

**DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO**

Il sottoscritto

COGNOME | LENZINI

NOME | Christian

Matricola di iscrizione al dottorato | 1369826

Titolo della Tesi:

Danno ed offesa degli abusi di mercato

Dottorato di ricerca in | Diritto dell'Impresa

Ciclo | XXIV

Tutor del dottrando | Prof. Francesco MUCCIARELLI

Anno di discussione | 2013

**DICHIARA**

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999 prot. n. 224/1999, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;
- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);
- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC

(operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:

- tesi di dottorato (titolo *tesi*) Danno ed offesa degli abusi di mercato ;
  - di (*cognome e nome del dottorando*) LENZINI Christian;
  - discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi - Milano nell'anno 2013 (*anno di discussione*);
  - La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;
  - **solo nel caso sia stata sottoscritta apposita altra dichiarazione con richiesta di embargo:** La tesi è soggetta ad embargo della durata di ..... mesi (indicare durata embargo);
- 5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviate ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;
- 7) **scegliere l'ipotesi 7a o 7b indicate di seguito:**
- 7a) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo;

Oppure

- 7b) che la tesi di Dottorato rientra in una delle ipotesi di embargo previste nell'apposita dichiarazione "**RICHIESTA DI EMBARGO DELLA TESI DI DOTTORATO**" sottoscritta a parte.

Data 31 gennaio 2013

COGNOME

LENZINI

NOME

Christian

# **Danno ed offesa degli abusi di mercato**

Risparmio, integrità ed affidabilità  
dei mercati

## **INDICE**

Introduzione

### **Capitolo I**

**Gli abusi di mercato**

Sezione I

## **La fattispecie di abuso di informazioni privilegiate**

1. Nascita ed evoluzione della fattispecie.
2. Il *Quia puniri*, l'offesa e l'oggetto giuridico tutelato degli abusi di mercato (rimando).
3. La nozione di informazione privilegiata.
4. I soggetti attivi e le categorie soggettive di *insiders*.
5. Le diverse condotte punibili come *insider trading*.
6. L'elemento psicologico del reato di abuso di informazioni privilegiate.

## **Sezione II**

## La manipolazione di mercato

1. Genesi della fattispecie in Italia.
2. L'interesse giuridicamente tutelato, l'offesa e lo scopo della norma (rimando).
3. Condotte penalmente rilevanti e *price sensitivity* nella manipolazione di mercato.
4. Il criterio dell'accertamento della concreta idoneità di una condotta di manipolazione di mercato e l'inidoneità del criterio dell'*event study*.

## Capitolo II

### La problematica teorizzazione del concetto

## **di bene giuridico.**

1. Genesi ed evoluzione della teoria del "bene giuridico".
2. Significato e funzioni del concetto di "bene giuridico".
3. Emergere della concezione giuspositivistica del bene giuridico.
4. Il ritorno della concezione metapositivistica del bene giuridico.
5. L'antigiuridicità in senso materiale.
6. La ricerca del concetto materiale di reato.
7. La lettura costituzionalmente orientata dei beni giuridici.
8. L'abbandono sociologico del concetto di bene giuridico.
9. Attualità della teoria del bene giuridico nel

dibattito penalistico.

## **Capitolo III**

### **Offensività, offesa e danno del reato.**

1. Il reato come offesa.
2. Il principio di offensività del reato.
3. La concezione realistica del reato
4. Offensività, «principio del danno» e funzione della pena.
5. Le principali dottrine sulla distinzione tra offesa e danno.
6. Le differenze ontologiche tra danno ed offesa.
7. L'offesa e gli interessi economici.

## Capitolo IV

### **La riforma degli abusi di mercato del 2005: risparmio, integrità ed affidabilità dei mercati.**

1. La Direttiva 2003/6/CE.
2. Aspirazioni europee e scelte punitive nazionali.
3. Offensività in astratto degli *abus di mercato*.
4. Gli abusi di mercato come «tutela del risparmio».
5. «Risparmio» e «integrità del mercato»,  
alternativi o complementari.

6. L'integrità del mercato come bene giuridico specifico, ulteriore e strumentale rispetto al risparmio.
7. La credibilità ed affidabilità del mercato finanziario come "scopo della norma" nelle Ll. nn. 62 e 262 del 2005.
8. Affidabilità dei mercati europei e tutela dell'affidamento nei mercati finanziari.
9. L'aggravante della "rilevante offensività" del fatto: un'ipotesi di aggravante indefinita?.

## **Conclusioni.**



## INTRODUZIONE

### Oggetto dell'indagine

La presente indagine prende spunto da una domanda che origina dalle due distinte riforme che hanno riguardato il Testo Unico in materia Finanziaria nell'anno 2005 con le leggi nn. 62 e 262, le quali, seppur originate da situazioni ed esigenze ben diverse, hanno inciso in maniera estremamente profonda nella disciplina dei mercati finanziari ed in particolare nelle formulazioni delle fattispecie delittuose di abuso

di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato.

