

TEMI ROMANA 2002

DIRITTO PENALE

a cura di

Maurizio Bellacosa

Nell'ampio panorama giurisprudenziale di questa sezione si offrono all'attenzione del lettore importanti decisioni in tema di: importazione di sostanze stupefacenti anche relativamente all'uso personale; esercizio putativo del diritto di cronaca e verifica delle fonti della notizia; azioni rapide ed insidiose nel reato di violenza sessuale; ammissibilità della perizia medica per accertare la capacità di intendere e volere ai fini della convalida di arresto; rilevanza interruttiva della causa preesistente; dichiarazione di contumacia nel processo minorile.

CORTE DI APPELLO DI ROMA

SENT.	DEP. 10 DICEMBRE 2001 N. 6603/01
-------	-------------------------------------

SEZIONE	III SEZ. PENALE
---------	-----------------

PRESIDENTE	A. MAISTO
------------	-----------

RELATORE	F. LIBERTI
----------	------------

P.M.	A. MARINI
------	-----------

È corretta la qualificazione giuridica del fatto come atti sessuali ex art. 609 bis c.p., a nulla rilevando che il gesto compiuto dall'imputato, tenuto conto del particolare contesto, non possa ritenersi diretto allo sfogo della sua concupiscenza.

L'elemento della concupiscenza sessuale rientra tra le precedenti nozioni di atti di libidine violenta e l'attuale nozione di atti sessuali

Svolgimento del processo

Con sentenza del Tribunale di Roma, in data 5 dicembre 2000, A.T. è stato riconosciuto responsabile del reato di violenza sessuale in danno di M.P. e di atti osceni e condannato, con attenuanti generiche, alla pena di anni uno e mesi tre di reclusione ed alla pena accessoria dell'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela ed alla curatela, pena sospesa. È stato condannato inoltre a risarcire alla M.P. il danno non patrimoniale conseguente ai reati, liquidato equitativamente in £. 25.000.000. La domanda di risarcimento del danno patrimoniale è stata rigettata.

Omissis

È corretta la qualificazione giuridica del fatto come atti sessuali ex art. 609 bis c.p., a nulla rilevando che il gesto compiuto dall'imputato, tenuto conto del particolare contesto, non possa ritenersi diretto allo sfogo della sua concupiscenza. È certo che la nuova normativa, introdotta con la legge 15 febbraio 1996 n. 66, privilegia l'aspetto oggettivo del reato rispetto a quello soggettivo come avveniva in precedenza per gli atti di libidine, come risulta evidente dalla diversa collocazione di questi reati fra i delitti contro la persona, anziché tra quelli contro la moralità e il buon costume, e dal diverso bene giuridico protetto. Di conseguenza, la sfera della sessualità cessa di appartenere al generico patrimonio collettivo della moralità e del buon costume e diviene diritto della persona umana di gestire liberamente la propria sessualità e la violazione di detto diritto costituisce offesa alla dignità della persona.

E dunque l'illiceità del comportamento deve essere valutata alla stregua del rispetto dovuto alla persona umana e della sua attitudine ad offendere la libertà di determinazione della sfera sessuale ed è disancorata dall'indagine sull'impatto nel contesto sociale e culturale in cui il fatto avviene, in quanto punto focale è la disponibilità della sfera sessuale da parte della persona che ne è titolare (cfr. Cass. Sez. III, 2 maggio 2000, ric. Calò in Giust. Penale 2001 parte II pag. 470).

Ancora sui reati sessuali

La sentenza *de qua* presta il fianco ad obiezioni, concernenti questioni penali di carattere generale, le quali, a loro volta, si innestano sulle problematiche specifiche dei reati di violenza sessuale.

In particolare, la Corte di Appello di Roma, pur constatando che "il gesto compiuto dall'imputato, tenuto conto del particolare contesto, non possa ritenersi diretto allo sfogo della sua concupiscenza", ha considerato detta circostanza del tutto irrilevante e, dunque, corretta la qualificazione del fatto, risalente al 19 settembre 1995, come atti sessuali ex art. 609 bis c.p..

Nel caso di specie assume, pertanto, peculiare risalto la tematica afferente alla successione di leggi penali nel tempo, in quanto i fatti sono antecedenti all'entrata in vigore della legge 15 febbraio 1996 n. 66 e, in linea di principio, sembre-

rebbero riconducibili tanto alla normativa precedente, quanto a quella sopravvenuta.

Al riguardo, secondo un primo filone giurisprudenziale, "la nozione di atti sessuali cui fa riferimento l'art. 609 *bis* c.p. nasce dalla semplice somma delle due nozioni di congiunzione carnale e atti di libidine che la legislazione previgente considerava" (sez. III 99/225100) e quindi, poiché negli atti di libidine violenta

venivano ricondotti tutti gli atti che fossero espressione di concupiscenza,¹ altrettanto dovrebbe dedursi in relazione all'attuale nozione di atti sessuali.

Ne deriva che, secondo questa ricostruzione, l'eccitamento della concupiscenza sessuale rimane elemento ineliminabile della condotta, destinato ad incidere, anche in riferimento al nuovo art. 609 *bis* c.p., sia sul piano della tipicità, che su quello della colpevolezza; deve perciò necessariamente escludersi che un gesto privo della componente

lasciva, come quello in esame, esuli dalla portata della stessa norma e non possa essere ad essa ricondotto.

Non a caso, infatti, la conclusione cui perviene la Corte d'appello di Roma nella sentenza in oggetto, trae origine da una diversa interpretazione giurisprudenziale secondo cui la nuova normativa, in virtù del diverso bene giuridico protetto, privilegierebbe (rispetto a quanto avveniva in precedenza per gli atti di libidine violenta) l'aspetto oggettivo del reato, rispetto a quello soggettivo, rendendo così sostanzialmente irrilevante l'elemento della concupiscenza sessuale dell'agente, con conseguente allargamento della portata incriminatrice del nuovo art. 609 *bis* c.p. rispetto al precedente art. 521 c.p.

Ma pur volendo accreditare maggiormente questa diversa chiave di lettura, per i fatti avvenuti prima dell'entrata in vigore della novella legislativa del 1996 - come la vicenda *de qua* - non potrebbe comunque invocarsi l'applicazione dell'art. 2 comma 3 c.p., poiché questo presuppone necessariamente un rapporto di continuità tra la norma precedente e quella successiva; ciò al fine di scongiurare i rischi di un'incriminazione *ex post* mediante un ampliamento della sfera di punibilità, che sarebbe in palese violazione del principio di irretroattività della legge penale di cui agli artt. 25 comma 2 Cost. e 2 comma 1 c.p.²

Proprio ciò è, invece, avvenuto nel caso *de quo*, in quanto, per superare l'obiezione formulata circa l'assenza dell'elemento della concupiscenza nella sfera psicologica eolitiva dell'imputato, è stata allargata la portata incriminatrice dell'art. 609 *bis* c.p., rispetto al delitto di cui all'art. 521 c.p., facendo poi arbitrariamente retroagire la nuova norma, considerandola - in astratto, anziché in concreto - più favorevole all'agente.

Non si può tacere, poi, che risulta contraddittorio sostenere, come argomentato dalla Corte d'Appello, un avvenuto ampliamento del contenuto oggettivo del reato disgiunto da quello soggettivo.

Si tratta invero di due piani distinti, ma in rapporto di mutua implicazione, essendo ormai pacifico che l'oggetto del dolo debba essere individuato proprio sul fatto tipicamente previsto dalla norma incriminatrice e non sull'evento; ciò trova conferma, tra l'altro, nell'art. 47 c.p. in tema di errore, che, com'è noto, rappresenta il rovescio della componente conoscitiva del dolo.

Solo così infatti l'elemento oggettivo e quello soggettivo del reato si saldano insieme, dando piena espressione al principio di legalità in materia penale.

In ogni caso, a prescindere dalla fattispecie concreta, sembra preferibile ritenere che, così come non si può espungere dal precedente delitto di cui all'art. 521 c.p. l'elemento della concupiscenza, altrettanto vada riconosciuto in relazione all'attuale nozione di atto sessuale.

Al riguardo, quindi, si ritiene preferibile aderire all'interpretazione giurispru-

¹ Cfr., tra le altre, Cass., sez. III, 10-6-1996, n. 66, in cui espressamente si riconosce come negli atti di libidine violenta andavano ricompresi tutti gli atti che fossero espressione di concupiscenza.

² Così, sul punto, Padovani, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1369 ss.; Fiandaca Musco, *Diritto penale, parte generale*, III ed., Bologna, 1995, p. 77.

denziale, secondo cui "l'antigiuridicità della condotta resta connotata da un requisito soggettivo (la finalizzazione all'insorgenza o all'appagamento di uno stato psichico di desiderio sessuale), che si innesta sul requisito oggettivo della concreta idoneità del comportamento a compromettere la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo nella sua sfera sessuale (sez. III 96/207298)".³

³ Dello stesso tenore, Cassazione, 11/11/96, 2092; inoltre, più recentemente, Cassazione, Sez. III, 00/217017.

⁴ Così, già prima della riforma, Fiandaca, *Violenza sessuale*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1993, p. 953.

Svuotando il concetto di atto sessuale dal suo contenuto più qualificante - costituito dall'eccitamento della concupiscenza sessuale - si rischia, infatti, di dilatare a dismisura la sfera di operatività dell'art. 609 *bis* c.p.

In realtà, la nozione di atto sessuale presenta già di per sé confini assai labili ed è, dunque, carente sotto il profilo della tassatività e sufficiente determinatezza,⁴ per cui assume particolare rilevanza l'individuazione di una soglia minima al di sotto della quale un atto non può più

considerarsi sessuale e, a tal fine, appare imprescindibile proprio il riferimento all'elemento della concupiscenza.

Quest'ultimo non può essere ridotto a mero movente soggettivo, ma deve necessariamente incidere sul previo piano della tipicità, imprimendo una specifica connotazione obiettiva all'offesa.

Se così non fosse, infatti, si correrebbe il rischio di ricomprendere nel novero delle condotte rilevanti ex art. 609 *bis* c.p. qualsiasi atto invasivo della persona altrui, anche se del tutto sganciato dalla sfera sessuale, lasciando così all'organo giudicante una discrezionalità ai limiti dell'arbitrio nel ricondurre anche atti a valenza "neutra" (o, come nel caso di specie, volti ad intimidire rafforzando una minaccia) nella fin troppo generica nozione di atti sessuali.

Alessandro Roiati

TRIBUNALE PENALE DI ROMA

SEZIONE	VII
GIUDICE	VITTORIO PAZIENZA
SENT.	29 GENNAIO 2003

Art. 73 DPR 309/90. Detenzione sostanza stupefacente. Quantitativo non modesto. Uso personale. Il fatto non costituisce reato.

Art. 4 L. 110/75. Porto di oggetto atto ad offendere. Coltello a serramanico. Esclusione di potenzialità di offesa alla persona. Il fatto non sussiste.

La finalità dell'uso personale nell'ipotesi di condotta costituita da detenzione ha efficacia scriminante a prescindere dalla quantità di droga detenuta.

Non può essere considerato ingiustificato il porto fuori dalla propria abitazione o delle appartenenze di essa di un coltello a serramanico che venga utilizzato per il taglio dello stupefacente.

Il fatto

G.A. veniva rinviato a giudizio innanzi al Tribunale di Roma in composizione monocratica per i reati di cui agli artt. 73 DPR 309/90, perché illegalmente deteneva gr. 204,9 lordi della sostanza stupefacente del tipo hashish, e 4 L. 110/75 perché illegalmente portava fuori dalla propria abitazione o delle appartenenze di essa un coltello a serramanico con lama di cm 10.

La difesa dell'imputato chiedeva l'assoluzione per entrambi i capi dell'imputazione. Il Tribunale assolveva l'imputato, sia dall'accusa di detenzione a fine di spaccio

perché il fatto non costituisce reato, sia dall'accusa di porto di coltello fuori dalla propria abitazione o delle appartenenze di essa perché il fatto non sussiste:

P.Q.M.

Visto l'art. 530, comma due cpp,
 assolve G. A. dal reato a lui ascritto al capo a) perché il fatto non costituisce reato;
 dalla residua imputazione a lui ascritta perché il fatto non sussiste.
 Ordina la confisca e la distruzione dello stupefacente in sequestro.
 Restituzione al G. di quanto altro in sequestro.
 Termine deposito motivazione giorni 30.

Le ragioni della decisione

Il Tribunale non ha ritenuto provata la responsabilità dell'imputato in ordine al reato di cui all'art. 73 L. Stup. ancorché il quantitativo della droga sequestrata fosse tutt'altro che modesto.

Il Giudicante ha, infatti, accolto la tesi difensiva dell'uso personale sul presupposto che l'imputato, dichiaratosi consumatore abituale di hashish, ne avesse giustificato la detenzione in quella quantità non trascurabile per farne scorta e consumarla nel tempo.

La quantità di sostanza, anche piuttosto elevata (come nel caso di specie, 250 gr quella complessiva sequestrata, oltre 200 gr. Quella di cui all'imputazione), non è sufficiente di per sé a connotare sotto un profilo penalmente rilevante la condotta in contestazione quando la stessa è supportata dall'intenzione dell'agente di farne un uso esclusivamente personale ed in mancanza di elementi oggettivi che possano far pensare ad una finalità di cessione a terzi.

Quanto alla detenzione del coltello, il Giudice ha rinvenuto nel particolare utilizzo che l'imputato voleva farne (il taglio dell'hashish) il giustificato motivo che ai sensi di legge può scriminarne il porto, altrimenti, penalmente sanzionato.

Nella fattispecie il coltello sequestrato all'imputato era stato rinvenuto dalla polizia giudiziaria nella sua auto e lo stesso recava, per stessa ammissione degli operanti, evidenti tracce di hashish.

Pertanto, al di là della liceità penale dell'uso personale di sostanze stupefacenti, l'utilizzo per il taglio della sostanza che l'imputato voleva fare del coltello è stato ritenuto motivo valido a giustificare il porto al di fuori dalla propria abitazione o delle appartenenze di essa.

La sentenza si segnala per avere, in assenza di elementi oggettivi tali da far ragionevolmente presumere una finalità diversa dall'uso personale, ritenuto non provata la finalità di spaccio anche in presenza di un quantitativo significativo di sostanza stupefacente - in ciò inserendosi nell'orientamento più avanzato e condivisibile della giurisprudenza in materia - e soprattutto - ed è in ciò la vera novità della decisione del Tribunale capitolino - per non aver ritenuto apoditticamente ingiustificato, ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 4 L. 110/75, un utilizzo, certo non da encomio, come quello (del taglio dell'hashish) sopra riferito.

Stefano Troiano

AGOSTINA LATINO

I NUOVI REATI DI TERRORISMO INTERNAZIONALE

I. L'art. 270 bis c.p. ante riforma

Gli attentati dell'11 settembre 2001 contro gli Stati Uniti hanno determinato sul piano internazionale l'adozione di numerose e diverse misure finalizzate a combattere il terrorismo. Sul piano interno, il nostro legislatore, rilevata la preoccupante carenza normativa, soprattutto in materia di terrorismo trans-nazionale, ha ritenuto opportuno intervenire emanando il decreto legge 374 del 18 ottobre 2001 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 19.X.2001 n. 244), convertito, con modificazione, dalla legge 438 del 15 novembre 2001 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale 18.XII.2001 n. 293), di cui ci proponiamo di esaminare gli aspetti più significativi.¹

Il provvedimento è volto ad adeguare la normativa italiana, focalizzata sulla minaccia del terrorismo interno, alla grave emergenza del terrorismo internazionale. La nostra analisi deve dunque prendere le mosse dalla versione originaria dell'art. 270 bis (introdotto nel codice penale con il cosiddetto *decreto Cossiga* del dicembre 1979)² inserito nel codice penale in una situazione di emergenza contingente, ossia il terrorismo interno che caratterizzò quegli anni.

L'art. 270 bis così recitava:

Associazione con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico.

1. Chiunque promuove, costituisce, organizza o dirige associazioni che si propongono il compito di atti di violenza con fini di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni.

2. Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da quattro a otto anni.

Nell'esegesi della norma, colpisce innanzitutto la discrasia esistente, dovuta a un emendamento approvato in sede di conversione del decreto, fra la rubrica dell'articolo e il testo dello stesso poiché in quest'ultimo non è dato riscontrare il riferimento alla finalità di terrorismo presente nella rubrica, talché si rende penalmente illecita la sola condotta diretta al compimento di atti di violenza con fini di eversione dell'ordine democratico. Tale soluzione di continuità tra la rubrica dell'articolo e il suo testo è stata variamente interpretata dalla dottrina: alcuni autori hanno inteso la mancata menzione della finalità di terrorismo nel testo come una considerazione implicita da parte del legislatore di complementarità tra eversione e terrorismo, poiché entrambe le *figurae criminis* si riporterebbero a un unico intento. Si è sostenuto infatti che a entrambi i fenomeni è sottesa un'unica finalità: in tutti e due i casi ciò che connota l'azione è la violenza determinata

1 Oggetto della nostra analisi saranno solamente le norme sostanziali definitorie del fenomeno del terrorismo internazionale e dell'assistenza agli associati. Occorre peraltro ricordare che altre disposizioni integrano il sistema penale di prevenzione e repressione in materia, tra le quali: la previsione dei fenomeni di terrorismo internazionale tra quelli che comportano l'applicazione dell'aggravante comune delle finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine costituzionale, contemplata dal decreto legge 15 dicembre 1979, n. 625, convertito nella legge 6 febbraio 1980, n. 15; l'estensione delle disposizioni in tema di misure di prevenzione per coloro che operanti in gruppo o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato con la commissione di reati con finalità di terrorismo anche internazionale. Dal punto di vista dell'attività investigativa dobbiamo registrare modifiche tese ad estendere le disposizioni sull'arresto obbligatorio in flagranza di reato, sulle intercettazioni e sulle perquisizioni per i delitti di terrorismo internazionale. Il decreto in argomento introduce anche la particolare scriminante delle attività sotto copertura, modellata in analogia con quelle già presenti nell'ordinamento.

