincide con il momento della pronuncia della sentenza di primo grado, poiché solo in questi casi la sentenza di primo grado costituisce anche il termine a partire dal quale le condotte del reo non sono più coperte dal diritto al *ne bis in idem*. Nei casi di contestazione chiusa invece il momento a partire dal quale si registrerà l'interruzione giudiziale della permanenza coinciderà con il termine finale della condotta contestata dal pubblico ministero: le condotte successive del reo, dunque, integreranno reati autonomi rispetto a quello oggetto di contestazione, che potranno essere perseguiti e puniti autonomamente.

Quindi, per il Giudice delle leggi non sussiste alcun vuoto di tutela: a tutti i reati autonomi, seppur omologhi, generati dall'interruzione giudiziale di un reato permanente – tanto a quelli caratterizzati da contestazione aperta, quanto a quelli, invece, a contestazione chiusa – può pacificamente applicarsi la disciplina di cui all'art. 671 c.p.p., sia per quello che concerne la disciplina del reato continuato (671 c. 1 c.p.p.), sia per quanto riguarda le disposizioni in materia di sospensione condizionale della pena (671 c. 3 c.p.p.).

Con riferimento alla tematica dell'individuazione del momento consumativo del reato, va fatto riferimento anche ai **reati a consumazione prolungata o a condotta frazionata** a cui in alcune occasioni la giurisprudenza ha fatto ricorso, come nel caso della truffa in cui il profitto consista nel giovare di una prestazione continuativa ovvero nel caso di usura qualora il prestito usurario venga rateizzato (sulla natura dell'usura si veda il paragrafo successivo).

Il reato a consumazione prolungata non identifica una categoria autonoma di reati ma un atteggiarsi di alcuni reati (come ad esempio, la truffa o l'usura) i quali possono perfezionarsi in un solo momento, nel senso che all'azione segue l'effetto lesivo che non si protrae nel tempo (si pensi al profitto immediato che non si ripete nel tempo derivante da un raggio) ovvero si caratterizzano per il fatto che dopo un'unica azione gli effetti lesivi continuano a prodursi (si pensi al raggio a cui conseguono prestazioni periodiche del truffato in favore del truffatore).

Pur se **la differenza tra il reato a consumazione prolungata ed il reato eventualmente permanente** non è netta, deve ritenersi che nel primo la situazione antigiuridica persistente non è determinata da un singolo atto, ma si articola in distinti e

autonomi momenti cronologici (ad esempio, dopo il raggiro il truffatore riceve ripetutamente le prestazioni patrimoniali dal truffato), mentre nel secondo l'azione perdura ed è in forza di tale perdurare che persiste la situazione antigiuridica (ad esempio, gli associati continuano a mantenere in via l'organizzazione associativa criminale ovvero i sequestratori a trattenere il sequestrato). Dunque, nel reato a consumazione prolungata la condotta che determina il carattere durevole dell'offesa presenta tratti più complessi, ripetendosi nel tempo in frazioni criminose singolarmente isolabili (ad esempio, il procurare periodicamente a sé *l'ingiusto profitto con altrui danno patrimoniale* da parte del truffatore ovvero il *farsi dare* periodicamente la prestazione usuraria da parte dell'usuraio).

Il riconoscimento del reato a consumazione prolungata comporta la configurabilità di uno stato di permanenza dell'offesa in riferimento ad una pluralità di azioni che reiterano periodicamente nel tempo la medesima condotta tipica, *senza che perciò venga meno l'unicità del reato*. Pertanto, nonostante la presenza di più condotte tipiche che si succedono nel tempo *si è in presenza di un solo reato e non di più reati quante sono le condotte tipiche reiterate* (anche perché sono il frutto di una condotta originaria, cioè il raggiro nella truffa o la pattuizione usuaria nell'usura).