Il periodo 2002-2004 fu caratterizzato da una serie di scandali finanziari che riguardarono sia gli Stati Uniti (Enron e Worldcom), che l'Europa (Ahold, Adecco, Vivendi, e le nostre Cirio e Parmalat), che non solo comportarono il crollo dei listini di borsa, ma che mostrarono come gran parte dei risparmi degli investitori fossero stati oggetto di autentica predazione ad opera di alcuni soggetti professionali o istituzionali e che evidenziò l'ormai irrinunciabile esigenza di costruzione e protezione di un mercato integrato che non poteva prescindere da una armonizzazione delle regole.

La prima riforma è figlia dell'Unione Europea e delle esigenze di dare stabilità e protezione ai

mercati finanziari dell'Unione, espresse nei vari considerando introduttivi alla direttiva stessa, la 2003/6, nei quali sembra potersi rinvenire un determinato oggetto giuridico tutelato dalle norme in essa contenute, espressione di una volontà più volte ribadita dal "vecchio continente", e di cui ne sono attuazione le Direttive 2003/6, la 2003/124 e 2003/125, la 2004/39, la 2006/73 CE, approvato dal Consiglio Europeo nel 2000, tutte volte, sul piano normativo, a colmare le carenze ed a superare le barriere ad una integrazione dei mercati finanziari dell'unione Europea, con l'obbiettivo di creare un mercato unico dei servizi *wholesail*, un mercato unico per i servizi finanziari *retail*, un sistema di vigilanza e norme efficaci.

Di converso, la Legge 262/2005 denominata esplicitamente come “Legge per la tutela del risparmio”, è figlia di un’autonoma decisione del Legislatore nazionale ispirata piú che dalla sola consapevolezza della necessità di dover dare un’adeguata tutela e un’energica risposta ad una situazione che stava creando serissimi problemi anche sul piano internazionale, o piú che dall’eccessivo zelo nel recepire le direttive comunitarie che volevano evitare o reprimere eventuali future criticità analoghe a quelle che stavano emergendo in tutto l’occidente a seguito degli scandali finanziari di quel periodo, dunque, dalla necessità “politica” di porsi al riparo nel modo piú evidente e meno impegnativo possibile, attraverso il ricorso all’ormai tristemente usuale ricorso a leggi di

aggravamento delle sanzioni, da eventuali accuse di inazione o lassismo a fronte degli effetti disastrosi che, soprattutto gli scandali Cirio e Parmalat, stavano dispiegando, effetti i quali, é cronaca, colpirono migliaia di piccoli risparmiatori (*rectius* migliaia di elettori), nell'imminenza delle elezioni politiche della primavera del 2006.

Entrambe le "riforme" tuttavia operarono una modifica dell'impianto preesistente, la prima dichiarando come oggetto della norma fosse garantire l'integrità del mercato, nel senso di protezione del suo corretto e regolare andamento, la seconda dichiarando come oggetto della tutela giuridica penale fosse il risparmio: a tal punto dunque sorse la domanda ma qual è il bene giuridico tutelato dall'attuale

impianto normativo penale degli abusi di mercato? In che rapporto si pongono integrità del mercato e risparmio? Il secondo ha sostituito, specificato o integrato il primo? La protezione dell'uno oppure è funzionale a raggiungere la garanzia del secondo? Protezione dell'integrità del mercato e tutela del risparmio sono due beni giuridici? A presenza contemporanea o alternativa?

Nel tentativo di trovare una risposta a detti interrogativi è necessario dunque procedere ad una indagine che coinvolga le fattispecie penali di abuso di mercato, la teoria del bene giuridico, ed i concetti di offesa e scopo della norma, al fine anche di comprendere l'aggravante prevista sia per l'abuso di informazioni privilegiate e per la manipolazione in cui per la prima volta il

legislatore ha positivizzato il concetto di "offensività"<sup>1</sup> senza specificare come vada intesa a fini applicativi, circostanza questa rilevantisima atteso i draconiani aumenti di pena che può generare.

Punto di partenza dunque della presente trattazione sono e non possono che essere, solamente le ipotesi delittuose di abuso di mercato e non quelle amministrative, in quanto prive del requisito di necessaria offensività proprio del reato ed non delle seconde, le quali, pertanto, in quanto superflue ai fini dell'indagine, non verranno trattate se non superficialmente.

Il presente studio dunque nel tentativo di rispondere alla domanda sul *quia puniri* delle fattispecie in analisi, non può che affrontare i

---

<sup>1</sup> Art. 184, 3° comma, e 185, 2° comma, D.Lgs n.58 del 1998.

temi suddetti al fine di provare anche a trovar risposta all'*an puniri* degli abusi di mercato: *quantum et quomodo puniri*, ad oggi, sono decisi soltanto dalla volontà del Legislatore.

# Capitolo I

## Gli abusi di mercato

### Sezione I

#### **La fattispecie di abuso di informazioni privilegiate**

1. Nascita ed evoluzione della fattispecie. 2. Il *Quia puniri*, l'offesa e l'oggetto giuridico tutelato degli abusi di mercato (rimando). 3. La nozione di informazione privilegiata. 4. I soggetti attivi e le categorie soggettive di *insiders*. 5. Le diverse condotte punibili come *insider trading*. 6. L'elemento psicologico del reato di abuso di informazioni privilegiate.