Inoltre, vengono modificate le disposizioni relative alle intercettazioni preventive con la sostituzione dell'art. 226 delle norme di attuazione del c.p.p. Completano il pacchetto di misure antiterrorismo alcune varianti alle disposizioni sulle

prove e in tema di notificazioni, alleggerendo i compiti della polizia giudiziaria nello specifico settore.

² Art. 3 decreto legge 15 dicembre 1979, n. 625 convertito con modificazioni dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15.

da motivazioni ideologiche, talché la finalità terroristica è tesa all'eversione dell'ordine democratico, e lo scopo eversivo si persegue attraverso lo spargimento di terrore.³

³ DALLA, Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione, Enciclopedia del Diritto, XLII, p. 219.

Tale ricostruzione è stata confutata dalla gran parte della dottrina, supportata dalla prassi della Cassazione. In effetti, i due concetti vanno distinti: costituisce finalità di terrorismo quella di incutere terrore nella collettività con azioni criminose indiscriminate, dirette cioè non contro

le singole persone ma contro quello che esse rappresentano o, se dirette contro la persona indipendentemente dalla sua funzione nella società, miranti ad incutere terrore per scuotere la fiducia nell'ordinamento costituito e indebolirne le strutture. La finalità di eversione si identifica, invece, nel fine più diretto di sovvertire l'ordinamento costituzionale e di travolgere l'assetto pluralistico e democratico dello Stato disarticolandone le strutture, impedendone il funzionamento o deviandolo dai principi fondamentali che costituiscono l'essenza dell'ordinamento stesso. Possono ben darsi quindi associazioni che abbiano lo scopo di incutere terrore nella collettività, senza peraltro avere l'obiettivo di sovvertire l'ordinamento costituzionale e democratico dello Stato e, viceversa, gruppi eversivi che tendano a porre in essere - ad esempio - un incruento colpo di Stato (dunque, un'attività *in re ipsa* volta a sovvertire l'ordinamento costituzionale) senza per questo adottare mezzi che incutano panico e terrore nel corpo sociale. La *voluntas legis* secondo questa seconda accezione colpisce quindi la sola condotta con finalità di eversione posta in essere da un'associazione, poiché vuol sanzionare in modo più incisivo chi, attraverso un accordo fra due o più persone, abbia stabilito di mettere insieme beni o prestazioni e di coordinare le proprie attività per la realizzazione di un fine comune, ossia l'eversione, adottando come mezzi una serie indeterminata di azioni di tipo terroristico. Dunque, poiché il terrorismo può essere perpetrato sia da una persona sola, sia da una *societas sceleris* del tipo di cui sopra, la finalità di terrorismo costituirebbe un'aggravante specifica, secondo il dettato dell'art. 1 della legge 6 febbraio 1980, n. 15, e non un elemento costitutivo del reato.

Ciò che ai nostri fini è ancora più rilevante, è che nella struttura della fattispecie descritta dall'art 270 bis, in cui è inserita una condizione territoriale di punibilità, posto che la condotta illecita deve realizzarsi nel territorio dello Stato, il soggetto passivo è identificato esclusivamente nello Stato come ente democraticamente strutturato. La Cassazione ha dunque ritenuto che le finalità eversive di gruppi operanti sul territorio nazionale sono indifferenti ai fini della possibile integrazione dell'art. 270 bis c.p. quando queste dirigano la loro azione non contro lo Stato italiano, ma contro un altro Stato estero: ossia non è configurabile il reato di cui all'art. 270 bis c.p. (ferma restando l'eventuale sussumibilità del fatto sotto altre ipotesi di reato, con particolare riguardo a quella di cui all'art. 416 bis c.p.) qualora le finalità di eversione e terrorismo che caratterizzano l'associazione non riguardino l'ordinamento costituzionale italiano ma ordinamenti esteri.

2. L'art. 270 bis c.p. novellato

Proprio a fronte di tale lacuna normativa, il legislatore è intervenuto varando in via d'urgenza il decreto legge n. 374/2001. Nella versione originaria la fattispecie di terrorismo internazionale veniva introdotta con un articolo *ad hoc*, il 270 ter.

Art. 270-ter. (*Associazioni con finalità di terrorismo internazionale*)

1. Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige, finanzia anche indirettamente associazioni che si propongono il compimento all'estero, o comunque ai danni di uno Stato estero, di un'istituzione o di un organismo internazionale, di atti di violenza su persone o cose, con finalità di terrorismo, è punito con la reclusione da sette a quindici anni

2. Chiunque partecipa alle associazioni indicate nel comma 1 è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

In sede di conversione, a fronte di una struttura pressoché identica all'art. 270 bis, si è preferito apportare delle glosse a quest'ultimo che ora nella versione novellata recita:

Associazioni con finalità di terrorismo *anche internazionale* o di eversione dell'ordine democratico:

1. Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o *finanzia* associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza *con finalità di terrorismo* o di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni.

2. Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

3. *Ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione ed un organismo internazionale.*

4. *Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego* (corsivo nostro)

La scelta di riformulare l'art. 270 bis, configurando un nuovo delitto cumulativo, appare opportuna anche alla luce della considerazione che perseguendo tale via si superano, da un lato, i problemi di coordinamento, e, dall'altro, i rilievi critici che abbiamo testé esaminato, ossia la discrasia fra rubrica e testo dell'articolo, poiché la finalità di terrorismo viene ripresa per esteso nel dettato della norma. Inoltre, occorre sottolineare che nel testo dell'art. 270 ter, di cui al decreto, posto che le azioni terroristiche sanzionate dovessero essere dirette verso uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, rimanevano invariate le sottolineate contraddizioni quanto alla possibilità di ricomprendere nella competenza *ratione materiae* della norma le azioni terroristiche programmate ai danni dello Stato italiano. Abbiamo visto, infatti, che l'art. 270 bis nell'enunciare la punibilità delle associazioni connotate dalla finalità di eversione non è applicabile, per prassi uniforme, alle associazioni terroristiche prive di tale caratteristica teleologica: tale impostazione è implicitamente confermata dal legislatore poiché questi, nella versione novellata, tanto nella rubrica dell'articolo, quanto nel testo della norma adotta la congiunzione "o" che sottolinea la distinzione fra i concetti di terrorismo e di eversione.

Peraltro, anche la nuova formulazione dell'art. 270 bis presta il fianco ad alcune considerazioni critiche.

Innanzitutto, manca uno sforzo definitorio della fattispecie incriminata: il terrorismo viene tautologicamente inteso quale atto posto in essere attraverso il compimento di azioni violente, supponiamo capaci di provocare terrore in modo diffuso; anzi, oseremmo dire che la norma non definisce affatto il fenomeno, atteggiamento, quest'ultimo che, se da un lato può essere vantaggioso, attesa l'estrema variabilità delle attività criminose in cui può concretarsi, di per sé difficilmente inquadrabile in una rigida e necessariamente restrittiva disposizione di legge, dall'altro è, inevitabilmente, fonte di numerose incertezze. Ebbene, tale indeterminatezza potrebbe essere contraria a quanto prescritto dall'art. 25 della nostra Costituzione, che, come è noto, impone al legislatore penale il principio di tassatività, in base al quale questi deve uniformarsi a una tecnica di formulazione della norma in guisa tale da assicurare una precisa configurabilità della fattispecie legale, ossia a rendere agevolmente desumibile ciò che è penalmente lecito e ciò che è penalmente illecito (*nullum crimen sine lege poenali scripta et stricta*), e consentire al giudice l'individuazione del tipo di fatto in modo da assicurare una corrispondenza tra fatto storico che concretizza un determinato illecito e il relativo modello astratto. Vero è che una definizione esaustiva del fenomeno di terrorismo non è di facile riscontro: le Convenzioni internazionali in tema, pro-

prio a fronte della difficoltà di individuare una nozione completa dalla fattispecie universalmente accettabile, hanno preferito un approccio settoriale a tale

figura criminis, approntando sistemi preventivi-repressivi di singole ipotesi.⁴

Nell'ambito del diritto penale, per ciò che concerne la disciplina sanzionatoria del terrorismo, il legislatore ha a disposizione tre approcci possibili: redigere un elenco che menzioni esplicitamente le organizzazioni e i gruppi definiti terroristici, predisporre una lista dei beni tutelati e dei speculari comportamenti lesivi o optare per una norma penale generale-astratta. Le prime due tecniche legislative offrono il vantaggio di assicurare la massima trasparenza, laddove la terza affida al giudice il compito di concretizzare la norma generale-astratta applicandola alla singola fattispecie. Peraltro, l'elenco andrebbe aggiornato regolarmente, e potrebbe essere incompleto, inadeguato, e contestato - vuoi, a livello interno, perché potrebbe suscitare critiche e dissenso nell'opinione pubblica, vuoi, a livello internazionale, poiché altri Stati potrebbero essere contrari alla menzione di determinati gruppi od organizzazioni nell'elenco oppure, inversamente, potrebbero considerare incompleto l'elenco. Gli argomenti accennati a scapito della soluzione offerta dalla redazione di un elenco, costituiscono probabilmente altrettante ragioni a favore di una disciplina generale-astratta del reato di terrorismo.

Peraltro, hanno optato per i primi due tipi di tecniche legislative che definiscono il fenomeno facendo riferimento, ad esempio, ai beni protetti (incolumità personale, luoghi e strutture oggetto dell'attentato) - fra gli altri - il legislatore statunitense,⁵ il codice penale francese,⁶

terroristici con esplosivo; la Convenzione di New York del 9 dicembre 1999 per la repressione del finanziamento del terrorismo). L'approccio settoriale è determinato, da un lato, dal fatto che le Convenzioni elencate sono state elaborate - anche - sotto la spinta di episodi terroristici particolarmente eclatanti; dall'altro, dalla considerazione che la formulazione di fattispecie specifiche ha consentito di superare i problemi derivanti dalle diverse impostazioni ideologiche degli Stati, che sarebbero state difficilmente superabili qualora si fosse tentato di enucleare principi generali. Se ciò ha consentito il raggiungimento del maggior numero di consensi possibili sulla definizione delle singole fattispecie, ha per contro determinato che non si è addivenuti a una definizione generale del fenomeno. La maggiore omogeneità degli Stati che fanno parte dell'Unione Europea, ha consentito di superare in parte queste difficoltà, pervenendo all'elaborazione della Convenzione europea per la repressione del terrorismo adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1977.

⁵ Con il *Provide Appropriate Tools*

Required to Intercept and Obstruct Terrorism, indicato con l'acronimo *Patriot Act*, gli Stati Uniti hanno predisposto un articolato e complesso sistema di norme che, da un lato, si focalizza sulla finalità degli atti posti in essere (ossia influire sulla condotta del governo con intimidazione o coercizione), dall'altro, elenca in modo esaustivo e articolato i beni protetti e le attività criminose.

Il testo del *Patriot Act*, promulgato il 2 ottobre 2001, si legge in <http://www.senate.org/legislative/index.html>.

⁶ Il 15 novembre 2001 l'Assemblea nazionale francese ha adottato la legge n.1062, in materia di sicurezza, che, al capitolo quinto, inserisce nuove disposizioni destinate a rafforzare il dispositivo legislativo vigente in materia di terrorismo, descrivendo in modo articolato tipi di condotte e beni protetti. In particolare, è stato modificato l'art. 421¹ del codice penale, che definisce gli atti terroristici come atti che puntano "a turbare gravemente l'ordine pubblico attraverso l'intimidazione o il terrore", includendo nella lista degli atti suscettibili di essere qualificati terroristici anche il

⁴ A partire dal 1963 sono stati conclusi, sotto l'egida delle Nazioni Unite, dodici convenzioni e protocolli, che dal punto di vista oggettivo, possiamo distinguere in convenzioni speciali e convenzioni generali. Le prime sono relative a singole fattispecie di reato: in particolare, a) il dirottamento di aeromobili (ricordiamo la Convenzione di Tokyo del 14 settembre 1963 concernente le infrazioni e taluni altri atti commessi a bordo di aeromobili; la Convenzione dell'Aja del 16 dicembre 1970 per la repressione della cattura illecita di aeromobili; la Convenzione di Montreal del 23 settembre 1971 per la repressione di atti illeciti contro la sicurezza dell'aviazione civile; il Protocollo di Montreal del 24 febbraio 1988 per la repressione degli atti illeciti di violenza negli aeroporti adibiti all'aviazione civile internazionale); b) il dirottamento di navi o le infrazioni alla sicurezza della navigazione (quali la Convenzione di New York del 17 dicembre 1979 contro la presa di ostaggi; la Convenzione di Montreal del 10 marzo 1988 per la repressione di atti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima; il Protocollo di Roma del 10 marzo 1988 per la repressione di atti illeciti contro la sicurezza delle piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale); c) il sequestro di agenti diplomatici (come ad esempio la Convenzione di New York del 14 dicembre 1973 sulla prevenzione e la repressione dei reati contro le persone che godono di una protezione internazionale, ivi compresi gli agenti diplomatici). Le convenzioni generali affrontano il complesso problema del terrorismo internazionale in modo globale (la Convenzione di Montreal del 15 dicembre 1997 per la repressione degli attentati

riciclaggio di denaro e l'insider trading. L'articolo 421²⁻² del codice penale, inoltre, configura come reato il finanziamento ad una associazione terroristica. Le nuove misure, adottate al fine di "disporre di mezzi assolutamente necessari alla lotta contro il terrorismo, alimentato dal traffico di stupefacenti e di armi, sostenuto anche dalle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione", si leggono per esteso in www.legifrance.gouv.fr/citoyen.

⁷ Il "Pacchetto anti-terrorismo", entrato in vigore dal 1° gennaio 2002, è un complesso normativo adottato dal Governo Federale nell'immediatezza degli attentati dell'11 settembre 2001, che riguarda, fra l'altro, l'introduzione nel c.p. del reato di partecipazione e supporto a gruppi terroristici, anche se privi di rilevante struttura e presenza in Germania; il rafforzamento e l'ampliamento delle competenze dell'Ufficio Federale per la tutela della Costituzione, tra i cui compiti viene ricompresa l'acquisizione e la valutazione delle informazioni su qualsiasi attività diretta contro la pacifica coesistenza dei popoli; l'ampliamento delle competenze del Servizio di controspionaggio militare e del Servizio di intelligence federale, che è autorizzato a richiedere alle società che forniscono servizi di telecomunicazioni le informazioni sui dati relativi all'utilizzo di tali servizi e anche informazioni sulle transazioni monetarie e sugli investimenti ad istituti di credito, istituti di servizi finanziari e società finanziarie, anche in relazione ai conti e ai titolari dei conti, nonché ad altre persone autorizzate; l'ampliamento delle competenze della Polizia di frontiera; una normativa concernente le associazioni al fine di dotare le autorità di sicurezza degli strumenti giuridici idonei a esercitare un controllo più incisivo nei confronti di gruppi religiosi, associazioni ideologiche e

la normativa tedesca,⁷ la legge olandese.⁸ Ebbene, probabilmente il ricorso a una simile impostazione, come anche la configurabilità del fine terroristico come aggravante di singole fattispecie criminose già previste nel nostro ordinamento, come avviene, ad esempio nella disposizione dell'art. 289 bis che prevede tale aggravante nel caso di sequestro di persona, avrebbe potuto sciogliere i dubbi sul rispetto del principio di determinatezza mossi nei confronti della versione novelata dell'art. 270 bis.⁹

Inoltre non può non menzionarsi la decisione-quadro sul terrorismo, adottata il 6 dicembre 2001 dal Consiglio dell'Unione Europea, che definisce come reato terrorista "gli atti intenzionali che, per loro natura o contesto, possono arrecare grave danno a un Paese o a un'organizzazione internazionale" quando "l'autore li commette allo scopo di intimidire gravemente una popolazione di un Paese o parte di essa" o per "costringere indebitamente poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere, o ad astenersi dal compiere, un atto qualsiasi" o, infine, per "destabilizzare gravemente o arrecare seri danni alle fondamentali strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale".¹⁰ Più specificamente, questi crimini possono concretizzarsi nel "fatto di causare massicce distruzioni a una struttura governativa o pubblica, a un sistema di trasporto, a un'infrastruttura, un luogo pubblico o una proprietà privata, mettendo in pericolo vite umane o producendo notevoli danni economici".¹¹

gruppi islamici fondamentalisti; gli emendamenti apportati alla legislazione in materia stranieri e asilo politico che consentono di negare il visto e il permesso di soggiorno a chiunque partecipi o contribuisca ad atti di terrorismo o di violenza, vietando loro altresì di entrare e risiedere in Germania.

⁸ In materia di reati di terrorismo, è stato proposto un disegno di legge, approvato dal Consiglio dei Ministri, attuativo della decisione-quadro del Consiglio dell'Unione Europea sulla lotta al terrorismo n. EEC1485/2/01 del 6.12.2001, che definisce come reati di terrorismo talune fattispecie già previste dal codice penale vigente, allorché ricorra la finalità di terrorismo (vedi *infra*). Per i reati commessi con tale finalità sono previste sanzioni più severe rispetto ai reati privi di tale aggravante. La proposta introduce modifiche anche alla legislazione in materia di armi, esplosivi destinati all'uso civile, energia nucleare.