Tratto comune del reato a consumazione prolungata e del reato permanente è che l'offesa perdura nel tempo, sicché anche nel primo il momento finale del reato coincide con lo spirare degli effetti lesivi (ad esempio, con la cessazione dei pagamenti nella truffa caratterizzata dal succedersi di più pagamenti ovvero con il pagamento dell'ultimo rateo contenente interessi usurari nell'usura), sicché, ad esempio, la prescrizione non può che decorrere da tale momento (art. 158 c.p.) e se un soggetto fornisce un contributo alla lesività degli effetti dell'azione originaria risponde del reato in qualità di concorrente (si pensi, a chi riscuote la prestazione dal truffato ovvero il rateo dalla vittima dell'usura).

La diversità sussiste nella successione leggi nel tempo, nel senso che, nel reato a consumazione prolungata, le azioni ripetute nel tempo vanno considerate, agli effetti della successione di leggi, come distinti fatti illeciti, così la nuova norma incriminatrice o che prevede la nuova sanzione penale è applicabile solo alle azioni commesse successivamente alla sua entrata in vigore. Diversamente, nel reato permanente, stante il suo carattere unitario, si dovrà risalire fino all'inizio della permanenza nell'applicazione della nuova sanzione penale la cui norma è entrata in vigore prima della cessazione della permanenza. Invero, ai fini della successione di leggi nel tempo in caso di reato permanente occorre guardare al tempo dell'ultimo atto e applicare la norma a tale epoca vigente (v. infra Cass. 21.1.2008, n. 3102 e Cass., sez. III, 19.7.2011, n. 30388).

Come accennato, la Suprema Corte ha invocato la figura del reato a consumazione prolungata con riferimento al **reato di usura** (v. paragrafo successivo), al **reato di truffa** (cfr. Cass. n. 43347/2009, per cui integra il reato di truffa contrattuale la condotta del funzionario di banca il quale, minimizzando i rischi e non rivelando con completezza tutti gli elementi dell'operazione finanziaria proposta al cliente (nella specie: vendita di prodotti finanziari atipici, cosiddetti "swaps"), consapevolmente tragga vantaggio per conto dell'istituto di credito, ai fini della vendita medesima, dall'inesperienza e dalla ignoranza in materia del compratore; ha specificato la Corte che il reato in oggetto è a consumazione prolungata, cioè si realizza ogni volta in cui si determina - alla scadenza di ogni contratto sottoscritto dall'investitore - la sua perdita economica con il profitto ingiusto per la banca, mentre la condotta dell'agente perdura, ugualmente, fino alla scadenza di ogni singolo contratto) ed al **reato di truffa aggravata ai danni di enti pubblici per percezione indebita di finanziamenti e contributi erogati in più soluzioni** (Cass., sez. II, 11.2.2015, n. 6864, per cui nella truffa c.d. a consumazione prolungata, configurabile quando la frode è strumentale al conseguimento di erogazioni pubbliche il cui versamento viene rateizzato, il momento della consumazione del reato - dal quale far decorrere il termine iniziale ai fini della maturazione della prescrizione - è quello in cui è stata posta in essere l'ultima azione utile finalizzata ad ottenere l'erogazione dell'ulteriore "tranche" di finanziamento; v. anche Cass. 12 novembre 2010, n. 40107; Cass. 21.1.2008, n. 3102, in tema di *confisca per equivalente* per le persone fisiche (art. 322 ter c.p.) e per le persone giuridiche (art. 19 della legge n. 231/2001), in relazione a somme percepite anteriormente all'entrata in vigore di dette norme: in questa decisione la Corte, escludendo il carattere permanente del reato, la cui struttura unitaria avrebbe indotto a ritenere l'operatività della nuova misura della confisca/sequestro per equivalente alle percezioni di denaro anteriori all'entrata in vigore della legge che l'ha