«I mercati azionari e i campi di battaglia non sono ordinati come una scacchiera, ma anche lì il successo dipende dalla qualità di decisioni scaturite da metodi di analisi appropriati »<sup>2</sup>

## 1. Nascita ed evoluzione della fattispecie.

Difficile rinvenire con esattezza quale legislatore per primo abbia compreso la necessità di costruire un sistema in cui gli operatori del mercato dovessero esser protetti da situazioni di vantaggio informativo dei propri concorrenti o da pratiche manipolatorie in generale, malgrado

---

<sup>2</sup> Così **KASPAROV**, *Gli scacchi, la vita*, Milano, 2007.

all'ombra di Westminster si rivendichi tale primato, a far data già dal XII secolo, soprattutto in ambito di abusi di mercato<sup>3</sup>, pare ragionevole rinvenire nella legislazione statunitense dei primi del XX secolo la prima normativa di settore che offriva tutela agli azionisti non in quanto semplici soci, ma nella veste di investitori<sup>4</sup>.

Per quanto riguarda il nostro paese, se si esclude la discussa ed incerta idoneità ad esser ricompresa nella tutela offerta dal vecchio III comma dell'art. 326 c.p.<sup>5</sup>, è legittimo dire che

---

<sup>3</sup> Così RIDER-BARRY, *L'attività di repressione dell'insider trading in Gran Bretagna*, in RABITTI-BEDOGNI, *Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario, L'insider trading*, Milano, 1992, p. 46.

<sup>4</sup> Ci si riferisce non solo al *Securities Act* ed al *Securities Exchange Act* del 1934 nate dal bisogno di fronteggiare la disastrosa crisi dei mercati finanziari del 1929, ma in particolari a discipline precedenti dei singoli stati quali le *Blu Sky Laws*, Kansas 1911.

<sup>5</sup> Che poteva essere utilizzata a fini repressivi combinando questa norma con quella contenuta nell'art. 15 del D.P.R. 136/1975 che aveva vietato

fino al 1991 abusare di informazioni privilegiate fosse assolutamente lecito<sup>6</sup>, per poi addivenire ad uno sviluppo quasi inarrestabile attesa, non solo la prima tipizzazione della fattispecie di *insider trading*, ma anche le continue modifiche che la disciplina ha poi subito nel corso degli ultimi 20 anni<sup>7</sup>.

---

agli amministratori ed ai dipendenti delle società di revisione di servirsi di notizie acquisite in ragione dei loro incarichi, in tal senso si vedano, MUCCIARELLI, *L'art. 326 3° co c.p. e l'insider trading*, in *Giur. comm.*, 1991, I, pp. 310 ss.; ABBADESSA, *L'insider trading nel diritto privato italiano: prima e dopo la L. 157/1991*, in *Banca, borsa e tit.cred.* 1992, I, pp.749 ss.; infine FONTANA, *Insider trading ed appropriazione indebita*, in *Giust.pen.*, II, 1999, pp. 610 ss.

<sup>6</sup> Su tale circostanza si veda l'interessante articolo di TAMBURINI, *Codici etici, valore in più*, in *Il Sole 24 ore*, 27 aprile 2005, p. 10.

<sup>7</sup> Si veda in questo senso SEMINARA, *L'evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, in CANESTRARI-FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Atti del convegno dell'Associazione Franco Bricola del 2002, Milano, 2005, p. 223.

Il momento genetico della tipizzazione dell'abuso di informazioni privilegiate dunque è il 19 novembre 1989 con l'emanazione della direttiva Comunità Europea n. 89/592/CEE che aveva come scopo quello di evitare i problemi nascenti dalle differenze e discrasie che presentavano i sistemi giuridici europei in quel momento ed in cui però iniziarono a comparire, soprattutto nei "considerando" introduttivi, aspetti che permangono ancora nella disciplina attuale quali ad esempio i concetti di buon andamento e buon funzionamento dei mercati, di fiducia degli investitori e parità delle condizioni: con la L. 157 del 1991, recependo la ricordata Direttiva, l'Italia tipizzò nel nostro ordinamento la fattispecie di abuso di informazioni privilegiate<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Si veda CASELLA, *La legge sulla repressione*

Quel che maggiormente caratterizzava l'impianto originario della disciplina del 1991 era un obbligo generale di astensione da qualunque operazione da parte di chiunque fosse in possesso di una informazione c.d. "riservata" in tema di "valori mobiliari", circostanza questa che non aveva mancato di destare qualche dubbio di costituzionalità della disciplina soprattutto in termini di sufficiente determinatezza della fattispecie<sup>9</sup> ed una pessima attitudine all'effettività evidenziata anche dall'autorità di vigilanza sulla Borsa.