⁹ È stato sostenuto in proposito che "Non servono particolari parole di commento per sottolineare la genericità del riferimento alla commissione non di delitti, bensì di atti di violenza: si tratta di una soglia comportamentale più bassa e non definibile secondo un

paradigma tracciato da una norma penale, la cui concretezza non pare adeguatamente identificata nemmeno dall'interpretazione giurisprudenziale", MONETTI, La legislazione antiterrorismo dopo l'11 settembre: il contesto internazionale e l'Italia, in *Questione giustizia*, 1, 2002, p. 51 ss, *in specie* p.67.

¹⁰ Consiglio dell'Unione europea, 1485/01 Droipen 103 Cats 49, p. 8.

¹¹ Con ciò non si vuol dire che anche la definizione adottata dal Consiglio dell'UE, ispirato al *Terrorism Act* britannico, non possa essere esente da interpretazioni eccessivamente estensive: ogni azione di conflitto sociale intimidisce una parte più o meno estesa della popolazione e tende a costringere il potere a fare, o a non fare, qualcosa; inoltre, i termini "gravi" o "indebitamente" sono puramente soggettivi e non introducono alcuna precisazione obiettiva che qualifichi l'atto stesso. La preoccupazione è quindi quella che le nozioni di destabilizzazione e di distruzione di strutture economiche o politiche di un Paese permettano di attaccare frontalmente i movimenti sociali: è opportuno ricordare che, all'inizio degli anni '80, Margaret Thatcher, primo ministro britannico, tentò di

applicare la legge antiterrorismo allo sciopero dei minatori. Proprio per compensare tali possibili interpretazioni "ampie" in allegato è sancito che "niente nella decisione-quadro può essere interpretato come mirante a ridurre o ostacolare diritti o libertà fondamentali come il diritto di sciopero, la libertà di riunione, di associazione o di espressione, incluso il diritto di fondare sindacati con altri, aderirvi per la difesa dei propri interessi e il conseguente diritto di manifestare", Consiglio dell'Unione europea, *op. cit.*, p. 4.

¹² In linea con la ricostruzione proposta sembra essere il dettato della modifica prevista dalla legge di conversione laddove dispone che "All'articolo 7, primo comma, n. 1), del codice penale, dopo le parole: 'delitti contro la personalità dello Stato' è aggiunta la seguente: 'italiano': la giurisdizione penale per i reati commessi all'estero è pertanto ristretta, escludendo che lo Stato italiano possa perseguire atti terroristici commessi all'estero e a danno di Stati esteri. Peraltro, occorre accennare all'assoggettamento dei reati terroristici al principio di universalità - previsto dalle Convenzioni internazionali vigenti in materia - che mira a garantire che un autore straniero di attività terroristiche, la cui estradizione per un crimine commesso all'estero non è possibile per ragioni giuridiche o pratiche, non rimanga impunito e non abusi del nostro Paese facendone un'oasi d'impunità. L'applicazione del principio di universalità è tuttavia subordinata a talune condizioni, al fine di escludere che un procedimento debba essere avviato e concluso in Italia in assenza dell'autore del reato. Nel caso in cui l'autore non sia di nazionalità italiana, è riconosciuta l'applicazione dei principi di territorialità e di personalità: il primo vuole che l'extradizione e quindi il

Una ulteriore considerazione critica che può muoversi all'art. 270 bis novellato concerne il terzo comma - totalmente innovativo rispetto alla versione originaria - laddove si specifica che la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono posti in essere contro uno Stato estero, un'istituzione, e un organismo internazionale. Ebbene, se non sussistono dubbi di sorta nell'individuazione di uno Stato estero, non è parimenti semplice intendere la *voluntas legislatoris* quando si riferisce al istituzioni o organismi internazionali: vuol intendersi con tali locuzioni esclusivamente gli enti dotati di soggettività internazionale o altresì le associazioni, anche private, che operano in ambito extra-nazionale o trans-nazionale? Altresì detto, se è pacifica la rilevanza in tal senso di enti quali le Nazioni Unite o l'Unione Europea, *quid iuris* per quel che concerne ad esempio Amnesty International, le Organizzazioni non Governative, o anche le società multinazionali?

Altro motivo di incertezza è quello relativo all'incardinamento dell'art. 270 bis novellato nel capo I del titolo I del libro II del codice penale dedicato ai "*Delitti contro la personalità internazionale dello Stato*". Già nella vigenza del vecchio art. 270 bis era stato rilevato che tale collocazione suscitava perplessità alla luce della considerazione che risultava di difficile interpretazione ermeneutica l'ipotesi che un sodalizio criminoso avente per obiettivo una finalità eversiva dell'ordine democratico dello Stato, offendesse esclusivamente la personalità esterna dello Stato, senza colpire in alcun modo quella interna, *a fortiori* se si considera che l'art. 280 che sanziona la fattispecie di attentato per finalità terroristiche o di eversione è inserito nel capo II del titolo I del libro II del codice penale dedicato ai "*Delitti contro la personalità interna dello Stato*". Secondo alcuni i delitti contro la personalità dello Stato vanno intesi con riferimento non già allo Stato-persona ma piuttosto allo Stato come ente democraticamente strutturato e come ente chiamato a proteggere la persona umana per le cui esigenze la struttura democratica è *condicio sine qua non*. Ma la versione novellata dell'art. 270 bis mantiene inalterato l'interrogativo per ciò che concerne le fattispecie di terrorismo internazionale perché tale ricostruzione ipotizzerebbe la volontà del legislatore di tutelare la personalità interna di qualsiasi Stato estero, stante le difficoltà interpretative su accennate per quanto riguarda specificamente l'individuazione delle istituzioni e organismi internazionali. Detta impostazione incontra il limite del rispetto del principio di sovranità, poiché non rientra nei compiti punitivi dello Stato tutelare l'integrità politica, economica e sociale di un Paese straniero,¹³ senza considerare peraltro che se il bene giuridico protetto dalla norma è la personalità di Stati esteri, si tutelerebbero parimenti Paesi connotati da regimi oppressivi, dittatoriali o solo apparentemente democratici, soluzione che sarebbe in netto contrasto con i principi sanciti dalla nostra Costituzione. Pertanto, appare preferibile ritenere che il bene giuridico protetto sia la personalità dello Stato italiano, titolare, quale Stato parte delle Nazioni Unite e, in quanto tale, Stato amante della pace, del potere-dovere di adoprarsi per prevenire e sanzionare qualsiasi

giudizio - abbia luogo prioritariamente nello Stato in cui è stato commesso il reato; il secondo, nello Stato di cui l'autore è

cittadino. È fatto salvo il principio di punibilità in entrambi gli Stati.

¹³ Cfr. Cassazione Penale, sez. I, 11 dicembre 1993, n.11344.

atto che possa costituire una minaccia o una rottura della pace e della sicurezza internazionale, in linea altresì col dettato costituzionale dell'art. 11, con il quale l'Italia esprime il ripudio per qualsiasi forma di violenza.

Dopo aver mosso questi rilievi critici di ordine generale, esaminiamo ora la portata dell'art. 270 novellato: come già era disposto nella vigenza dell'art. 270 bis originario il soggetto attivo è costituito da due o più persone, ed è reato comune - in quanto non richiede particolari qualifiche o condizioni del colpevole - e a concorso di persone necessario. Il numero minimo di due persone si desume dal fatto che un'associazione può essere costituita da due soggetti, ma entrambi questi soggetti debbono essere capaci di intendere e di volere. Peraltro, nel sodalizio criminoso il legislatore distingue e gradua la partecipazione a siffatta associazione fra ruoli gerarchicamente sovraordinati (*promotore, costituente, dirigente, organizzatore e finanziatore* - figura questa totalmente innovativa che prelude alla ratifica da parte dello Stato italiano alla Convenzione del 1999 per la repressione del finanziamento del terrorismo) e sottordinati (*partecipe*). La graduazione si riflette nelle pene inflitte: reclusione da sette a quindici anni per i primi, da cinque a dieci anni per i secondi. In linea con la precedente prassi interpretativa, l'attribuzione a taluno di ruoli di primazia implica che l'attività di tale soggetto abbia i requisiti della essenzialità e della infungibilità, intesa, quest'ultima, peraltro, in senso relativo, ossia come non facile intercambiabilità e non come assoluta insostituibilità.¹³ Sotto il profilo soggettivo, le ipotesi criminose contemplano sei tipi di azione; esaminiamole partitamente:

1) partecipare: l'azione consiste nel mettersi a disposizione - di propria iniziativa o a richiesta non importa, con i propri beni o con le proprie prestazioni - della *societas sceleris*. Presupposto dell'azione, quindi, è che sia già stata costituita un'associazione del genere. Il dolo consiste nella conoscenza dell'esistenza e della natura della società e nella volontà di entrare a farne parte attiva. Il partecipante non ha un ruolo qualificato da funzioni essenziali per il sodalizio, né è connotato da autonomia decisionale: la sua prestazione è di regola non essenziale, fungibile ma è sempre prestata all'associazione criminale con continuità e consapevolezza.¹⁴

2) Promuovere: tale termine abbraccia le azioni di particolare rilievo nell'ambito dell'associazione; in questa ipotesi si presuppone dunque che la società sia costituita e l'evento si realizzi nel momento in cui il soggetto accetta l'incarico conferitogli o comunque assunto.

3) Costituire: in tale ipotesi il reo svolge un'attività per effetto della quale l'associazione realmente sorge. L'azione consiste nel reperire i mezzi personali e reali. L'elemento soggettivo richiesto è sempre il dolo che qui consiste nella volontà di compiere l'azione o le azioni e nel volere la nascita di un'associazione che si ponga finalità di terrorismo, da realizzare con atti di violenza.

4) Dirigere: tale termine connota l'azione di colui il quale, all'interno della costituita associazione, impartisce le direttive generali delle attività di altri soggetti per le singole imprese criminose

5) Organizzare: con tale ipotesi si indica l'attività di chi concorre a stabilire le funzioni dei soci o l'utilizzazione delle cose sociali per lo scopo comune, consiste, quindi, nel coordinare le attività e l'impiego dei mezzi per la realizzazione dei fini sociali.

6) finanziare: tale ipotesi, come già accennato, costituisce, per quel che concerne i soggetti attivi del reato *de quo*, l'unica novità introdotta dal decreto 374 del 2001. In verità, il decreto sanzionava chiunque finanziasse *anche indirettamente* il sodalizio criminoso avente per obiettivo il terrorismo internazionale. I primi commentatori del decreto avevano correttamente rilevato come il finanziamento potesse intendersi indiretto tanto sotto il profilo soggettivo,

¹³ Cfr. Cassazione Penale, sez. I, 11 dicembre 1993, n.11344.

¹⁴ Cfr. Cassazione Penale, sez. I, 5 novembre 1987, n.11382.

¹⁵ PISTORELLI, Intercettazioni preventive ad ampio raggio ma inutilizzabili nel procedimento penale, Guida al diritto, n.42, 3 novembre 2001, p. 83 ss, *in specie* p. 84.

¹⁶ L'Autore citato alla nota precedente ipotizza un esempio alquanto articolato: un'organizzazione terroristica che giustifichi la sua presenza sul territorio nazionale con una attività imprenditoriale, i cui beni prodotti vengano acquistati dal finanziatore a un prezzo superiore al valore di mercato. Ebbene, il ricarico sul prezzo costituirebbe un'ipotesi di finanziamento occulto o indiretto dell'associazione criminale.

quanto sotto quello oggettivo.¹⁵ Sotto il primo aspetto il finanziamento può considerarsi indiretto se effettuato per interposta persona, sia essa una persona giuridica o un individuo: ciò lascia impregiudicata la questione di determinare se l'interposto vada a sua volta considerato autore del reato piuttosto che concorrente esterno nel medesimo. Sotto il secondo aspetto il finanziamento può considerarsi indiretto qualora sia occultato da un negozio con apparente causa lecita.¹⁶ Il riferimento al finanziamento indiretto scompare nella legge di conversione del decreto: non è peraltro chiaro se un'interpretazione estensiva della *voluntas legislatoris* non possa comunque considerare come implicita nella fattispecie di "finanziamento" anche tali comportamenti.

Un modo per definire la portata della norma laddove sanziona la fattispecie del finanziamento al terrorismo potrebbe essere quello di "ancorarla" a quanto disposto dalla Convenzione del 1999 per la repressione di tale fenomeno che il nostro Paese si appresta a ratificare. Ai sensi dell'art 2:

"Commette reato ai sensi della presente Convenzione ogni persona che, con qualsiasi mezzo, direttamente o indirettamente, illecitamente e deliberatamente fornisce o raccoglie fondi nell'intento di vederli utilizzati, o sapendo che saranno utilizzati, in tutto o in parte, al fine di commettere:

- a) un atto che costituisce reato ai sensi e secondo la definizione di uno dei trattati enumerati nell'allegato;
- b) ogni altro atto destinato ad uccidere o a ferire gravemente un civile o ogni altra persona che non partecipa direttamente alle ostilità in una situazione di conflitto armato quando, per sua natura o contesto, tale atto sia finalizzato ad intimidire una popolazione o a costringere un governo o un'organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere, un atto qualsiasi"

L'articolo 2 paragrafo 1 della Convenzione presuppone quindi che l'autore del reato fornisca o raccolga fondi. Secondo la definizione di cui all'articolo 1, il termine "fondi" deve essere interpretato in senso lato, poiché può essere riferito a beni di ogni genere (materiali o immateriali, mobili o immobili) o a documenti o atti giuridici in qualsivoglia forma, attestanti un diritto di proprietà o un interesse su questi beni. Poco importa se tali fondi siano di origine lecita o illecita: diventeranno comunque illeciti in seguito al loro impiego per scopi terroristici.

Affinché tali operazioni finanziarie diventino punibili, non occorre che i fondi in questione siano stati effettivamente utilizzati per commettere un atto terroristico vero e proprio: chi effettua una transazione finanziaria con l'intenzione di fornire i fondi ai terroristi o sapendo che tali fondi saranno utilizzati per scopi terroristici commette già un atto penalmente perseguibile. Dunque, la punibilità del finanziamento non è accessoria, vale a dire che non dipende dall'esecuzione o persino dal tentativo di esecuzione di un atto terroristico. Inoltre, occorre, da parte dell'autore, l'intenzionalità di mettere i fondi a disposizione dell'associazione terroristica o, quanto meno, deve sapere che sono destinati a siffatti tipi di operazioni. Con ciò si vuol sottolineare che il finanziamento di attività terroristiche per negligenza non è punibile: chi, in buona fede, partecipa a una colletta a scopo umanitario ignorando che, in realtà, tali fondi sono destinati a reti terroristiche non può essere per ciò sanzionato. Per stabilire se la fattispecie possa essere sussumibile nell'ipotesi di finanziamento sanzionata occorrerà pertanto anzitutto determinare in che misura l'autore sia stato a conoscenza della destinazione dei fondi e abbia avuto l'intenzione di finanziare un reato.

3. L'art. 270 ter c.p.

Prima di concludere queste brevi note, ci sembra opportuno fare riferimento alla fattispecie di assistenza agli associati, disciplinata nel decreto all'art. 270 quater, e recepito dalla legge di conversione all'art. 270 ter, che così recita:

1. Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento, dà rifugio o fornisce vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione a taluna delle persone che partecipano alle associazioni indicate negli articoli 270 e 270-bis, è punito con la reclusione fino a quattro anni.

2. La pena è aumentata se l'assistenza è prestata continuativamente.

3. Non è punibile chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto.

La disposizione in oggetto ricalca quella prevista dagli articoli 307 e 418 c.p. in materia di banda armata e associazione di stampo mafioso: proprio per una

maggior aderenza a tali disposizioni normative in sede di conversione è stata inserita l'ipotesi della fornitura di vitto agli associati;¹⁷ specularmente è stata introdotta negli articoli 307 e 418 come condotta sanzionata quella di chi dà ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione, forme di assistenza meno tradizionali.¹⁸

La fattispecie di assistenza, come si evince dal testo della norma, è residuale rispetto alle ipotesi di concorso di persone nel reato ed favoreggiamento; inoltre, se la condotta di dare rifugio o fornire vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione è posta in essere nei confronti dell'associazione nel suo complesso e non al singolo componente si risponderà del reato di cui all'art. 270 bis. Altresì detto la differenza tra il delitto di partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo e di assistenza ai partecipi è da individuarsi sostanzialmente nell'elemento psicologico che caratterizza il comportamento dell'agente: è così configurabile il paradigma dell'art. 270 ter quando l'ospitalità è consapevolmente prestata al singolo o anche a singoli componenti del sodalizio criminoso, per soddisfare un bisogno esclusivo dello stesso; ricorre invece l'ipotesi di cui all'art. 270 ter quando la disponibilità a fornire assistenza sia ispirata dall'intento di soddisfare un bisogno della *societas sceleris* nella sua visione associativa e, quindi, di concorrere alla realizzazione dei fini e alla permanenza in vita della stessa.

Come è detto nel testo della norma, il reato di assistenza agli associati di gruppi con finalità di terrorismo è residuale alle ipotesi di concorso e favoreggiamento, poiché si pone in via primaria una clausola di riserva per questi due fattispecie.