introdotta (come visto, ai fini della successione di leggi nel tempo in caso di reato permanente occorre guardare al tempo dell'ultimo atto e applicare la norma a tale epoca vigente), ha optato per la tesi del reato a consumazione prolungata ammettendo così la confisca/sequestro per equivalente solo per le percezioni di denaro successive alla predetta entrata in vigore; nello stesso senso, Cass., sez. III, 19.7.2011, n. 30388, per cui la confisca per equivalente è applicabile alle sole somme ed al conseguente profitto percepiti dopo l'entrata in vigore dell'art. 640 quater c.p., introdotto dal l'art. 3, comma 2 l. n. 300/2000; v. anche Cass. 30.6.2006, n. 3615, in tema di applicazione di una misura cautelare interdittiva ai danni di una società in base al D.Lgs. n. 231/2001; in ordine al momento consumativo, si è osservato che la fattispecie di truffa ai danni dello Stato per percezione di prestazioni indebite di finanziamenti e contributi la cui erogazione sia rateizzata periodicamente nel tempo, non è un reato permanente, né un reato istantaneo ad effetti permanenti, bensì un reato a consumazione prolungata, giacché il soggetto palesa la volontà, fin dall'inizio, di realizzare un evento destinato a durare nel tempo. Ne discende che, ai fini della consumazione del reato, non viene in considerazione il tempo e il luogo in cui viene emesso il provvedimento concessorio dei finanziamenti e/o si realizza la "deminutio patrimonii" per l'ente pubblico, bensì il tempo e il luogo in cui il soggetto attivo concretamente percepisce l'ingiusto profitto consistente nelle indebite erogazioni pubbliche: solo in tale momento si consolida la loro definitiva perdita da parte del "deceptus". Il momento consumativo del reato, ove le indebite erogazioni pubbliche siano state effettuate in via frazionata, coincide, quindi, con la cessazione dei pagamenti, che segna anche la fine dell'aggravamento del danno, cfr. Cass., Sez. II, 15.11.2013, n. 4462).

Analogamente, la Suprema Corte in tema di **indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato** (art. 316 ter c.p.) ha affermato che reato si consuma nel momento in cui si realizza l'ultima indebita percezione, per cui è da questo momento che decorre la prescrizione (Cass., sez. II, 5 dicembre 2013, n. 48820).

Altro reato astrattamente configurabile come reato a consumazione prolungata è il reato di **riciclaggio** di cui all'art. 648 bis c.p. Infatti, integra di per sé un autonomo atto di riciclaggio, poiché il delitto di riciclaggio è a forma libera e potenzialmente a consumazione prolungata, attuabile anche con modalità frammentarie e progressive, qualsiasi prelievo o trasferimento di fondi successivo a precedenti versamenti, ed anche il mero trasferimento di denaro di provenienza delittuosa da un conto corrente bancario ad un altro diversamente intestato, ed acceso presso un differente istituto di credito (Cass., sez. II, 13.6.2016, n. 24401; Cass., sez. II, 7 gennaio 2011, n. 546, in applicazione del principio, la Corte ha affermato che il termine di prescrizione, trattandosi di reato continuato, decorre dalla data di ogni singolo prelievo o trasferimento documentalmente individuabile).

Si è ancora ritenuto, in tema di **estorsione**, che integra il reato di concorso in estorsione (art. 110, 629 c.p.) - e non quello di favoreggiamento reale - la condotta di colui che garantisce la regolare percezione del "pizzo" mensile corrisposto dalla vittima dell'estorsione, considerato che la rateizzazione del pizzo dà luogo ad un reato a consumazione prolungata o progressiva e che, in costanza di reato, qualsivoglia aiuto fornito all'autore materiale è punibile a titolo di concorso, in quanto finalizzato a tradursi in sostegno per la protrazione della condotta criminosa Cass. Sez. V, 5.11.2010, n. 4919).

Infine, va evidenziato che la giurisprudenza costante ritiene che il **furto** (quindi un reato normalmente istantaneo) **di energia elettrica** rientra tra i delitti a consumazione prolungata (o a condotta frazionata), perché l'evento continua a prodursi nel tempo, sebbene con soluzione di continuità, sicché le plurime captazioni di energia che si susseguono nel tempo costituiscono singoli atti di un'unica azione furtiva, e spostano in avanti la cessazione della consumazione fino all'ultimo prelievo (tra le altre Cass. 22.1.2010, n. 1201; Cass. 14.1.2010, n. 1537; App. Palermo 11.3.2011, n. 837; Trib. Bari 4.3.2011, n. 468, in applicazione del principio, tali sentenze hanno ritenuto che il delitto è flagrante se all'atto dell'intervento della P.G. la captazione di energia elettrica è ancora in atto).