Tale Legge veniva a porre termine ad una annosa e dibattuta questione politica ed

---

*dell'Insider Trading*, in *Giur. comm.*, 1991, I, pp. 858 ss.;

<sup>9</sup> *Ex multis* VASSALLI, *La punizione dell'Insider trading*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1192, pp.21 ss. e SEMINARA, *L'insider trading nella prospettiva penalistica*, in *Giur.Comm.*, 1992, I, pp. 623-655.

accademica circa lo scopo da perseguire che da sempre ha caratterizzato la disciplina dell'abuso di informazioni privilegiate, vale a dire se esso fosse posta a garanzia della parità informativa degli operatori del mercato finanziario<sup>10</sup> oppure se esso non costituisse una aggressione ad un bene superindividuale da tutelare in sede penale, bensì costituisse la violazione di un rapporto fiduciario di un soggetto legato professionalmente ad una società inquadrabile nello schema dell'illecito civile e ravvisando nell'azione di responsabilità lo strumento idoneo a reprimere tali condotte<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Che si ispirava al famoso *market egalitarianism* di prima ispirazione statunitense, ma già al momento in cui veniva sostenuta in Italia, abbandonata dagli stessi americani, così ROSSI, *Trasparenza e vergogna. Le società e la borsa*, Milano, 1982.

<sup>11</sup> In tal senso MARCHETTI, *Profili privatistici dell'insider trading*, in Rabitti Bedogni *Il dovere di*

La Legge 157/1991 ha di certo il merito di aver introdotto la disciplina dell'abuso di informazioni privilegiate nel nostro ordinamento, ma non era priva di soluzioni che producevano effetti fortemente discutibili che ben presto fecero emergere la necessità di diversi correttivi<sup>12</sup> che giunsero con la riforma del 1998, il cosiddetto "Testo Unico della Finanza", di seguito T.u.f., licenziato dalla Commissione Draghi.

In realtà, il D.Lgs 58/98 non si mostra, se confrontato con la precedente normativa come una vera e propria soluzione dei problemi presentati, soprattutto in tema di legittimità

---

*riservatezza nel mercato finanziario, L'insider trading, op.cit., pp. 145 ss.*

<sup>12</sup> Soprattutto, quel che era emerso nell'applicazione era che si prestava ad affermare che lo scopo della norma era quello di garantire l'eguaglianza tra gli investitori, cfr. GALLI, *Insider trading: l'inizio di una giurisprudenza di merito statunitense*, in *Giur.Comm.*, 1997, I, pp. 216 ss.

costituzionale del testo di inizio anni '90: la prima normativa, infatti, da subito aveva sollevato pesanti dubbi di costituzionalità soprattutto in tema di tassatività e sufficiente determinatezza in relazione alla assoluta mancanza, nel testo del '91, di parametri sulla scorta dei quali definire quando l'influenza sul prezzo degli strumenti finanziari fosse da ritenersi sensibile.

Tuttavia i vizi di legittimità costituzionale si manifestarono anche nella nuova disciplina, ma per aspetti diversi questa volta: sanato il deficit di sufficiente determinatezza, questa volta il problema si presentò in relazione al dibattuto tema della riserva di legge e dei suoi contenuti<sup>13</sup>,

---

<sup>13</sup> In tal senso si veda CUPELLI, *L'insider trading e la legalità delegata: spunti sull'ammissibilità del ricorso al decreto legislativo in materia penale*, in *Cass.pen.*,

ma, tuttavia la disciplina sembrava risolvere i *deficit* precedenti, offrendo un chiaro riferimento a cosa dovesse ritenersi sia per informazione privilegiata (non più "riservata" dunque) e sia per abuso.

Quel che andava a specificare il nuovo testo era *l'ubi consistam* della condotta, ovvero non più una disciplina incardinata su un generico obbligo di astensione a fronte di una presunta conoscenza dell'informazione privilegiata, ma disposizioni orientate a punire un uso consapevole a fini di profitto proprio o altrui delle informazioni detenute in ragione della propria posizione o di altre situazioni tipizzate nell'art. 180 T.u.f..

---

2004, pp.238 ss., nota a Trib. Siracusa, ord. 10 giugno 2003, e TRANIELLO, *Art. 180, abuso di informazioni privilegiate*, in *Giur.it.*, 1999, V, pp. 224 ss.

Tale disciplina rimase pressoché immutata fino all'intervento dell'Unione Europea, la quale, a seguito del Piano di Azione dei servizi finanziari del 1999, voleva assicurare che venisse mantenuta la fiducia nel mercato finanziario unico europeo: questa intenzione si dispiegò su vari piani, quali la redazione di principi quadro e di misure di attuazione, cooperazione e vigilanza che portarono al definitivo testo delle norme in tema di criminalità finanziaria contenute nei Dd.Lgss. 58/98 e 231/01.

Con la Direttiva 2003/6/CE il Legislatore europeo aveva a cuore quello di garantire l'integrità ed il corretto e regolare funzionamento dei mercati finanziari offrendo una soluzione ad un problema che da sempre contraddistingue il vecchio continente, quello della profonda diversità dei

vari ordinamenti, offrendo una tutela comunque da quelle condotte offensive della fiducia degli investitori e risparmiatori che fu deciso di definire "abusi di mercato"<sup>14</sup>, vale a dire l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione di mercato, una fattispecie qualificata di aggio.

Tale direttiva venne immediatamente recepita e tradotta nel nostro ordinamento a mezzo della L. n. 62 del 2005 la quale, oltre a rimodulare la disciplina penale degli abusi di mercato in generale facendo loro assumere la fisionomia che presentano tuttora<sup>15</sup>, operò soprattutto riforme

---

<sup>14</sup> Sul rapporto tra il concetto di risparmio ed integrità del mercato, l'offesa, il bene giuridico, e lo scopo della norma di questo tipo di vedi *infra* Cap. IV.