Invero, sotto il primo profilo, non è chiaro come sia configurabile la responsabilità di cosiddetto "concorso esterno" giacché o il presunto concorrente esterno, nel porre in essere la condotta oggettivamente vantaggiosa per il sodalizio criminoso, è animato anche dal dolo specifico proprio di chi voglia consapevolmente contribuire a realizzare i fini per i quali la detta associazione con finalità di terrorismo è stata costituita e opera, e allora egli non potrà in alcun modo distinguersi dal partecipante a pieno titolo; ovvero, mancando in lui quel dolo specifico, la condotta di assistenza da lui posta in essere dovrà essere necessariamente riguardata come strutturalmente distinta e separata dal reato associativo. In effetti, è un dolo generico quello richiesto dall'art. 270 ter in quanto non è necessario che il soggetto si prefigga la realizzazione delle peculiari finalità dell'associazione *de qua*, ma è sufficiente che ne sia consapevole.

Sotto il secondo profilo, l'ipotesi disciplinata nell'art. 270 ter si distingue dal reato di favoreggiamento di cui all'art. 378 c.p., sotto un triplice ordine di fattori: presupposti, particolare qualifica del soggetto che si aiuta, tipo di aiuto prestato. Sotto il primo profilo, il delitto di favoreggiamento personale consiste nell'aiutare taluno a eludere le investigazioni dell'autorità o a sottrarsi alle ricerche di essa

¹⁷ In sede di commento del decreto, la mancata previsione di tale condotta era stata da alcuno valutata positivamente, in quanto ritenuta anacronistica: PISTORELLI, op. cit., p.86. Peraltro, lo stesso Autore nell'articolo successivo alla legge di conversione considera positivamente l'introduzione di tale condotta, considerandola una rifinitura del reato: ID., La competenza passa a PM e GIP distrettuale: così il coordinamento avanza prudente, Guida al diritto, n.50, 29 dicembre 2001, p. 26 ss., *in specie* p. 29.

¹⁸ PISTORELLI, ha ritenuto che l'introduzione di questo nuovo titolo di reato sia eccessiva, in quanto avrebbe potuto essere sufficiente un ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 307 c.p., aggiornandone contenuti e pene, Intercettazioni preventive ... *op. cit.*, p. 86.

dopo che è stato commesso un reato, ossia postula necessariamente la commissione di un precedente reato in un momento anteriore alla condotta favoreggiatrice; laddove l'ipotesi di cui all'art. 270 ter presuppone che l'aiuto sia prestato quando l'attività criminosa non sia ancora cessata (e quindi esista ancora l'associazione terroristica). Sotto il secondo profilo, la condotta di ausilio è prestata nei confronti di un individuo che abbia posto in essere un reato per il quale la legge stabilisce l'ergastolo o la reclusione,¹⁹ dunque un delitto non qualificato nel merito; laddove l'art. 270 ter sanziona chi voglia prestare aiuto a un membro di sodalizio criminoso specifico, ossia l'associazione con finalità di terrorismo. Infine, sotto il terzo profilo, il delitto di favoreggiamento personale può manifestarsi in qualsiasi modo, positivo o negativo, purché idoneo ad agevolare l'autore di un reato a eludere le investigazioni: il delitto di favoreggiamento personale consiste nel turbamento della funzione giudiziaria, anche se non richiede che le investigazioni delle autorità siano effettivamente fuorviate, bastando che la condotta dell'agente abbia l'attitudine e possa conseguire lo scopo di aiutare il colpevole a eludere, intralciare o rallentare le investigazioni in corso. Viceversa, il delitto di cui all'art. 270 ter non ha un contenuto indeterminato ma è limitato alle sole condotte previste tassativamente dalla norma.

Non è peraltro chiaro se - in linea di principio - sia configurabile il concorso tra il reato di favoreggiamento e quello di associazione con finalità di terrorismo stante la diversa oggettività giuridica delle due fattispecie che devono essere tenute distinte. Pensiamo ad esempio all'ipotesi in cui - se è pacifico - che commette il delitto di partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo e non quello di favoreggiamento, il soggetto che organicamente e sistematicamente opera con gli associati come elemento strutturale dell'apparato della *societas sceleris* al fine di depistare le indagini volte a reprimere l'attività criminosa dell'associazione o a perseguire i partecipanti di tale attività, potrebbe peraltro dover rispondere anche di favoreggiamento l'associato nel sodalizio criminoso con finalità terroristiche che aiuti un altro associato resosi autore di reati non rientranti nell'attività prevista dal vincolo associativo, a eludere le ricerche della polizia.

La pena prevista per chi ponga in essere il reato disciplinato dall'art. 270 ter c.p. è la reclusione fino a quattro anni; è inoltre previsto che la pena possa essere aumentata se l'assistenza è prestata continuativamente. Infine, è prevista una causa di esclusione in quanto non è punibile chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto.

4. Conclusioni

Abbiamo avuto modo di esaminare le nuove norme sostanziali incriminatrici della fattispecie dell'associazione con finalità di terrorismo anche internazionale: l'introduzione nel nostro ordinamento di una disciplina *ad hoc* per affrontare in modo sistematico tale preoccupante fenomeno dev'essere senz'altro accolta favorevolmente, anche se - come abbiamo rilevato nel corso di queste note - non sono pochi i profili che avrebbero meritato una maggiore attenzione.

Oltre alle incertezze già espresse *supra*, vorremmo accennare a un ulteriore rilievo critico: manca del tutto la previsione di strumenti premiali dedicati alle ipotesi di c.d. pentimento ovvero di dissociazione dal sodalizio criminoso, laddove in precedenza il Governo italiano aveva introdotto una serie di circostanze attenuanti e di cause di non punibilità con il decreto legge n.625 del 1979 (convertito nella legge n. 15 del 1980), con la legge 29 maggio 1982 n. 304, con la legge 18 febbraio 1987 n. 34, al fine di combattere il terrorismo di matrice interna. Tali norme non sono applicabili alle ipotesi degli articoli 270 bis e 270 ter: il decreto legge n. 625 è stato abrogato dalla legge n. 304 del 1982 che rielaborava la disciplina applicabile ai dissociati e ai collaboratori; la legge n. 304 prevedeva il limite di applicabilità delle disposizioni premiali da essa stabilite a reati iniziati o la cui

¹⁹ Peraltro, se per il delitto principale la legge stabilisce una pena diversa, ovvero se si tratta di contravvenzioni, la pena è della multa.

²⁰ In inglese, lingua ufficiale del Draft, l'articolo sui Crimes of terrorism così recitava: For the purposes of the present Statute, crimes of terrorism means:

- (1) Undertaking, organizing, sponsoring, ordering, facilitating, financing, encouraging or tolerating acts of violence against another State directed at persons or property and of such a nature as to create terror, fear or insecurity in the minds of public figures, groups of persons, the general public or populations, for whatever considerations and purposes of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or such other nature that may be invoked to justify them;
 - (2) An offence under the following Conventions:
 - (a) Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation;
 - (b) Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft;
 - (c) Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents;
 - (d) International Convention against the Taking of Hostages;
 - (e) Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation;
 - (f) Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms located on the Continental Shelf;
 - (3) An offence involving use of firearms, weapons, explosives and dangerous substances when used as a means to perpetrate indiscriminate violence involving death or serious bodily injury to persons or groups of persons or populations or serious damage to property.
- United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998, p. 27.

permanenza fosse anteriore al 31 gennaio 1982, posto che peraltro gli imputati dovessero dissociarsi entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore della legge; la legge n.34 era caratterizzata anch'essa dalla temporaneità in quanto disponeva che le deliberazioni da essa contemplate si applicassero solo ai delitti commessi o la cui permanenza fosse cessata entro il 31 dicembre 1983.

Infine, vorremmo sottolineare il fatto che la lotta al terrorismo è oggi un tema centrale delle relazioni fra Stati. Il problema si inquadra in una concezione nuova delle relazioni internazionali dovuta, tra l'altro, al riconoscimento da parte degli Stati che il problema della lotta al terrorismo dipende, quanto al raggiungimento dei fini e risultati concreti, da una cooperazione e da un coordinamento internazionale su vasta scala. È infatti giudizio unanime che norme di gestione finalizzate a contrastare il fenomeno tristemente noto del terrorismo attuate a livello nazionale, completamente indipendenti da quelle predisposte da altri Stati, costituiscano una soluzione insufficiente, posto che gli eventi perturbatori dell'ordine sociale valichino, direttamente o mediante i loro effetti indotti, i confini nazionali dello Stato in cui si sono verificati. È dunque con rammarico che prendiamo atto dell'esclusione dal novero della competenza *rationae materiae* della Corte penale internazionale (che ufficialmente ha iniziato a operare dal 1° luglio del 2002) dei c.d. *treaty crimes* e dunque anche del terrorismo, laddove la bozza di Statuto, sulla quale si sono poi basate le trattative delle Delegazioni dei vari Stati presenti alla Conferenza di Roma, offriva una definizione esaustiva del fenomeno, poiché si stabiliva che terrorismo significa:

1. intraprendere, organizzare, sponsorizzare, ordinare, agevolare, finanziare, incoraggiare o tollerare atti di violenza contro un altro Stato che siano diretti contro persone o cose e di natura tale da creare terrore, paura, o insicurezza nelle menti delle figure pubbliche, di gruppi di persone, della pubblica opinione o della popolazione, per qualunque tipo di interesse e obiettivo di carattere politico, filosofico, ideologico, razziale, etnico, religioso, o di qualunque altra natura che possa essere invocata per giustificare tali atti;
 2. attacchi che rientrano nell'ambito delle sei Convenzioni di cui viene fornito un elenco e tra cui rientrano la Convenzione per l'eliminazione dei dirottamenti aerei illegali e la Convenzione internazionale contro la presa di ostaggi;
 3. un attacco che preveda l'impiego di armi da fuoco, altre armi, esplosivi e sostanza pericolose, nel caso in cui vengano utilizzate come strumenti per perpetrare violenza indiscriminata che comporti la morte o gravi danni fisici a persone o gruppi di persone, o popolazioni, come pure gravi danni alle loro proprietà.²⁰
- Poiché non è escluso che tali *treaty crimes* possano in futuro rientrare nella competenza della Corte a seguito di Conferenze di revisione, vorremmo auspicare che la giurisdizione della Corte Penale Internazionale possa in un futuro non troppo lontano ricomprendere anche tale crimine posto che un organo unico di giustizia potrebbe sicuramente facilitare la repressione unitaria del terrorismo internazionale, anche attraverso l'enucleazione di un diritto internazionale penale.

GIUSEPPE MONTANARA

NUOVI REATI TRIBUTARI E TECNICHE DI FORMULAZIONE NORMATIVA: RILIEVI CRITICI

I. La formulazione normativa dei nuovi reati tributari: la legge di delega n.205/1999 e il D. Leg.vo n. 74/2000

Nell'ambito della disciplina penale tributaria vigente, è interessante dedicare alcune osservazioni alla formulazione normativa delle fattispecie introdotte con il D. Leg.vo n. 74/2000 e alle modalità con cui è stata attuata la c.d. riforma del settore; onde valutare, di riflesso, alcune questioni rilevanti sul piano della costituzionalità di quest'ultima, e su quello della opportunità "politica" delle scelte compiute.

Il primo rilievo - e il più consistente - riguarda il metodo di introduzione delle figure criminose *de quibus*, posto in essere, come è noto, attraverso il procedimento di delegazione.¹ Siffatta tecnica legislativa, del resto, sembra avere investito l'intero settore fiscale anche extrapenale, se è vero che la revisione della disciplina generale dei tributi risulta a sua volta introdotta mediante il medesimo procedimento, traendo origine dalla L. n. 662/1996 contenente *oltre venti deleghe* al Governo per la riforma della intera normativa di settore; interventi, questi, già generalmente censurabili in relazione alla scelta di politica legislativa compiuta - che ha così sottratto la materia al pieno dibattito parlamentare, e che ha anche coinvolto, più specificamente, il profilo della riserva, sia pure relativa, di legge ex art. 23 Cost. vigente in materia tributaria - ma che pongono questioni assai più delicate quando le considerazioni sul metodo richiamano, come nella specie, i canoni della legalità formale in materia penale ex art. 25,2° co. Cost.²

Si deve comunque rilevare in proposito, e in via generale, come il ricorso alla delegazione comprenda, di regola, materie di particolare difficoltà tecnico-giuridica od economica che non si prestano ad essere discusse in Aula articolo per articolo; tanto che, sotto tali profili, è prassi affidare al Governo i c.d. "Testi Unici", che risultano destinati a raccogliere una serie di disposizioni emanate i tempi diversi - spesso disordinatamente e disorganicamente - onde evitare il sorgere di ipotesi di abrogazione implicita. Come da esperienze passate in materia tributaria, pertanto (si vedano, ad esempio, i precedenti TT.UU. in materia di imposte del 1972 e del 1973), le varie deleghe del 1996 sembrano rientrare in siffatta prospettiva, sia pure con il preciso riferimento alla funzione di "riformare" l'intera materia delle imposte dirette e dell'IVA che, in effetti, la normativa in questione sembra rivestire; presentandosi così non come mero intervento di "compilazione" di norme - riconducibile alla emanazione di un atto amministrativo - ma come espressione di volontà di coordinare e modificare il tessuto legislativo previgente non soltanto con effetto abrogativo delle disposizioni pregresse (non essendo sufficiente, perciò, il rilascio di una semplice legge di autorizzazione poiché alle norme raccolte si fornisce comunque una nuova forma ed una nuova efficacia,³ ma richiedendosi l'esercizio di una vera potestà legislativa e, pertanto, l'esistenza di un atto di delega).⁴

In materia penale, invece occorre più precisamente distinguere fra gli effetti generali del procedimento di delegazione, e quelli particolari conseguenti al contenuto della delega ed al rapporto con il provvedi-

¹ In generale, in relazione alla legge di delegazione, PERINI, Verso la riforma del diritto penale tributario: osservazioni sulla legge di delegazione, Riv. trim. dir. pen. econ. 1999, 680 ss.

² E a nulla valgono eventuali osservazioni di pura convenienza politica dirette a giustificare il ricorso allo strumento legislativo in questione, legate alla esistenza di maggioranze parlamentari più o meno "eterogenee" esistenti all'epoca dell'approvazione della normativa in argomento e formate da componenti ideologiche a volte incompatibili fra loro anche in relazione alla determinazione delle scelte della normativa tributaria positiva; osservazioni che, seppur capaci di lasciar comprendere le ragioni pratiche di utilizzare strumenti normativi che sottraggano alla piena discussione parlamentare l'introduzione delle singole disposizioni, nulla tolgono alla esistenza della questione, la quale resta in ogni caso sganciata dalla disciplina della legislazione ordinaria e mantiene intatta l'esigenza di valutare i rapporti fra provvedimenti deleganti e delegati.

³ Così BARILE, Istituzioni di diritto pubblico, Padova 1978, 315; *contra* C. Cost., sent. n. 54/1957, in CRISAFULLI-PALADIN, Commentario breve alla Costituzione, Padova 1990,

348, per la quale è legittimo un T.U di mera compilazione.

⁴ Ai fini della distinzione fra Testi Unici compilativi o modificativi si è sempre pronunciata la Corte Costituzionale: V. le sentenze decorrenti da Corte. Cost., sent. n. 54/1957 citata a Corte Cost., sent. n. 226/1974, in Commentario Breve, cit., 349.

⁵ Per tutti MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 1992, 91.

⁶ Oggi ritenuti costituzionalmente illegittimi anche dalla giurisprudenza costituzionale: Cfr. C. Cost., sent. n. 360/1996, Riv. trim. dir. pen. economia 1997, 200 ss. con nota di GIAMPIETRO.

⁷ Cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1976, 768.

mento delegato. Ritenendosi legittimi i primi in virtù delle prerogative parlamentari conservate, attraverso la delegazione, della iniziativa e delle fondamentali scelte politiche, con controllo della Corte Costituzionale anche sulla conformità di tali atti ai criteri della delegazione medesima;⁵ mentre si considerano costituzionalmente censurabili, perché rivolti ad affievolire la portata della riserva di legge, il ricorso al Decreto legge fuori dai casi di necessità ed urgenza ex art. 77 Cost. (o in caso di sua reiterazione senza detti requisiti⁶), ovvero le delegazioni generiche prive delle indicazioni dei principi direttivi. Ciò in quanto, come è evidente, criteri vaghi ed indeterminati non rappresentano alcun vero vincolo per il soggetto delegato, e rimarrebbe elusa la prescrizione costituzionale posta dall'art. 76 Cost. per un evidente superamento dei limiti assegnati al procedimento di delegazione.⁷

Nell'ambito della materia che ci occupa, le problematiche evidenziate vengono alla luce sotto vari aspetti, sia in relazione a quelli coinvolgenti la mera discrezionalità politica, sia con attinenza ad implicazioni più profonde di illegittimità costituzionale delle norme o, quanto meno, di forti sospetti di censurabilità.