<sup>15</sup> In generale sugli abusi di mercato si veda MIEDICO, in ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, in PALAZZO-PALIERO, *Trattato*

in tema di un incremento delle competenze dell'Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, estese la punibilità degli abusi di mercato anche in capo agli enti di diritto privato, modificò la disciplina dell'informazione societaria intervenendo sulle norme in tema di informazione societaria, una nuova formulazione dell'abuso di informazioni privilegiate, introdusse le c.d. "fattispecie amministrative"<sup>16</sup>.

Un ultimo intervento venne fatto dal Legislatore italiano nello stesso anno per portare le pene previste agli attuali limiti edittali.

---

*teorico pratico di diritto penale*, vol. VIII, Torino, 2012, pp.65 ss.

<sup>16</sup> Sugli illeciti amministrativi in generale ed, in particolare, in materia di D.Lgs 58 del 1998 si veda DOVA, *ibidem*, pp. 239 ss., sulle fattispecie amministrative previste nel T.u.f. si vedano le pp. 255 ss.

## **2. Il *Quia puniri*, l'offesa e l'oggetto giuridico tutelato degli abusi di mercato (rimando).**

Aspetti essenziali nell'accingersi ad affrontare lo studio delle ragioni che sostengono l'opportunità della criminalizzazione di una condotta è quale sia la ragione della criminalizzazione, l'oggetto della tutela giuridica penale e da quali offese vada tutelata, aspetti che, nell'ambito in cui ci troviamo, sono stati oggetto di accesi dibattiti e contributi delle diverse discipline interessate alla materia, tanto che, le voci in campo erano non soltanto provenienti dai più illustri studiosi

internazionali del diritto penale o commerciale, ma, altresì, ad opera di famosi economisti e che ha visto anche il contributo dell'analisi economica del diritto, che però, per esigenze di trattazione rimandiamo al cap. IV del presente elaborato.

### **3. La nozione di informazione privilegiata**

La struttura del reato di abuso di informazioni privilegiate ha due essenziali cardini di rotazione, la posizione soggettiva dell'agente in ragione della quale ha ottenuto le informazioni ed il contenuto della nozione "informazione

privilegiata” o, come in precedenza “riservata”: il rilievo penale delle condotte corrispondenti alla fattispecie astratta sarebbero direttamente correlate all’estensione o restrizione dei due concetti in analisi<sup>17</sup>.

La definizione di “informazione privilegiata”, valida anche laddove sia inerente “direttamente” l’emittente ai fini della normativa sulla diffusione presso il pubblico di informazioni, di cui al

---

<sup>17</sup> Così NAPOLEONI, *L’abuso di informazioni privilegiate*, Milano, 1989, p. 117, il quale con estrema lungimiranza ed in carenza di una norma specifica ammoniva come l’operatività di tale disciplina fosse dipendente dall’estensione che si dava alla nozione di informazione privilegiata e fosse a questa commisurabile, evidenziando come esistesse un rapporto di proporzione inversa tra l’ambito degli *intranei* o *insiders* ed il significato della nozione di informazione privilegiata che comportava che all’incremento dell’estensione del primo corrispondesse una contrazione del secondo e viceversa, in tal senso anche SEMINARA, *Il reato di insider trading tra obbligo di astensione e divieto di utilizzazione in borsa di informazioni riservate. Considerazioni su riforme ordite, abortite e partorite*, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 1998, p. 322.

riformato art. 114 D.Lgs. 58/98, sulla scorta di quanto esplicitamente indicato ed espresso dall'art. 1, n. 1, della Direttiva 2003/6/Ce e dalla Direttiva 2003/124/Ce, è contenuta nell'art. 181 del T.u.f. e mostra di non rappresentare alcun elemento di grande novità rispetto al passato se non fosse per l'esplicito riferimento ai derivati su merci contenuto nel 3° comma dell'art. 180.

I requisiti che l'informazione deve avere, per poter essere considerata privilegiata ai sensi del nuovo art. 181 T.u.f., sono: a) carattere preciso, b) non deve essere stata resa pubblica, c) deve concernere, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti strumenti finanziari o uno o più strumenti finanziari d) se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali

strumenti finanziari, si tratta del requisito della c.d. *price sensitivity*, identificata nella capacità dell'informazione di influire sulla formazione del prezzo del titolo cui si riferisce e pertanto anche sulle scelte di investimento del risparmiatore-investitore ragionevole<sup>18</sup>.