Di vero, occorre preliminarmente considerare che le violazioni penali tributarie non costituiscono neppure un vero Testo Unico, raggruppando infatti soltanto 7 figure criminose ed una serie di disposizioni generali e comuni (comprese quelle processuali), sia pure introdotte con l'intenzione di modificare la disciplina preesistente. Non è dato ravvisare, perciò, alcuna ragione tecnica o normativa per utilizzare, nella specie, il procedimento di delegazione e per sottrarre al dibattito parlamentare l'intera materia; e meglio, dunque, sarebbe stato il ricorso alla legislazione ordinaria - alla quale, peraltro, lo stesso procedimento di delegazione costituisce deroga speciale - come, del resto, era avvenuto con le precedenti L.n.516/82 e successive modificazioni relativamente alla introduzione di singoli reati fiscali, se non altro per fugare il sospetto - sempre all'interno della discrezionalità politica - di utilizzare il procedimento di delegazione quale mezzo "subdolo" per aggirare il canone della riserva primaria di legge, come avveniva con il ricorso "indiscriminato" al Decreto-legge (e con la sua reiterazione in caso di mancata conversione prima dell'intervento di censura avanzato dalla Corte Costituzionale),⁸ del quale la delegazione sembra semplicemente, a volte, aver preso il posto.

Inoltre, preso comunque atto dello strumento legislativo utilizzato, si pongono ulteriori problematiche che sarebbero state evitate ricorrendo allo strumento della legislazione ordinaria, quali quelle attinenti al controllo dei limiti posti alla delegazione (e rappresentati dalla esistenza di principi e criteri direttivi della legge delegante), nonché al rispetto di questi ad opera del provvedimento delegato.

La prima questione, investe direttamente la legge di delega n. 205/99, nella parte in cui, con l'art. 16, dopo aver investito il Governo della emanazione dei decreti legislativi di cui agli artt. 1, 9 e 10 (fra i quali perciò, proprio ai sensi dell'art. 9, sono ricompresi i reati tributari), alla lett.b) attribuisce all'Esecutivo il compito di emanare norme di attuazione delle disposizioni contenute nella legge medesima nonché norme di coordinamento con le altre leggi dello Stato, e di introdurre nel contempo statuizioni di carattere transitorio.

Sotto questi profili, la produzione di regole di attuazione, di coordinamento e transitorie diviene perciò oggetto di una vera e propria "delega nella delega", nell'ambito della quale, però, non ravvisandosi principi intesi come norme giuridiche generali, è dato cogliere unicamente la presenza di criteri direttivi che si riferiscono alla previsione delle specifiche finalità evidenziate, ma che non determinano in alcun modo il contenuto e l'individuazione delle disposizioni da emanare.

⁸ Vedi nota n. 6.

Pur sottacendo, in questa sede, le questioni attinenti alla interpretazione dei limiti posti dall'art. 76 Cost. al procedimento di delegazione, e rappresentati proprio dai "principi e criteri direttivi" condizionanti l'esercizio del potere legislativo,⁹ si deve ritenere comunque di assistere alla indicazione di elementi del tutto vaghi, che possono evitare di produrre l'illegittimità del provvedimento delegante in relazione all'atto delegato a condizione di essere intesi nel loro significato più rigido e rigoroso¹⁰.

Risultando perciò necessario compiere riferimento a criteri che non possono che corrispondere alla attribuzione di funzioni puramente ricognitive per l'organo delegato nell'esercizio della delega stessa, emanando statuizioni di semplice attuazione o risolutive di situazioni transitorie che esauriscano l'attività di coordinamento nella emanazione di norme che non si discostino dal quadro legislativo esistente, e che per nessun motivo si pongano in contrasto con i principi giuridici dettati nel provvedimento contenuto nel precedente art. 9 della citata L. n. 205/1999.

La problematica attinente alla evidenziata indeterminatezza della delega, in concreto, viene in rilievo sotto due specifici aspetti, corrispondenti il primo alla introduzione dell'art. 24 D. Leg.vo n. 74/2000, ed il secondo al contenuto dell'art. 18 in tema di competenza per territorio.

In relazione alla prima questione, basta qui rilevare come la previsione di un nuovo ed autonomo illecito amministrativo in luogo del reato in precedenza sussistente risulta con certezza estranea alle funzioni di

semplice coordinamento generale ex art. 16 lett.b) L.n. 205/99 invocate dal Governo nella illustrazione del provvedimento delegato,¹¹ tanto che con riferimento ad esse, la disposizione si mostra fortemente sospetta di incostituzionalità per un evidente eccesso di delega (non essendo infatti mai stata indicata alcuna forma di depenalizzazione dell'illecito). Al contrario, la questione può essere composta - e la norma salvata - ricorrendo ad una diversa disposizione di copertura rappresentata, nella specie, dall'art. 9, n.2 lett. l) L.n. 205, con la quale il Governo viene ulteriormente delegato, fra l'altro, a coordinare le nuove disposizioni penali con il sistema sanzionatorio amministrativo, in modo da assicurare risposte punitive coerenti e concretamente dissuasive. All'interno di quest'ultima statuizione sembra, almeno in astratto, poter rientrare la previsione in argomento, che infatti interviene "salvo che il fatto costituisca reato", modificando in

via amministrativa la disposizione di cui all'art. 2 L. 26.1.1983, n. 18 in materia di manomissione dei registratori di cassa.¹²

Più interessante per la presente indagine, invece, appare la disposizione che riguarda la competenza per territorio, così come esposta nell'art. 18 D. Leg.vo n. 74/2000.

Occorre qui rilevare che se il n. 1 del citato articolo mostra di adeguarsi pienamente ai principi posti dalla norma delegata di cui all'art. 9 lett. h) L.n. 205/99 - che, infatti, prevede di determinare la competenza solo sulla base del luogo in cui il reato è stato commesso e, se ciò è impossibile, del luogo in cui il reato è stato accertato - e se il n. 3, sia pure nella massima espansione interpretativa possibile, esprime una effettiva capacità di coordinamento, determinando la competenza territoriale nel solo caso in cui le fatture o gli altri documenti per operazioni inesistenti siano stati emessi in circondari diversi (mentre per il tramite della prima iscrizione essa resta comunque ancorata al luogo della commissione del reato, operando solo in relazione alle diverse sedi giudiziarie attinte dalle emissioni di non genuini documenti);¹³ lo stesso non accade per il disposto dal n. 2 della norma in

⁹ Nel senso di considerare detti requisiti una endiadi, suggerita dall'intento di limitare al massimo il potere del delegato MORTATI, Istituzioni, cit., 768; nel senso invece, peraltro prevalente, di considerarli concetti distinti, il primo dei quali corrispondente alla nozione di "norme giuridiche" ed il secondo alla previsione di fini determinati, Cfr. CERVATI, Legge di delegazione e legge delegata, Enc. del dir., vol. XXIII, Milano 1973, 949 ss.

¹⁰ Nel senso di ritenere, pacificamente, che dall'inosservanza di entrambi i criteri derivi l'illegittimità della legge di delega CERVATI, Op. cit., 949.

¹¹ Cfr. Relazione al D. Leg.vo n. 74/2000, Italia Oggi serie speciale n.7, 28.3.2000, 74.

¹² Sull'argomento, in generale, PICOTTI, I reati e gli illeciti amministrativi in materia di registratori di cassa, bilance e terminali elettronici, in I reati in materia fiscale a cura di CORSO e STORTONI, Torino 1990, 433. V. anche BELLAGAMBA-CARITI, I nuovi reati tributari, Milano 2000, 208.

¹³ Cfr., sia pure con alcune perplessità, NAPOLEONI, Diritto penale tributario, IPSOA 2000, 263. Nel senso, invece, di ritenere l'art.18 n.3 viziato per eccesso di delega CARACCIOLI, Attenuanti: la transazione si fa meno appetibile, Guida al diritto, 2000, n.14, 85, e LO MONTE, Prime osservazioni sul

Progetto di decreto legislativo (ai sensi dell'art.9 della L.n. 205/1999) di riforma dei reati tributari, Rass. trib. 2000, 130. Nel senso, infine, di ipotizzare una violazione dell'art. 25, 1° co. Cost., in ordine alla possibilità per l'imputato di scegliere il proprio Giudice con confessioni mirate per istradare il procedimento verso sedi giudiziarie più gradite, si veda Parere Commissione giustizia della Camera sullo schema preliminare del Decreto, contro cui Relazione al D. Leg.vo n. 74/2000, cit., 71; conforme a tale ultimo senso MONTEDORO, in CAPUTI-MONTEDORO, Riforma dei reati tributari, Il fisco 5.6.2000, allegato.

¹⁴ Relazione, loc. cit., 71.

¹⁵ Benché anche il domicilio fiscale si presta a collocazioni o trasferimenti di comodo: così TINTI, La delega era un regalo agli evasori, ma esercitarla è stato il male minore, Dir. e giust. 2000, 47; CAPOLUPO, I profili procedurali, in CAPOLUPO-PEZZUTO, La riforma del sistema penale tributario, Milano 2000, 87.; sia pure, ovviamente, con assai minore facilità rispetto alla semplice trasmissione dei dati: così NAPOLEONI, Diritto penale tributario, cit., 258.

¹⁶ In tal senso la dottrina maggioritaria fra i costituzionalisti: per tutti CERVATI, Op. cit., 946. V. comunque anche PALADIN, Decreto legislativo, Noviss. dig. it., vol. V, Torino 1957, 294.

¹⁷ Per tale secondo orientamento, oggi minoritario, MORTATI, Op. cit., 764; CRISAFULLI, Lezioni di diritto costituzionale, II, Padova 1978, 86.

¹⁸ Così CERVATI, Op. cit., 959.

¹⁹ Così CARRARINI, Le disposizioni comuni ai reati tributari, Il fisco 2000, 4695.

²⁰ Non risultando coperta nè da principi nè da criteri direttivi rettammente interpretati quali quelli delle pure esigenze di coordinamento, e dimostrandosi al contrario capace di derogare da questi

analisi, il quale infatti lascia coincidere il luogo della consumazione del reato, per i delitti di cui al Capo I, Titolo II della legge delegata, con il domicilio fiscale del contribuente.

In detta situazione, giustificata dal Governo ancora una volta con il richiamo alla delega "larga" di cui all'art. 16, lett.b) L.n. 205/99,¹⁴ ci si trova invece all'esterno di qualsiasi copertura legale, poiché non soltanto si tratta di una disposizione emanata *al di fuori ed in contrasto* con i diversi principi di cui all'art.9 lett.h) del provvedimento di delega citato, ma ci si imbatte in una norma che non ha alcuna funzione di coordinamento, introducendo, al contrario, una vistosa deroga alla disciplina della competenza territoriale contenuta nel codice di rito e nel n.1 dello stesso art.18 in nome di esigenze *di pura opportunità e convenienza processuale*; quali quelle di evitare che, in caso di trasmissione di dati in via telematica, il trasgressore possa "predeterminare" il giudice competente a conoscere la violazione, o scegliendo il luogo dell'invio dei dati o imponendo la competenza della Autorità giudiziaria di Roma, in considerazione della ricezione degli stessi e stante la gestione centralizzata nella Capitale del materiale informatico.

Esigenze, queste, anche reali e parzialmente condivisibili,¹⁵ ma che richiedono - con una precisa "investitura" contenuta nella testo di delegazione - la copertura di una rituale norma di legge, stante anche la portata dell'art. 25, 1° co. Cost. che infatti esige la predeterminazione "legale" del giudice naturale; norma che, al contrario, appare assente in virtù della mancata attribuzione di poteri da parte del provvedimento di delega e che, anzi, con questo pone in preciso e specifico contrasto la scelta compiuta dal Governo.

Se si considera, dunque, la mancanza di qualsiasi fonte a ciò deputata contenuta nella L.n.205/99 (compresa la inesistenza di qualsiasi funzione di semplice coordinamento), ed anzi il contrasto dell'art.18, n. 2 con essa; se si considera che la legge delegata attribuisce una competenza nuova al Governo,¹⁶ e non già il semplice esercizio di una competenza di cui il Parlamento resterebbe titolare;¹⁷ se si considera che la forza di legge conferita ai decreti delegati ex art. 76 Cost. non è la stessa di quella delle leggi del Parlamento, in quanto tali provvedimenti sono soggetti ai limiti imposti dalla legge di delega, e perciò assumono una posizione subordinata rispetto al grado occupato dalla legge, giustificandosi la loro collocazione fra le fonti "sub-primarie";¹⁸ se si considera, infine, che detti limiti risultano del tutto superati dal provvedimento delegato emanato nella specie dal Governo, per il quale il domicilio fiscale viene a profilarsi come il vero principio generale di comparto della competenza territoriale;¹⁹ è di chiara evidenza come, con l'art. 18, n. 2 D. Leg.vo n. 74/2000, si ci trovi dinanzi ad una disposizione costituzionalmente illegittima derivante da un palese eccesso di delega, con conseguente violazione, peraltro, pure dell'art. 25, 1° co. Cost.²⁰ Con ciò evidenziandosi come il legislatore delegato, "abusando" dell'inapplicabile ricorso alla ulteriore delega di cui al citato art. 16 lett. b) L.n. 205/99, abbia surrettiziamente sostituito con una propria opzione le scelte parlamentari espresse in precedenza, in violazione palese dei limiti imposti dall'art. 76 Cost.²¹

per ragioni di semplice opportunità o convenienza processuale.

²¹ V. LO MONTE, Prime osservazioni, cit.

130. V. anche le riflessioni di NAPOLEONI, Diritto penale tributario, cit., 259.

2. La formulazione normativa dei nuovi reati tributari: indeterminatezza di fattispecie

Sin qui, dunque, la presenza delle segnalate questioni rilevanti sul piano della legittimità costituzionale delle norme, che chiaramente denunciano il limite rappresentato dal procedimento di delegazione scelto per regolare *ex novo* la materia, e che assai probabilmente sarebbero state evitate - e certamente evitabili - mediante il ricorso alla legislazione ordinaria, peraltro preferibile pure sul versante della opportunità e della migliore scelta di discrezionalità legislativa.

Ma inoltre, occorre anche rivolgere l'attenzione al provvedimento delegato, e valutarne il contenuto legislativo alla stregua della concreta formulazione delle norme.

Pure in relazione a ciò, balzano in evidenza situazioni problematiche, coincidenti con alcune modalità descrittive della frode fiscale.

Si compie riferimento, nella specie, al delitto di cui all'art. 3 del Decreto legislativo n. 74, il quale, punendo la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, ha manifestato le maggiori difficoltà descrittive proprio sul piano della formulazione dell'illecito, sia in relazione alla scarsa linearità presentata rispetto alle altre fattispecie criminose, sia in ordine ai numerosi dubbi e problemi interpretativi cui la stessa ha dato e darà origine, ripresi dalla precedente ipotesi sanzionata dall'art. 4 lett. f) L. n. 516/82 e relativi al confine, assai sfumato, con il diverso reato di dichiarazione infedele, introdotto dal successivo art. 4.

Risulta così opportuno soffermarsi sul contenuto citato della disposizione, che sin da un primo approccio mostra serie componenti di indeterminatezza e, perciò, di carenza di tassatività.

Di vero, per quanto qui interessa, la fattispecie in parola nasce all'interno di una "forbice" costituzionalmente rilevante, i cui confini sono rappresentati dalla evanescenza della nozione di "mezzi fraudolenti" idonei ad ostacolare l'accertamento (concretamente introdotta nel Decreto delegato vigente), nonché dalla diversa e più pregnante nozione di "violazione degli obblighi contabili", contenuta però soltanto nel disegno di legge n. 2979/S²² e che si discostava, tuttavia, dai criteri contenuti nell'art. 9 della legge di delega.²³

E così la incriminazione attuale - costruita in seguito ai pareri delle Commissioni giustizia della Camera e del Senato, che avevano rilevato la probabile censurabilità del citato schema originario del Decreto²⁴ "sia sotto il profilo dell'eccesso di delega, sia sotto quello della violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost." - ha compiuto ricorso al citato concetto di mezzi fraudolenti, ritenendo in tal modo di accogliere le motivazioni espresse dalla Corte costituzionale con le censure di legittimità dell'art. 4 L. n. 516/82,²⁵ laddove la falsa rappresentazione degli elementi attivi e passivi nelle scritture contabili, sulle quali si fondava la dichiarazione non veritiera, doveva sostanziarsi nell'uso di mezzi ingannatori "idonei ad ostacolare l'accertamento"; giungendo perciò a sanzionare non già la violazione degli obblighi contabili intesa come artificio, ma "l'insidiosità" della condotta che rientra nel paradigma punitivo della dichiarazione fraudolenta.²⁶

Ne è uscita però una disposizione che sembra aver cacciato dalla porta ciò che è rientrato invece dalla finestra, in quanto, da un lato, si è posta effettivamente al riparo dal probabile vizio rappresentato dall'eccesso di delega presente nello schema non approvato e consistente nella punibilità della violazione degli obblighi contabili non contenuta nella L. n. 205/99; ma dall'altro, ha presentato ugualmente elementi di dubbia costituzionalità, censurabili sotto i profili della parità di trattamento fra soggetti e della determinatezza della fattispecie.

Ed invero, in primo luogo risulta respinta dal Governo l'indicazione espressa

²² Cfr. sul tema NAPOLEONI, Diritto penale tributario, cit., 13 ss.

²³ il cui contenuto, peraltro, aveva subito immediate critiche: V. CARACCIOLI, I reati in materia di dichiarazione, La Riforma dei reati tributari, Convegno Milano 9.3.2000, Atti.; CORSO, Poca depenalizzazione e tanti problemi nella riforma del sistema penale tributario, Corr. trib. 1999, 3501.

²⁴ Di cui al Disegno di legge n.2979/S

²⁵ Prima respinte, sia pure con sentenza interpretativa, da C. Cost., sent. n.247/1989, e poi accolte da C. Cost., sent. n. 35/1991.