Circa il carattere di precisione, esso si specifica in due ben chiare coordinate previste nel 3° comma, una informazione è precisa se «si riferisce ad un complesso di circostanze esistente o che si possa ragionevolmente prevedere che verrà ad esistenza o ad un evento verificatosi o che si possa ragionevolmente prevedere che si verificherà» e che sia «sufficientemente specifica da consentire di trarre conclusioni sul possibile effetto del complesso di circostanze o

---

<sup>18</sup> In tal senso Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006, p. 394.

dell'evento di cui alla lettera a) [dell'art. 181 T.u.f.] sui prezzi degli strumenti finanziari»<sup>19</sup>: la caratteristica della precisione è andata a sostituirsi alla determinatezza, la quale caratterizzava invece le precedenti tipizzazioni dell'illecito in analisi in modo da consentire di escludere dal novero delle informazioni privilegiate ad esempio le valutazioni soggettive di studio, analisi ed elaborazioni statistiche, le quali, per il loro carattere eminentemente valutativo o congetturale, non possono rientrare

---

<sup>19</sup> Ciò che maggiormente rileva in tema di informazioni privilegiate, non è tanto la segretezza, cui riportava di certo la precedente aggettivazione di "riservate", secondo la L. 157/1991, ma la sua specificità ed attitudine a ingenerare un vantaggio conoscitivo in capo a chi la detiene, così MUCCIARELLI, *L'insider trading nella nuova disciplina del D.Lgs. 58/98*, Riv.trim.dir.pen.econ., 2000, p. 935.

nella fattispecie *de qua*<sup>20</sup>, al contrario invece rientrano i fatti futuri ascrivibili nella *species* degli eventi ragionevolmente prevedibili<sup>21</sup>.

Quanto alla specificità, essa si riferisce a notizie dal contenuto non vago ed indeterminato, ad una informazione che non solo si qualifica come chiara e dettagliata, corredata da un adeguato margine di attendibilità intrinseca, ma che consenta chi ne viene in possesso di trarre come conseguenza di ritenere ragionevolmente che dal suo utilizzo possa tradursi il vantaggio informativo in vantaggio patrimoniale: in tale tema si suole distinguere in *hard information*, fatti chiaramente identificati, ben determinati e

---

<sup>20</sup> In tal senso MUCCIARELLI, *L'insider trading nella nuova disciplina del D.Lgs. 58/98*, op.cit., p. 935

<sup>21</sup> In tal senso ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op.cit., p. 394, ed anche l'orientamento espresso da Assonime, Circolare n. 48/2006.

circoscritti, e le *very soft information*, ovvero notizie di non certa provenienza che lasciano forti dubbi circa la loro attendibilità, come i c.d. *rumors* di borsa<sup>22</sup>, rimanendo un'ombra circa la rilevanza penale della c.d. *soft information*, notizie relative a fatti con una realistica probabilità di verifica, prive di contorni chiari e precisi, ma idonee a provocare reazioni nel mercato ove rese pubbliche, queste secondo l'orientamento applicativo statunitense, rientrerebbero nel novero delle informazioni privilegiate<sup>23</sup>, sulla scorta della considerazione che il vero *specimen* è l'attitudine

---

<sup>22</sup> In tal senso PAVAN, *Abuso di informazioni privilegiate*, in *Ind.pen.*, 2002, p. 607.

<sup>23</sup> Spunto di RAGNI, *Primi segnali di un'inversione di tendenza nell'esperienza applicativa del reato di insider trading*, in *banca, borsa e tit.cr.*, 2003, p. 708, richiamando il famoso caso U.S./Cusumano del 1997, in cui l'imputato aveva saputo da un *insider* che AT&T stava per lanciarsi nell'acquisizione di un'altra società.

dell'informazione in questione a porre l'agente in una posizione di vantaggio informativo rispetto agli altri investitori<sup>24</sup>.

Altro requisito essenziale dell'informazione *de qua* è la sua non pubblicità: è di immediata comprensione che, laddove di dominio pubblico, l'informazione perda la propria idoneità a creare un vantaggio informativo rispetto agli altri operatori; tale requisito è da sempre stato presente nella disciplina dell'*insider trading*, ma con accenti diversi a seconda delle diverse formulazioni che vennero elaborate di questa fattispecie: la formula adottata dal legislatore del 2005, informazione «che non è stata resa

---

<sup>24</sup> Cfr. SEMINARA, *Riflessioni a margine al disegno di legge in tema di insider trading*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1990, I, p. 457; FLICK, *Insider trading: una tappa significativa - anche se controversa - della lunga marcia verso la trasparenza*, in *Riv.soc.*, 1991, II, pp. 983 ss.

pubblica», frutto di una revisione della precedente la quale aveva dato luogo ad qualche dubbio sotto il profilo interpretativo soprattutto alla luce del legame che intercorre tra questo delitto e le norme sulla comunicazione societaria, infatti, informazione privilegiata può anche non essere una notizia tipicamente rientrante nel novero della comunicazione societaria *strictu sensu* e, dunque, assoggettata alla regola della *disclosure*<sup>25</sup>, allargandone dunque l'ambito applicativo; a far da contraltare a questa visione vi era la considerazione che di certo il disvalore dell'*insider trading*, secondo la prospettiva del 1991, stava nello sfruttare un vantaggio informativo che tuttavia non è legato alla

---

<sup>25</sup> In tal senso MUCCIARELLI, *L'informazione societaria: destinatari e limiti posti dalla normativa in materia di insider trading*, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 1999, I, p. 759.

comunicazione delle informazioni al mercato, ma alla sua effettiva accessibilità al pubblico, finendo col rendere punibile anche la condotta di chi operava in borsa in forza di una informazione resa pubblica secondo le norme sulla comunicazione societaria gravante sulle emittenti<sup>26</sup>.