²⁶ Così espressamente Relazione al D. Leg.vo n.74/2000, cit., 64.

dalle Commissioni parlamentari di cui sopra di definire una fattispecie incriminatrice rispetto alla quale possano essere soggetti attivi i possessori di qualsiasi tipo di reddito indipendentemente dalla tenuta obbligatoria di libri e annotazioni contabili, manifestata proprio sulla scia della giurisprudenza costituzionale pure richiamata, per la quale "il delitto di frode fiscale deve conferire alla condotta e alla intera fattispecie tipica il più alto grado possibile di conformità al principio di uguaglianza, evitando l'irragionevole disparità di trattamento" fra il reato in parola e quello di infedele dichiarazione a carico di chi non sia tenuto all'obbligo delle scritture medesime.²⁷

²⁷ C. Cost., sent. n. 247/1989, cit.

In secondo luogo, pur prendendo atto della reale giustificazione posta a fondamento della mancata adesione all'invito parlamentare - e consistente, come osservato, nella necessità di evitare un ulteriore vizio per eccesso di delega, stante il richiamo alla "rappresentazione contabile" di cui all'art. 9, comma 1, lett.a) n.1 L.n. 205/99²⁸ - non si è riusciti a segnare marcatamente il confine fra la frode e l'infedele dichiarazione dei redditi, lasciando perciò immutata la segnalata lesione del principio di uguaglianza fra condotte irragionevolmente discriminate. Cui si aggiunge una ulteriore aggressione alla tassatività, poiché l'insidiosità del comportamento punibile, in astratto definito dall'uso dei mezzi fraudolenti capaci di ostacolare l'accertamento, rimane criterio in concreto del tutto evanescente ed indeterminato, che presenta una disposizione fondata sul ricorso a criteri descrittivi del tutto vaghi e, in definitiva, non sufficientemente rispettosi della esigenza di descrivere con chiarezza la tipicità del comportamento vietato.

²⁸ Relazione al Decreto, cit., 64.

Sotto gli evidenziati profili, perciò, si manifestano notevoli discrasie fra provvedimento delegante ed atto delegato, e la formulazione normativa dell'uno e dell'altro risulta quanto mai criticabile e censurabile.

3. La formulazione normativa dei nuovi reati tributari: disposizioni abrogative e principio di uguaglianza

Alcune ulteriori considerazioni possono ancora essere svolte in tema di abrogazione di norme, disposta con numerosi richiami dall'art. 25 del Decreto legislativo n. 74/2000, in ossequio a quanto disposto dall'art. 9 n.1 L. n. 205/99, che infatti ha investito il Governo del compito di provvedere alla abrogazione del titolo I D.L. n. 429/82 e successiva conversione e delle altre norme incompatibili con la nuova disciplina.

Pur non affrontando in questa sede il problema delle specifiche soluzioni da fornire alla sopravvivenza o meno di alcuni reati contenuti nella L. n. 516/82, si deve rilevare in via generale come - al pari di analoghe situazioni avvenute con l'introduzione di diversi testi normativi²⁹ - nonostante la dichiarazione espressa di *abolitio criminis* contemplata tanto dalla legge di delega che dal decreto delegato, si siano verificate, invece, conseguenze assai "variegate" anche recepite da decisioni del "diritto vivente", per le quali si assiste invece ora ad ipotesi certe di abrogazione, con le conseguenze di cui all'art. 2, 2° co. c.p. (come, ad esempio, l'omessa o irregolare tenuta delle scritture contabili, i reati in materia di stampati e, generalmente, l'omesso versamento di ritenute da parte del sostituto di imposta ex artt. 1, 2 e 3 L. n. 516/82), ora alla semplice successione di leggi modificatrici ex art. 2, 3° co. c.p. (occultamento o distruzione di documenti contabili, emissione di fatture o documenti per operazioni inesistenti, frode nella esecuzione esattoriale ex artt. 1 e 4 L. n. 516/82 e art. 97 comma 6 D.P.R. n. 602/1973), ora, infine, ad ipotesi problematiche e di non agevole soluzione (omessa dichiarazione, infedele dichiarazione dei redditi, omessa dichiarazione del sostituto di imposta).

²⁹ Fra i quali in particolare la L.n.86/1990 in tema di abrogazione del delitto di cui all'art.324 c.p., ritenuta però, specie sul versante giurisprudenziale, quale sostanziale modificazione della disposizione, in rapporto con il reato punito dall'art.323 c.p. per tutte Cass., Sez. Un., 20.6.1990, Cass. pen. 1990, 1986.

Con la conseguenza, comunque, di dover prendere atto di una abrogazione solo parziale delle disposizioni previgenti, da cui traggono origine difficoltà interpretative derivanti dalla patologica discrasia fra il testo abolitivo della norma e gli effetti da questa prodotti.

Da qui, appare comprensibile auspicare il ricorso, da parte del Legislatore, a disposizioni espresse regolatrici delle situazioni pregresse, che peraltro - nei limiti del divieto costituzionale ex art. 25, 2° co. Cost. del trattamento peggiorativo delle condotte rispetto alla applicazione della legge poi abrogata - si presenta possibile per la normazione ordinaria³⁰; da qui però, prende pure origine la diversa problematica attinente agli *ulteriori corollari derivanti anche dalla retroattività della disposizione più favorevole*, ponendo mente perciò alle considerazioni coinvolgenti i limiti cui una eventuale - e nella specie inesistente - determinazione legale transitoria risulterebbe sottoposta e dai quali dovrebbe essere dipendente.

Di vero, occorre comunque considerare che la questione non era del tutto sfuggita all'Esecutivo, che infatti, nello schema preliminare del Decreto delegato, con l'originaria formulazione dell'art. 25 aveva espressamente determinato la sorte dei fatti pregressi, individuandone però i concreti presupposti in situazioni ermeneutiche estremamente complesse, destinate ad appesantire per i loro riflessi sul piano giudiziario, il passaggio dall'uno all'altro sistema.³¹ Detti interventi, come è noto, vennero in seguito eliminati dalla stesura definitiva del Decreto legislativo - che infatti, nella sua attuale formulazione, è sfornito di regole attinenti al diritto transitorio - sia sulla base dei rilievi critici formulati dalle Commissioni parlamentari, sia recependo le osservazioni negative immediatamente espresse dalla dottrina, rivolte ad individuare un vizio di incostituzionalità per eccesso di delega delle disposizioni transitorie originariamente introdotte per contrasto con la avvenuta abolizione del principio di ultrattività delle leggi penali finanziarie, che imponeva la esclusiva applicazione nel settore della disciplina comune contenuta nell'art. 2, 2° e 3° co. c.p.³²

Bisogna in proposito rilevare - dopo avere evidenziato ancora una volta l'insorgere di problematiche perfettamente evitabili con l'esclusione del ricorso alla normazione delegata - come le considerazioni critiche cogliessero sostanzialmente nel segno: non tanto, si badi, in relazione al menzionato eccesso di delega, che sarebbe risultato componibile sotto la copertura dell'art. 16 lett. b) L.n. 205/99, volto espressamente a delegare il Governo anche della emanazione precipua di norme transitorie³³ (qui perfettamente applicabile in nome della precisa funzionalità della delega medesima); ma con attinenza ad altre violazioni costituzionalmente rilevanti, e fondate sulla configurazione di una deroga, per i fatti pregressi, ai principi di retroattività della *abolitio criminis* o della norma penale successiva più favorevole, dai quali anche la legislazione transitoria non può essere sganciata. Pur senza fornire rilievo costituzionale ai principi retroattivi menzionati infatti - e anche ad escludere, perciò, il contrasto con l'art. 25, 2° co. Cost., che si manifesterebbe solo nel caso in cui le condotte penalmente rilevanti venissero trattate *in peius* rispetto alla disciplina posta dalla norma abrogata³⁴ - il problema viene alla luce sotto i diversi profili posti dall'art. 13 e dall'art. 3 Cost., ed attinenti alla manifestazione del *favor libertatis* o, più in generale, al fondamento del principio di uguaglianza.

La *ratio* del principio stesso di irretroattività, conformemente alla sua genesi

³⁰ Fin qui ROMANO, Commentario sistematico del codice penale, Milano 1987, 57.

³¹ Relazione allo schema preliminare, n. 6.2, statuendo nella sostanza l'inapplicabilità generale delle nuove disposizioni ai fatti pregressi e raccordando nuove e vecchie incriminazioni sulla base del parametro di riferimento rappresentato dalla soglia di punibilità, così da adeguare però i limiti di entità preesistenti a quelli riscontrabili tra omessa indicazione di elementi attivi ed evasione di imposta sulla base del principio costituito dall' *id quod plerumque accidit*.

³² In generale V. CARACCIOLI, Considerazioni sulla bozza, 96; Izzo, Dubbi di costituzionalità sulla normativa transitoria della riforma sui reati tributari, Il fisco 2000, 1696.

³³ Così NAPOLEONI, Op. cit., 291.

³⁴ Così sostanzialmente ROMANO, Commentario, cit., 57. V. anche NAPOLEONI, Op. loc. cit.

storica, deve essere individuata proprio sul piano politico-garantista del *favor libertatis*, da intendersi non solo come divieto di sottoposizione ad un trattamento più severo di quello previsto al momento del fatto (divieto al quale presiede già, come osservato, la disposizione contenuta nell'art. 25 Cost.), ma anche come esigenza di retroattività della norma di favore, quale corollario

indispensabile e necessario del superiore principio menzionato, individuato nelle sue linee generali dall'art. 13 Cost.³⁵

In tal modo, si compongono le ipotizzabili sfasature fra la disciplina legislativa introdotta dall'art. 2 c.p. e la disposizione costituzionale di cui all'art. 25, 2° co. Cost. relativamente alla compatibilità di quest'ultima con la retroattività della *lex mitior*,³⁶ e l'applicazione retroattiva della norma più favorevole diviene espressione del medesimo principio del *favor libertatis* da cui deriva pure l'irretroattività della disposizione di sfavore. Nello stesso tempo, la retroattività assume anche un autonomo ed ulteriore fondamento costituzionale rappresentato dall'essere espressione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., poiché appare del tutto irragionevole continuare ad applicare un trattamento penale più severo ad un fatto che la legge vuole sanzionato in modo più mite, o addirittura che considera penalmente lecito in ragione della mutata coscienza sociale; giungendo a punire più gravemente, insomma, "un soggetto per un fatto che viene meno rigorosamente sanzionato o che chiunque può commettere nello stesso momento in cui l'autore subisce i suoi effetti".³⁷

Proprio per siffatte ragioni, d'altronde, vigente ancora il principio di ultrattività delle leggi finanziarie, era stato criticato il fondamento della disciplina derogatrice alle regole comuni dettate dall'art. 2 c.p. ravvisato dalla Corte Costituzionale, come è noto, "nell'interesse primario alla riscossione dei tributi",³⁸ ritenendosi infatti che detta motivazione non fosse sufficientemente valida per ritenere giustificata la disparità di trattamento che ne conseguiva proprio alla stregua dell'art. 3 Cost.³⁹

Accade perciò che, mentre per la irretroattività della norma di sfavore vige un pacifico sbarramento costituzionale, in relazione alla retroattività della disposizione favorevole la determinazione

risulta rimessa al solo Legislatore ordinario, con la conseguenza che, sotto la copertura dell'art. 25, 2° comma Cost., sembra poter rientrare anche una legge che non preveda l'irretroattività delle disposizioni più favorevoli;⁴⁰ ove però rimane salva l'incompatibilità di detta legge con l'art. 3 Cost., donde l'incostituzionalità riconosciuta di disposizioni che impediscano il trattamento retroattivo di favore perché in contrasto quantomeno con il fondamentale canone dell'uguaglianza, interamente violato dalla esistenza di una irragionevole disparità di trattamento.

Consegue dunque da quanto esposto che il mantenimento nel testo definitivo del Decreto legislativo della disciplina transitoria prevista dal Governo con lo schema generale sopra evidenziato e non approvato, si sarebbe tradotto in un vizio di costituzionalità della disciplina transitoria, certamente aggravatrice della finalità pure richiamata di rendere più veloce ed agevole l'entrata "a regime" del nuovo sistema tributario. E consegue pure, come osservato, la piena fondatezza delle critiche a suo tempo avanzate in argomento, non già, pertanto - come ancora una volta già sottolineato - in virtù di un superabile eccesso di delega, ma per la presenza di un contrasto con l'art. 3 Cost., con violazione di qualsiasi ragionevole criterio di differenziazione.

³⁵ Per tutti PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano 1987, 115.

³⁶ Conclusione ritenuta pacifica: cfr. in particolare VASSALLI, *Abolition criminis e principi costituzionali*, Riv. it. dir. proc. pen. 1983, 377; GALLO, *La legge penale (appunti delle lezioni)*, Torino 1967, 44; SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano 1969, 96.

³⁷ Cfr. in particolare PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 1990, 47 ss.

³⁸ Cfr. C. Cost., da sent.n.164/1974 in Foro it. 1975, I, 28 con nota di PADOVANI a Corte Cost., sent. n. 6/1978 in Giur. cost. 1978, I, 40.

³⁹ Sul punto PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 3° comma c.p.*, Riv. it. dir. proc. pen. 1982, 1379.

⁴⁰ Fin qui sostanzialmente anche MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 119.

4. Cenni sulla eventuale "resurrezione" della c.d. pregiudiziale tributaria

Da ultimo, merita una peculiare, breve considerazione la problematica attinente alla c.d. pregiudiziale tributaria, nella misura in cui anch'essa diviene "connessa" alla disposta abrogazione del Titolo I della L. n. 516/1982.

La questione, in effetti, nasce proprio dalla abrogazione integrale del testo normativo da ultimo richiamato, ove fra le disposizioni soppresse figura anche l'art. 13 che a sua volta abrogava, fra l'altro, anche le vecchie e precedenti norme sulla menzionata pregiudiziale. Donde l'eventualità per la quale, con l'abrogazione della norma abrogatrice, abbia ripreso vita anche la pregiudizialità tributaria⁴¹, con l'evidente insorgere di un "infortunio" legislativo conseguente alla generalizzata - e certamente poco meditata - eliminazione delle statuizioni previgenti.

La "resurrezione" della pregiudiziale tributaria, d'altra parte, ben si accorda con la scelta di abrogazione integrale di cui alla delega del 1999, considerando infatti che - logicamente e giuridicamente - il solo scopo pratico che può indurre il legislatore ad abrogare una norma abrogatrice (se non si vuole liquidare la questione con il rilievo di una pura e semplice assenza di accorte e ponderate riflessioni), non può essere altro che quello di richiamare in vita la norma già abrogata,

tanto più che "se ciò non accadesse, l'abrogazione compiuta sarebbe priva di risultato pratico, anzi addirittura priva di ragion di essere"⁴². E allo stesso modo, la reintroduzione della citata pregiudiziale potrebbe ricevere conforto dallo stesso testo normativo di cui al D. leg.vo n. 74/2000, ove all'art.1 lett.f) - in sede di definizioni - la nozione di "imposta evasa" sulla quale poggiano le soglie di punibilità previste per i vari delitti fiscali viene qualificata come "imposta *effettivamente* dovuta"; con ciò potendosi ritenere che l'azione penale per i delitti in argomento debba essere esercitata solo quando l'accertamento del tributo sia divenuto definitivo, per mancato ricorso ai rimedi giurisdizionali o per la formazione del giudicato della decisione degli Organi competenti per il contenzioso tributario⁴³.

Così stando le cose tuttavia, al di fuori delle critiche pure correttamente mosse alla interpretazione della citata locuzione di "imposta effettivamente dovuta"⁴⁴, sembra che la questione della rinascita della pregiudizialità fiscale debba ricevere risposta negativa, non tanto in nome di evanescenti ed apodittici contrasti con la c.d. "voluntas compilatores"⁴⁵ quanto, piuttosto, per la corretta valutazione degli effetti

della abrogazione e della distinzione che si compie fra abrogazione e annullamento della normativa precedentemente in vigore.

Sotto il primo profilo, un limite al principio di abrogazione della legge vecchia con la nuova si individua nel caso in cui la prima abbia carattere speciale o eccezionale mentre l'altra ne rivesta uno generale; con la conseguenza di dover concludere che, salvo espressa volontà contraria del legislatore, la statuizione sopravvenuta non abbia inteso toccare la normazione dettata per situazioni particolari, riguardando infatti solo la generalità dei casi.⁴⁶

Sotto il secondo aspetto, si esclude invece la previsione costituzionale dell'annullamento come conseguenza della avvenuta abrogazione, così che, avvenuta questa, non si può ridar vita al provvedimento esistente prima della entrata in vigore della norma abrogata. Ciò perché quest'ultima, avendo eliminato validamente l'antecedente, non ne rende più possibile la riviviscenza, che invece si verificherebbe solo se fosse annullata la legge che ne aveva provocato la fine.⁴⁷

Se, pertanto, la eliminazione della pregiudiziale tributaria avvenuta nel 1982 viene intesa come statuizione speciale rispetto alla generale abrogazione compiuta con l'art. 25 D. Leg.vo n. 74/2000, risulta palese l'inefficacia della

⁴¹ Cfr. DOVERE, I nuovi reati tributari, Napoli 2000, 118.

⁴² Così PUGLIATTI, Abrogazione, Enc. del dir. Milano 1958, Vol I, 153.

⁴³ Cfr. MARRA, L'esercizio dell'azione penale solo ad imposta evasa definita, il Fisco 2000, 7574.

⁴⁴ Che, in effetti, sembra introdotta solo in contrapposizione alla diversa nozione di "imposta indicata in dichiarazione": così NAPOLEONI, Op. cit., 271.

⁴⁵ Anche se l'esclusione di qualsiasi pregiudizialità era stata chiaramente espressa in sede legislativa: cfr. O.d.g. della Camera dei deputati n.9/1850-B/1, 16.9.1999.

⁴⁶ Cfr. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, cit., 367 ss.

⁴⁷ MORTATI, Op. loc. cit., 856.

abrogazione attinente all'art.13 L.n. 516/82; come pure, trattandosi appunto di abrogazione e non di annullamento, la cancellazione di siffatta ultima disposizione non produce per ciò solo la ricomparsa della pregiudizialità, che risulta comunque validamente già eliminata.

Con la conseguenza che la *lacuna legis* che comunque deriva dalla disposta abrogazione deve essere colmata dall'interprete secondo i canoni di cui all'art. 12 delle preleggi,⁴⁸ nell'ambito dei quali la dichiarata esclusione di qualsiasi pregiudizialità⁴⁹ e la assenza di ogni volontà manifestata in tal senso della legge di delega del 1999 conducono ad escludere ogni resurrezione dell'istituto, pertanto non più operante.⁵⁰

Sembra dunque, in conclusione, che - pur riuscendo ad evitare in via interpretativa la inopportuna rinascita della pregiudiziale tributaria - i più rilevanti rilievi critici in ordine alla formulazione normativa dei reati tributari trovino comunque spazio all'interno della non condivisibile scelta del procedimento di delegazione. Vuoi relativamente ai limiti della delega, di cui all'art. 76 Cost.; vuoi con attinenza ai contenuti ed ai rapporti fra legge delegante e provvedimento delegato; vuoi per le implicazioni descrittive compiute dal potere esecutivo, investite da sensibili elementi di indeterminatezza; vuoi, infine, per gli avvenuti interventi di abrogazione, che, in ogni modo, impongono alla interpretazione e al "Diritto vivente" il compito di fare chiarezza nell'ambito di statuizioni affatto risolutive dei problemi di diritto transitorio e della eventuale rinascita di istituti inopportuni.

⁴⁸ La abrogazione della precedente abrogazione, infatti, costituisce un atto legislativo a doppia faccia, eliminando la norma abrogatrice e ponendo in essere un nuovo atto legislativo avente il contenuto dell'atto abrogato, che però costituisce provvedimento del tutto autonomo, anche agli effetti cronologici della sua esistenza. Così PUGLIATTI, Op. cit., 153.

⁴⁹ V. nota n.44.

⁵⁰ D'altra parte, anche sul versante processuale le conclusioni raggiunte sembrano confermate, in virtù del disposto dall'art. 207 disp. att. c.p.p., che infatti aveva già disposto la abrogazione di tutte le norme incompatibili con il rito allora introdotto, fra le quali anche la pregiudiziale tributaria (salva l'applicazione dell'art. 479 c.p.p. nei limiti e con i presupposti della sospensione del dibattimento).

DORIANA VENCIA

IL CONCORSO ESTERNO IN ASSOCIAZIONE MAFIOSA, TRA INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE E PROPOSTE DI RIFORMA

Il legislatore del '30 con le norme sul concorso ha inteso introdurre "un comodo 'tappabuchi'",¹ idoneo a colmare gli spazi di tutela non ricoperti dalle fattispecie di parte speciale.

Questa previsione, ai tempi del terrorismo, ha consentito di individuare la cate-

goria del concorso esterno, da utilizzare come "soccorso repressivo"² nella lotta ai fiancheggiatori delle bande armate.

Negli anni seguenti, i buoni risultati ottenuti convinsero Falcone e Borsellino, nell'opera di adattamento delle categorie giuridico-penali alle realtà criminologiche soggette al vaglio giudiziario, a utilizzarlo come strumento per combattere quelle infiltrazioni che permettono

alle organizzazioni criminali di muoversi agevolmente all'interno di ambienti istituzionali, imprenditoriali, delle professioni, apparentemente lontani da dove comunemente si immagina operino le mafie. Se si fosse rimasti abbarbicati alla sola categoria della partecipazione, infatti, si sarebbe lasciata priva di sanzione penale una rilevante fetta di condotte percepite dalla coscienza sociale come "meritevoli di pene", humus fecondo per la proliferazione dell'organizzazione mafiosa. La soluzione, tuttavia, lascia in parte alla discrezionalità giurisprudenziale l'individuazione della tipicità penale: è così che l'estrema duttilità, che costituisce il punto di forza dell'istituto del concorso esterno secondo alcuni,

diventa per altri "grimaldello del principio costituzionale di stretta legalità",³ *sub specie* della violazione della necessaria determinatezza della norma penale e del divieto di analogia *in malam partem*.

Il contrasto di posizioni, come è evidente, non riguarda il disvalore politico-criminale di cui sono portatrici le condotte di contiguità alla mafia, bensì il momento successivo concernente l'individuazione del

quomodo (sono punibili alla stregua del combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis c.p.? Rientrano nelle previsioni di cui agli artt. 378, 379, 416-bis e 418 c.p.? Non sono sanzionabili alla stregua della normativa vigente ed occorre l'introduzione di una disciplina specifica?) e del quantum di punibilità delle stesse.

Rimandando ad un momento successivo l'analisi delle prospettive di riforma, l'individuazione, alla luce dell'ordinamento positivo, delle condotte perseguibili a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa, richiede la verifica della possibilità di tracciare la linea di discriminazione rispetto alla fattispecie di partecipazione, da un lato e all'area del penalmente irrilevante, dall'altro.

Quanto al primo punto (è possibile un concorso materiale nel reato associativo che non implichi contestualmente la partecipazione al sodalizio criminale?), indispensabile premessa è l'interpretazione dell'art. 416-bis, che definisce l'associazione di tipo mafioso e punisce i soggetti che la promuovono, dirigono od organizzano, o ne facciano parte.

I reati associativi, com'è noto, sono previsti onde fornire alla società una tutela efficace contro le aggressioni della criminalità organizzata. Con essi, quindi, si punisce l'organizzazione di per sé, a prescindere dall'accertamento della commissione dei c.d. delitti-scopo, poiché è l'esistenza stessa di una struttura stabile dedicata alla commissione di reati a rappresentare un pericolo per la vita socia-

¹ FIANDACA, *Un'espansione incontrollata del concorso criminale*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 127

² FIANDACA, *op. loc. cit.*

³ BERTOROTTA, *Concorso eventuale di persone e reati associativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p.1293

le. Tale tipologia di fattispecie va incontro ad un'esigenza reale, che pertanto merita d'esser presa in considerazione, ma la sua configurazione suscita problemi di importanza non secondaria che, comuni anche agli altri reati associativi, diventano maggiormente tangibili nella previsione dell'art. 416-bis: ci riferiamo alle carenze di tipicità ed offensività della fattispecie, tanto che in dottrina le voci sono concordi nel senso della necessità di una radicale riforma.⁴ Il duplice elemento dell'associazione di più persone e della finalità di commettere una pluralità di delitti per un verso, e l'individuazione dell'ordine pubblico quale bene giuridico oggetto di tutela per altro, non appaiono, infatti, idonei a fugare ogni dubbio di incompatibilità con i principi costituzionali di tassatività e offensività delle fattispecie penali.

Sulla scorta di tali osservazioni, dottrina e giurisprudenza hanno operato una trasformazione delle fattispecie associative da delitti a pericolosità astratta, secondo la formulazione del codice Rocco, in delitti a pericolosità concreta, introducendo in via interpretativa la necessità di una verifica dell'idoneità dell'organizzazione criminale a realizzare i reati-scopo programmati.

Tale operazione, tuttavia, non è stata sufficiente a liberare le norme che puniscono l'associazione per delinquere e l'associazione di tipo mafioso dal loro "alone sub-lunare di indeterminatezza":⁵ le condotte perseguite per il loro tramite, infatti, sono a forma libera e la loro tipizzazione resta affidata al grado di idoneità offensiva del bene giuridico protetto. Quando, però, come in questo caso, ci troviamo di fronte ad un bene-interesse di rilevante astrattezza l'idoneità offensiva diventa in pratica difficilmente verificabile.

Il primo passo sulla via di una ricostruzione della condotta di partecipazione deve essere, dunque, quello volto ad una concretizzazione del bene giuridico oggetto di tutela.

Partendo da queste considerazioni, un autorevole Autore⁶ ha proposto la ricostruzione che ci sembra di poter condividere perché, abbandonata ogni dimensione psicologica ed ideologica, il concetto di ordine pubblico diviene realtà criminologica osservabile, circoscritta in precise coordinate spazio-temporali: "l'ordine pubblico sta ad indicare l'equilibrio dinamico di un sistema sociale al cui interno coabitano aree spesso interferenti di legalità e illegalità", per cui tutela dell'ordine pubblico significa "tutela di un assetto sociale, che esiste hic et nunc e che è caratterizzato da determinati tassi di criminalità, contro i rischi di recrudescenza criminale, cioè di incremento dei tassi di criminalità preesistenti", dovuti alla trasformazione delle 'opportunità criminali' in 'atti criminali'. In quest'ottica l'associazione per delinquere in generale, e quella di tipo mafioso in particolare, diviene offensiva per l'ordine pubblico quando (e solo quando) genera situazioni di offesa potenziale per i beni-interessi protetti dalle norme incriminatrici dei reati-scopo.

Così individuati il bene-interesse tutelato e la ratio della sanzione penale (la prevenzione di un incremento dei fenomeni criminali, agendo in via anticipata sui fattori generanti opportunità criminali), assume contorni più definiti anche la forma associativa perseguibile secondo la normativa vigente: essa dovrà possedere una struttura organizzativa e dei mezzi idonei alla realizzazione del programma criminoso; il mero accordo degli associati, in quest'ottica, costituisce solo lo step iniziale nella genesi della fattispecie.

Caratterizzata l'associazione, di cui l'elemento organizzativo costituisce il tratto qualificante, ne discende logicamente anche l'individuazione del contenuto della condotta di partecipazione: "l'apporto causale proveniente da chi è stabilmente inserito nella struttura organizzativa dell'associazione, all'interno della quale ha assunto un ruolo ed è investito dei relativi poteri, funzionali al manteni-

⁴ GROSSO, *Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p.412

⁵ IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena prevista dall'art.416 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 575.

⁶ Il riferimento è al lavoro già citato di IACOVIELLO.

⁷ PACI, *Osservazioni sull'ammissibilità del concorso eventuale nel reato di associazione a delinquere di tipo mafioso*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 544s.

mento od al rafforzamento dell'ente".⁷ Svolgimento di un'attività, dunque, conforme al ruolo rivestito.

In giurisprudenza, tuttavia, i termini della questione non sono mai stati chiaramente definiti, parlandosi a volte di assunzione di un ruolo, altre di prestazione continuativa di un'attività, come requisiti distinti e non necessariamente concorrenti.

Sul piano teorico, l'accoglimento della posizione che individua il dato caratterizzante della condotta di partecipazione nella mera assunzione di un ruolo sembrerebbe comunque garantire una chiara distinzione rispetto alla condotta del concorrente eventuale: "la partecipazione è uno status che non ha bisogno di

azioni; il concorso esterno è invece azione di un soggetto senza status".⁸ Il problema, però, non sarebbe di facile soluzione da un punto di vista pratico: se per essere partecipi basta rivestire un ruolo all'interno del sodalizio criminoso, pur senza metter in atto attività concrete, al di là del concorso morale, come si può concorrere ad esser soci non essendolo?

⁸ Così, efficacemente, si esprime IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1009

Nelle partecipazioni antecedenti alla pronuncia delle Sezioni Unite (n. 16/94 - Demitry) che prende posizione nel contrasto tra fautori e

destruttori del concorso esterno, si avverte il maturare della consapevolezza che può affermarsi la configurabilità del concorso eventuale materiale solo interpretando il reato di partecipazione come reato di evento - *contributo dato alla vita dell'associazione* -, piuttosto che come reato di pura condotta - *far parte dell'associazione* - (si vedano le sentt. 1 settembre 1994, n. 357 - Graci - e 14 maggio 1994 n. 2348 - Clementi -, ma anche, in epoca meno recente, sez.I, n. 8092/87 - Cillari - e n.8864/89 - Agostani). Un'interpretazione accolta dalla stessa sent. Demitry, che al proposito sancisce: "una condotta, per essere considerata aderente al tipo previsto dall'art. 416-bis per la partecipazione ad un'associazione mafiosa, deve rispecchiare un grado di compenetrazione del soggetto con l'organismo criminale tale da potersi sostenere che egli, appunto, faccia parte di esso. ... Questa compenetrazione, questo 'far parte', può esser provato, ovviamente, in tanti modi. E se una delle fonti di prova può essere la chiamata in correità a più voci ..., è certo che la più sicura fonte di prova o, se si vuole, il riscontro più pregnante ... delle eventuali chiamate in correità è il ruolo assegnato dall'associazione al partecipe e da quest'ultimo svolto. Sono, in altri termini, i *facta*, i comportamenti dell'associato che ne proveranno la sua veste di partecipe, comportamenti che, a ben vedere, consistono nell'assolvimento di compiti fisiologicamente propri dell'associazione".

Ciò premesso, per una distinzione tra le due condotte, i giudici delle SS.UU. individuano un nuovo elemento: la situazione di pericolo in cui versi l'associazione mafiosa, una fase di anormalità che richiede, perché il sodalizio possa mantenersi in vita e perseguire i propri scopi, l'apporto (anche episodico) di un soggetto esterno. Il concorrente eventuale è il soggetto che "non vuole 'far parte' dell'associazione e che l'associazione non chiama 'a far parte', ma al quale si rivolge sia ad esempio per colmare determinati vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto, nel momento in cui la 'fisiologia' dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato di un esterno. ... *Lo spazio proprio del concorso eventuale materiale appare essere quello dell'emergenza nella vita dell'associazione o, quanto meno, non lo spazio della normalità occupabile da uno degli associati*". La giurisprudenza successiva si è mossa nella medesima direzione (basti citare, esemplificativamente, le sentt. n. 2080/96 della IV sez. - Blando -, n. 5649/97 - Dominante - della VI sez. e, più di recente, n. 1759/99 - Trigili- e n. 2285/2000 - Pangallo - sempre della VI sez.), pur se non sono mancate pronunce in cui si è ravvisata l'ipotesi del concorso esterno in fattispecie caratterizzate da un contri-

buto continuativo in favore del sodalizio, prescindendo dalla ravvisabilità di una situazione patologica nella vita dello stesso (Cass., sez. Vpen., sent. n. 4903/97 - Montalto -).

Inoltre, poiché la condotta dell'*extraneus*, a differenza di quella del partecipe, consiste non nell'assunzione di un ruolo o di un compito caratterizzante l'apparato strutturale dell'organizzazione mafiosa nel suo normale operare, ma in un apporto che consenta all'associazione di superare un pericolo contingente, per affermare la responsabilità penale del soggetto esterno in ordine al reato di cui agli artt. 110 e 416-*bis* c.p., occorre accertare, come del resto ha esplicitato una non lontana sent. del Tribunale di Palermo (4 aprile 1998, imp. Musotto), che questi abbia effettivamente operato per compiere l'attività richiestagli dall'ente criminale: il *thema probandum*, cioè, dovrà coprire la verifica sia dell'effettività dell'attività realizzata dal concorrente (non basterà un contributo meramente potenziale) sia dell'incidenza causale di essa rispetto all'esistenza o al rafforzamento dell'organismo criminale (nel suo complesso o limitatamente ad un determinato settore), in una fase anormale della vita dell'ente, in cui l'organismo criminale non riesce a far fronte mediante i propri associati alle esigenze connesse allo svolgimento delle attività illecite ed alla conservazione della propria struttura.

⁹ IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa*, cit., p. 1009.

In dottrina merita d'essere segnalata la tesi di un eccellente giurista⁹ che propone di considerare l'associazione mafiosa non più come ente, bensì come *impresa*, come attività. Così facendo, trova il modo per superare la stessa necessità di distinguere tra partecipazione e concorso, "tenui involucri di una sostanza comune". Ciò che conta, in quest'ottica, è la *funzione* esercitata nell'impresa: "che differenza fa se uno esercita la stessa funzione stando dentro o fuori dall'organigramma gerarchico di quella?". Più importante diviene, allora, tracciare i limiti dell'area del penalmente rilevante. All'interno di questa, distinguere tra partecipazione e concorso esterno non è più un problema di diritto sostanziale, che implica un diverso grado di disvalore penale (cosa peraltro osteggiata dall'art. 110 c.p.) e sociale, bensì un problema di prova: "se si prova che uno è stato assunto all'interno dell'organizzazione mafiosa e *ha preso possesso del suo ruolo*, è provato tutto quello che c'era da provare. Per il concorrente esterno va invece provata la stabilità e continuità di apporti all'impresa mafiosa".

Significa rinunciare a punire a titolo di concorso esterno tutti quei contributi isolati e occasionali, causa di aspri scontri nelle aule di giustizia, ma forse è un giusto compromesso nell'attesa di un intervento del Legislatore.

Occorre a questo punto fare qualche breve cenno in ordine all'elemento soggettivo delle due tipologie di agenti criminali.

Proprio le problematiche attinenti all'atteggiamento psicologico del concorrente esterno avevano portato certa giurisprudenza e parte della dottrina ad escludere la configurabilità del concorso eventuale materiale in associazione mafiosa: muovendo dalla premessa che sia per il partecipe che per il concorrente l'elemento soggettivo dovesse essere il dolo specifico (la volontà e la consapevolezza che la propria azione contribuisse alla realizzazione degli scopi della *societas sceleris*), si sosteneva che giuridicamente non v'era spazio per una figura diversa da quella della partecipazione.