Altro requisito essenziale di una informazione per rientrare nella definizione penalmente rilevante di informazione privilegiata è l'oggetto di questa che deve riguardare, direttamente o indirettamente, gli emittenti di strumenti finanziari o gli stessi strumenti finanziari: in questa categoria dunque rientrano tanto le

---

<sup>26</sup> Così FLICK, *Insider trading: una tappa significativa – anche se controversa – della lunga marcia verso la trasparenza*, op.cit., p. 989; SEMINARA, *Riflessioni a margine al disegno di legge in tema di insider trading*, op.cit., p. 465.

informazioni sorte ed originate all'interno della società emittente o relative ai titoli negoziati, le c.d. *corporate* o *inside informations*, oppure informazioni che solo indirettamente o esternamente riguardano la società o gli strumenti negoziati ma rilevanti per essi, come potrebbero essere le condizioni di mercato o l'andamento del settore specifico<sup>27</sup>.

Quarto ed ultimo connotato che deve presentare è la c.d. *price sensitivity*, attitudine dell'informazione, "se resa pubblica" secondo il novellato art. 181 T.u.f., ad influire in modo sensibile sul prezzo degli strumenti finanziari cui si riferisce e che un investitore ragionevole utilizzerebbe come uno degli elementi su cui

---

<sup>27</sup> In tal senso MUCCIARELLI, *La tutela penale della revisione contabile, l'abuso di informazioni privilegiate e l'agiotaggio su strumenti finanziari*, in *Studium Juris*, 1998, p. 1308.

fondare le proprie decisioni di investimento: il legislatore nell'elaborare la citata definizione indubbiamente si è richiamato al criterio di tipo soggettivo già adottato dalla giurisprudenza americana che definiva come rilevante, *material*, quell'informazione idonea a influenzare il processo formativo della decisione del risparmiatore-investitore prudente e ragionevole<sup>28</sup>, il *reasonable man*, la considera un elemento essenziale nella propria valutazione in modo che sia probabile che l'ingresso di tale informazione nel bagaglio conoscitivo dell'agente sia tale da alterare in modo significativo la combinazione totale delle informazioni detenute dallo stesso<sup>29</sup>, parametro questo però che si

---

<sup>28</sup> Per taluna versione contemporanea del "buon padre di famiglia", così ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia, op.cit.*, p. 395.

<sup>29</sup> Caso TSC Industries Inc. v. Northway del 1976.

presta per i suoi contorni resi evanescenti dal ricorso ad espressioni che recano con sé una qualche opacità sotto il profilo della determinatezza come "presumibilmente" o "ragionevole" che, inevitabilmente, finisce per «ripercuotersi nel momento dell'accertamento giudiziario»<sup>30</sup>.

L'informazione, infine, si deve inoltre considerare estesa: 1) derivati su merci e 2) alle operazioni c.d. di "front running" e "parallel running", che comprendono lo sfruttamento anteriore o concomitante delle oscillazioni dei corsi in funzione degli ordini da eseguire per conto dei clienti, attraverso le transazioni effettuate in

---

<sup>30</sup> Così **BARTULLI**, *Profili penalistici dell'insider trading*, *op.cit.*; **ZANNOTTI**, *loc.ult.cit.*; **SGUBBI**, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, *op.cit.*, pp. 349 ss.; **SEMINARA**, *Insider trading e diritto penale*, *op.cit.*, p. 203.

precedenza o contemporaneamente si trae quindi profitto dalle oscillazioni di corso causate dagli ordini dei clienti, creando dunque una turbativa degli ordini in violazione anche all'obbligo di lealtà: per contro, nell'"after running" si verifica soprattutto l'abuso delle conoscenze circa gli ordini già eseguiti per conto dei clienti, sulla base degli ordini svolti, il commerciante ne conosce le strategie e a posteriori si avvale illecitamente di questo know-how privilegiato; le informazioni circa gli ordini dei clienti vengono quindi sfruttate per lo svolgimento di transazioni in un secondo tempo.

#### **4. Soggetti attivi e le categorie soggettive di *insiders*.**

L'abuso di informazioni privilegiate<sup>31</sup> è un reato proprio dei soli c.d. *insiders* primari, esso infatti può essere commesso soltanto da chi ricopre una delle posizioni soggettive esplicitamente richiamate dall'art. 184 T.u.f., posizioni tra loro eterogenee ed a volte lontane le une dalle altre ma tutte accomunate da un tratto distintivo, un vantaggio informativo di un soggetto legato alla società da un particolare rapporto di interesse, sia esso per ragioni d'incarico lavorativo,

---

<sup>31</sup> In tema di *insider trading*, in generale, si vedano MIEDICO, *op.ult.cit.*, pp.65 ss.; AMATI, in MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2010; PLANTAMURA, in MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova 2010; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit.; PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000; Musco (Con la collaborazione di Masullo), *I nuovi reati societari*, Milano, 2007.

professionale o criminale.