La sentenza delle Sezioni Unite e la nutrita giurisprudenza successiva hanno, invece, negato la necessità del dolo specifico (comportante sia la volontà di far parte dell'associazione sia quella di realizzarne i fini), rilevando che è certamente possibile il concorso con dolo generico in un delitto a dolo specifico, purché almeno uno dei concorrenti sia animato dalla finalità ulteriore richiesta dalla norma incriminatrice di parte speciale. Bisogna puntualizzare, tuttavia, che se il soggetto esterno, di norma, fornisce il suo apporto perseguendo i propri scopi e

- ¹⁰ Sent. 18 novembre 1996, Tribunale di Palermo, in *Foro it.*, 1997, II, c. 614. Ma nello stesso senso si vada Cass. 4 febbraio 1988, Barbella, in *Foro it.*, Rep.1989, voce *Concorso di persone nel reato* n.18; Cass. 23 agosto 1994, Amato, inedita, tanto per citarne qualcuna.
- ¹¹ Cfr. DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1996, p.3496ss. In giurisprudenza analoghe considerazioni si possono rinvenire in Trib. Catania Sent. 28 marzo 1991, in *Foro it.*, II, 1991, p. 474, dove si legge: "... qualora l'associazione criminosa sia costituita da una struttura talmente vasta da trascendere le singole territorialità ove il fenomeno si manifesta, è di tutta evidenza come l'apporto di eventuali soggetti esterni difficilmente potrà assumere efficacia decisiva in ordine all'esistenza ed all'operatività del vincolo associativo; e se, per avventura, una tale efficacia dovesse in qualche caso riscontrarsi, allora sarà più facile trovarsi di fronte ad una appartenenza a pieno titolo nel reato a concorso necessario piuttosto che ad un concorso esterno".
- ¹² È la tesi cui approdano MUSCATIELLO, *Il concorso esterno*, cit. p.117 ss. e IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*, in *Cass. pen.*, 1995, p.863 s.
- ¹³ Tra le più recenti, si segnala la sent. del tribunale di Palermo del 6.06.2001 emessa nel proc. c/ Picone, che si spinge ancor più in là, operando una distinzione tra il "rafforzamento della struttura criminale" in quanto tale e l'"agevolazione delle (singole) attività" dell'associazione: "Se, infatti, dal rafforzamento della struttura consegue una facilitazione delle attività dell'organizzazione, non è sempre vero il contrario". Ne consegue che l'agevolazione di una singola attività non comporta necessariamente un accrescimento delle

non quelli dell'associazione, non è da escludere che possa agire anche con dolo specifico e, ciò nonostante, restare concorrente esterno.

L'elemento soggettivo del concorso eventuale si sostanzia, dunque, nella volontà del soggetto di prestare il suo contributo e nella consapevolezza di agevolare, con quel contributo, l'associazione; non è invece richiesta la volontà di realizzare i fini propri del sodalizio criminoso, potendo il concorrente esterno disinteressarsi della strategia complessiva di quest'ultimo, degli obiettivi che lo stesso si propone di conseguire.

Una volta delineati gli elementi costitutivi della fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa e individuati i tratti differenziali rispetto alla condotta di partecipazione, resta da tracciare il confine tra attività punibile a titolo di concorso e condotta, pur moralmente censurabile, che si ponga tuttavia ai limiti della liceità.

La giurisprudenza e la dottrina favorevoli alla configurabilità del concorso eventuale nella fattispecie associativa di tipo mafioso hanno fatto riferimento, a tal fine, al concetto di "*contributo causale*" del soggetto esterno rispetto ai fini dell'associazione, ovvero al suo mantenimento o rafforzamento: "occorrerà verificare che il contributo prestato dall'*extraneus* sia idoneo, se non al potenziamento, almeno al consolidamento, od al mantenimento in vita, della particolare struttura organizzativa descritta dall'art. 416-*bis* c.p., dovendo consistere in un *apporto obiettivamente adeguato e soggettivamente diretto a rafforzare la struttura organizzativa* che caratterizza il fenomeno associativo".¹⁰

Secondo quest'orientamento gli "indici rivelatori" dell'efficacia causale dell'attività prestata dall'esterno, in linea generale, possono individuarsi nell'importanza della prestazione, in senso assoluto e relativamente alla situazione concreta, nell'ampiezza e complessità della struttura organizzativa, nell'importanza del soggetto che fornisce l'apporto.

Una simile impostazione non va esente da critiche: di fronte ad organizzazioni di vaste dimensioni, fortemente strutturate e profondamente radicate nel tessuto sociale come quelle di tipo mafioso (si chiamino poi camorra, 'ndrangheta, "cosa nostra"), la dimostrazione che l'episodica attività di un soggetto esterno sia stata funzionale al consolidamento dell'organizzazione stessa è vera e propria *probatio diabolica*, che nella migliore delle ipotesi rischia di limitare l'operatività del concorso eventuale allo stato embrionale di vita dell'associazione, quando questa, cioè, non si è ancora integralmente formata.¹¹ Taluni autori¹² hanno ritenuto di poter superare l'impasse ravvisando il secondo termine del nesso causale non nell'organizzazione nel suo complesso, ma nelle singole condotte associative.

Pur prescindendo dalla facile quanto immediata osservazione che correlando il contributo dell'*extraneus* alla singola condotta associativa si finirebbe per creare un inutile doppione delle fattispecie incriminatrici di assistenza agli associati e favoreggiamento¹³, è forse utile sottolineare che tale prospettiva, a tutto concedere, verrebbe solo a spostare ad un momento successivo l'accertamento del nesso causale rispetto alle complesse dimensioni dell'evento associativo, con il rischio di pericolose presunzioni *iuris et de iure* in relazione all'importanza che riveste il singolo associato all'interno dell'organizzazione.

Scartata, quindi, la possibilità di ancorare la condotta del concorrente a quella, avulsa dal proprio contesto, del partecipe, si può pensare ad un approccio che ridimensioni il "mega-evento associativo ... operando in concreto una scomposizione dell'organizzazione crimina-

potenzialità offensive del sodalizio.

¹⁴ VISCONTI, *Il tormentato cammino del concorso "esterno" nel reato associativo*, in *Foro it.*, 1994, II, c. 572.

le"¹⁴ e valutando, quindi, in rapporto ad un settore particolare dell'ente il contributo del soggetto esterno. Del resto è quanto si ricava dalla stessa sent. Demitry, che espressamente ricollega l'efficacia causale del contributo dell'estraneo all'obbiettivo di "consentire all'associazione di mantenersi in vita, anche solo in un determinato settore", permettendo di concludere che la condotta del concorrente esterno è penalmente rilevante anche quando è funzionale all'esistenza e al rafforzamento di una singola articolazione dell'associazione mafiosa, piuttosto che dell'intera organizzazione.

Sul punto, è interessante la soluzione proposta dal De Liquori, che ritiene dover-si commisurare l'apporto del concorrente a quello che egli definisce il "fatto collettivo"¹⁵: non tanto, cioè, all'organizzazione nella sua dimensione strutturale, anche in una sua singola articolazione, ma all'attività che l'organizzazione svolge tramite i suoi adepti.

¹⁵ DE LIGUORI, *Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa*, Milano, 1996, p. 158 e 167ss.

Le conclusioni fin qui illustrate in ordine alla configurabilità del concorso esterno e al contenuto della condotta del concorrente sono state messe in dubbio dalla Suprema Corte con la sent. 23 gennaio 2001 della VI sezione (ric. Villecco), che ha operato "un esame della 'tenuta' della decisione delle Sezioni Unite in tema di concorso esterno nel delitto di cui all'art. 416-bis c.p.", giungendo ad affermare che "tutto sembrerebbe condurre alla non configurabilità del concorso esterno, sia morale che materiale". Si osserva, infatti, che "voler ridurre il contributo fornito dall'*extraneus* al nucleo associativo ad un 'rafforzamento' quale che sia dell'attività del sodalizio appare un dato che viene integralmente a sovrapporsi al c.d. reato-fine, così da imporre una necessaria scelta alla stregua del principio di specialità che non può compiersi diversamente se non assegnando esclusivo valore designante alla condotta prevista da quest'ultimo". La sentenza Villecco attacca la ricostruzione operata dalle Sezioni Unite nel suo fulcro, nella individuazione, cioè, del "tassello" posto alla indiscriminata operatività del concorso esterno: si sostiene che la proposizione per cui il contributo del soggetto, per integrare gli estremi della condotta di concorso eventuale, debba intervenire in una situazione di pericolo per la vita dell'associazione ed importare la conoscenza, da parte dell'*extraneus*, del fatto che la sua opera 'salva' l'associazione è problematica rispetto all'attività del concorrente morale, che verrebbe ad operare in un ambito non solo notevolmente ristretto, ma altresì difficilmente realizzabile nella pratica, poiché "il concorso morale è, per definizione, al di fuori dell'azione esecutiva".¹⁶

¹⁶ Sul piano della critica al criterio che le SS.UU. ritengono qualificante il concorso esterno, sembra più pertinente il rilievo di FIANDACA che ritiene il paradigma del momento patologico criminologicamente opinabile e incerto e, dunque, facilmente manipolabile in sede processuale *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale* a cura di V. Miltello, L. Paoli e J. Arnold Milano-Friburgo 2000.

¹⁷ IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa*, cit., p. 1012.

Ma qual è la conclusione di questo "attacco"? I giudici di legittimità, non rimettono la questione alle Sezioni Unite, come forse ci saremmo aspettati, ma annullano senza rinvio l'ordinanza cautelare impugnata perché è in contrasto con la configurazione del concorso esterno che hanno tracciato le Sezioni Unite.

La sentenza è giustamente partita da una valutazione in chiave funzionalistica: "il decorso interpretativo della sentenza Demitry non si è manifestato, in concreto, assai agevole, soprattutto considerando la tipologia di condotta cui dovrebbe aderire il 'concorrente atipico' e le non rare discrasie rilevabili in giurisprudenza con riferimento ad altre ipotesi di 'continuità mafiosa'..."; ma, preso atto di ciò, non si è neppure arrischiata a formulare delle conclusioni. Del resto, quelli che avrebbero dovuto essere i pilastri della critica alla ricostruzione delle Sezioni Unite si sono risolti in "virtuosismi linguistici":¹⁷ dire, infatti, che "far parte è cosa diversa dal partecipare è un sapiente modo di sfruttare le potenzialità semantiche di una parola, ma alla fine si risolve in un postulato che non tutti sarebbero disposti ad accettare"; discorso analogo vale per la rilevata antinomia linguistica e concet-

tuale *autore-partecipe*. Osserva la Corte che "... se la nozione di autore è normalmente contrapposta a quella di partecipe, stando al lessico utilizzato dall'art. 416-*bis* autore è solo il partecipe". In realtà così facendo i giudici hanno sovrapposto due diversi piani: quello della responsabilità concorsuale in cui, per gli ordinamenti che ammettono la distinzione (fra i quali non v'è il nostro), la figura dell'autore è contrapposta a quella del partecipe, e quello della fattispecie tipica di parte speciale (nel caso l'art. 416-*bis*), in cui l'autore della condotta illecita è il partecipe all'associazione.

Il pregio della sentenza, comunque, è quello di aver riaperto il dibattito in un momento in cui, sebbene i processi in corso riguardino ancora una mafia fatta solo di omicidi, regole d'onore, rigide gerarchie, riti di iniziazione, investimenti in beni immobili fittiziamente intestati, la realtà è quella di un'organizzazione criminale che investe operando su mercati globali, svolgendo attività lecite con mezzi illeciti, una articolata sovrastruttura finanziaria che opera con investimenti formalmente legali.¹⁸

Una considerazione quest'ultima che rende di tutta evidenza l'importanza dell'istituto del concorso eventuale materiale in associazione mafiosa. Non può, però, tacersi che, sebbene gli orientamenti della magistratura giudicante siano più selettivi rispetto all'indirizzo seguito in sede di indagini preliminari dai pubblici ministeri, è preoccupante l'elevato grado di opinabilità, anche da un punto di vista probatorio, dei criteri di individuazione della condotta punibile a tale titolo. Senza dimenticare le possibili interferenze che non di rado si vengono a creare tra l'attività del soggetto esterno perseguibile a titolo di concorso e l'esercizio di diritti e libertà o l'adempimento di doveri, anche costituzionalmente tutelati (si pensi all'esercizio di prestazioni mediche o legali, all'attività parlamentare o imprenditoriale).

Ecco perché non può non condividersi la richiesta da più parti avanzata di un intervento del legislatore, che coniughi le esigenze di garanzia con quella politico-criminale di fornire di sanzione penale le condotte di fiancheggiamento alle organizzazioni mafiose.

Le soluzioni adottate negli altri paesi europei di fronte a problemi analoghi seguono grosso modo due modelli: il primo, di matrice tedesca adottato anche in Svizzera e Portogallo, prevede nell'ambito della fattispecie associativa una condotta che, affiancandosi a quella del partecipe, ha come proprio elemento caratterizzante l'estraneità dell'agente alla struttura ufficiale dell'associazione. Il secondo, sperimentato in Spagna, opta per una tipizzazione delle modalità di condotta: il codice penale spagnolo, infatti, punisce chi "effettua, ottiene o agevola qualunque atto di collaborazione alle attività o alle finalità di una banda armata, di una organizzazione o gruppo terroristico", specificando, nel secondo comma, cosa debba intendersi per atti di collaborazione.

Le proposte avanzate in Italia hanno ricalcato ora l'una ora l'altra prospettiva: alcune hanno affermato la necessità di riformare la fattispecie partecipativa nel senso di richiedere sia la formale affiliazione che il contributo materiale e introdurre un'ulteriore condotta punibile, caratterizzata dal fatto che il soggetto sostenga l'organizzazione criminosa pur rimanendo esterno ad essa; altri, invece, sulla scorta del modello spagnolo, hanno auspicato la creazione di specifiche fattispecie incriminatrici che tipizzino la varietà degli apporti esterni di sostegno, proseguendo lungo il percorso già aperto dal reato di scambio elettorale politico-mafioso.

Sembra un compromesso tra i due indirizzi la proposta, presentata dall'onorevole Li Calzi,¹⁹ mirante all'introduzione nel codice penale di un art. 416-*quater* che, sotto la rubrica "Sostegno esterno ad associazione di tipo mafioso", punirebbe "chiunque, al di fuori dei casi di partecipa-

¹⁸ Per un'interessante disamina delle nuove "metodologie criminali" della mafia si veda *Evoluzione mafiosa e tecnologie criminali*, DE LEO, STRANO, PEZZUTO, DE LISI, Milano, 1995.

¹⁹ Proposta n. 3598 del 17 aprile 1997.

zione ad un'associazione di tipo mafioso, realizza in maniera non episodica condotte di sostegno ad una associazione di tipo mafioso o arreca un contributo di tale rilevanza da avvantaggiare l'associazione nel suo complesso".

In tal modo da una parte si pone l'accento sull'estraneità (assenza di un ruolo) alla struttura dell'organizzazione, dall'altra si fissa un duplice e alternativo presupposto di punibilità: la continuità ovvero lo spessore causale del contributo.

Va segnalata, infine, la soluzione elaborata dalla 'Commissione Grosso', istituita con D.M. dell'1.10.1998 per la riforma del codice penale.

La Commissione ha rilevato, innanzitutto, l'esigenza di procedere ad una caratterizzazione del concetto di associazione attraverso la sua idoneità a perdurare

nel tempo²⁰. Per quanto attiene più specificamente all'associazione di tipo mafioso, non ha ritenuto di dover intervenire sulla definizione vigente, reputando sufficienti i criteri di specificazione introdotti per il reato associativo in generale.

Quanto alla problematica del concorso esterno, la strada scelta è stata quella di una tipizzazione delle nozioni di associato e di concorrente, secondo una formulazione di questo tenore: "è associato chi è inserito consapevolmente nella struttura organizzativa dell'associazione; fuori dei casi di partecipazione all'associazione, le pene stabilite sono applicabili a chi fornisce un rilevante contributo consapevole e volontario al conseguimento dei fini dell'associazione o alla sua conservazione e stabilità".²¹ Nel corso dei lavori non è mancato chi, ritenendo

che una formulazione di tipo generale non evitasse il pericolo di applicazioni eccessivamente discrezionali da parte del giudice, ha sostenuto l'opportunità di affrontare il problema sul terreno della parte speciale, attraverso un complesso di specifiche fattispecie di favoreggiamento. Il pericolo, in questo caso, sarebbe quello di una normativa soggetta a rapido 'invecchiamento', incapace di tenere il passo rispetto all'evoluzione delle "tecnologie criminali". Se questo è vero, la soluzione adottata in via definitiva dalla Commissione sembra meglio tener conto del processo di adattamento dei gruppi criminali alla produzione normativa antimafia e dei metodi di azione e pervasione della parte 'sana' della società, pur mantenendo la discrezionalità giudiziale entro i normali confini che trovano un contrappeso nella necessità di una rigorosa motivazione, nel doppio grado di giudizio e nello stesso controllo giuridico-sociale delle decisioni.

²⁰ Alcuni commissari ritenevano fosse opportuna l'introduzione dell'ulteriore requisito dell'idoneità a realizzare i reati-scopo programmati. La proposta, tuttavia, non ha trovato accoglimento, probabilmente perché la sussistenza di tale requisito è stata ritenuta dato interpretativo ormai pacificamente acquisito.