Tali soggetti sono: membri del consiglio di amministrazione o di altri organi amministrativi, direttivi e di controllo della società emittente gli strumenti finanziari cui l'informazione inerisce, da chi partecipa al capitale dell'emittente, da chi esercita un'attività lavorativa, una professione una funzione o un ufficio sia privato che pubblico ed, infine, da chi si trova in possesso di informazioni privilegiate.

La scelta operata di ridurre l'applicabilità soggettiva della norma in analisi risponderebbe, in realtà all'esigenza di escludere dal campo di azione della tutela quegli individui che si fossero trovati a detenere informazioni suscumbibili sotto la qualifica di "privilegiate" in modo occasionale o casuale, necessitando di una qualcosa in più,

vale a dire che la conoscenza della notizia, strumentale all'attività di *trading*, sia frutto o conseguenza della situazione indicata e richiesta dall'art. 184 T.u.f.<sup>32</sup>.

In tale prospettiva, dunque, si colloca la divisione tipologica degli *insiders* in *primari e secondari*, dove se da un lato i primi sono coloro i quali acquisiscono l'informazione in via diretta ed in ragione della loro posizione (quest'ultimo enunciato vale con esclusione della conoscenza occasionata dalla commissione di un reato, c.d. *criminal insiders*), i secondi sono coloro i quali ricevono, anche non intenzionalmente,

---

<sup>32</sup> In tal senso SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, p. 36; PAVAN, *Abuso di informazioni privilegiate*, op.cit., p. 607.

l'informazione da un *insider primario*<sup>33</sup> e poi la utilizzano nelle forme proprie delle condotte indicate nell'art. 184<sup>34</sup>.

In tale quadro dunque è stato da taluno proposta una classificazione e definizione dei vari tipi di autori primari in ragione della natura dell'incarico ricoperto che ha consentito di venire in contatto con l'informazione privilegiata strumentale alla realizzazione del delitto e, in questa prospettiva si è parlato di *insiders istituzionali* o *corporate insiders*, depositari funzionali delle informazioni *price sensitive*, soggetti rientranti nell'organigramma aziendale in modo stabile e

---

<sup>33</sup> Nell'ordinamento tedesco, al contrario, ad esser punito è lo sfruttamento dell'informazione privilegiata, a nulla rilevando le circostanze con cui tale informazione si è acquisita, SANGIOVANNI, *L'insider trading nel diritto tedesco*, in *Banca, borsa e tit.cr.*, 2000, p. 540.

<sup>34</sup> In tal senso SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario, op.cit.*, p. 35.

continuativo in quanto membri di organismi di amministrazione o controllo sociale o, più in generale, in quanto dipendenti della società emittente, i *temporary insiders*, esterni all'organizzazione dell'ente ma che hanno accesso a notizie della società in ragione di un incarico professionale o di consulenza o dell'esercizio di una pubblica funzione, come ad esempio i funzionari della Consob, della Banca d'Italia o dell'Agenzia delle Entrate<sup>35</sup>.

Altra categoria è invece quella rappresentata da coloro che partecipano al capitale, ovvero i soci tutti, gli azionisti, questa espressione ha da subito destato qualche perplessità in relazione al

---

<sup>35</sup> In tal senso PAVAN, *Abuso di informazioni privilegiate*, op.cit., p. 607; BARTALENA, *Insider trading*, in COLOMBO-PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, vol. X, 1, 1993, p. 299.

fatto che in genere i soci di minoranza non hanno un contatto tanto stretto con gli organi dell'amministrazione i quali sono quelli da cui realmente, essendo a conoscenza della rotta intrapresa dall'emittente in qualità di responsabili del governo dell'impresa, si possono trovare informazioni utili a fini speculativi<sup>36</sup>, circostanza questa che potrebbe astrattamente comportare l'esclusione dalle categorie soggettive proprie dell'abuso di informazioni privilegiate ma non in via immediata, infatti, è di tutta evidenza che tale circostanza, semmai possa rilevare, potrebbe farlo unicamente laddove, tale posizione avesse cagionato una impossibilità di accesso alle notizie, considerazione che

---

<sup>36</sup> Così MUCCIARELLI, *Speculazione mobiliare e diritto penale*, Milano, 1995, p. 75; BARTALENA, *Insider trading*, in COLOMBO-PORTALE (a cura di), *op.cit.*, p. 239.

analogamente può prestarsi anche in tema di società bersaglio in caso di tentativo di scalata: in questo caso infatti, nulla osta ad inquadrare come *insider trading* quello del membro della società su cui è stata lanciata l'offerta pubblica di acquisto il quale decida di utilizzare la conoscenza di tale circostanza al fine di operare in borsa o di raccomandare o indurre altri a farlo<sup>37</sup>.

Diverso il discorso in tema di *insiders secondari* o *tippees*, vale a dire coloro che hanno appreso la notizia da un *insider* primario: la disciplina del 1991 a parere di molti sembrava di certo offrire

---

<sup>37</sup> Si veda GALLI, *Insider trading: l'accoglimento della Supreme Court federale statunitense della misappropriation theory. Alcune conseguenti riflessioni sulla condotta di trading vietata, come definita dal cosiddetto "Testo Unico Draghi"*, in *Giur.Comm.*, 1998, II, p. 730, nota n. 85.

una protezione più ampia<sup>38</sup>, rendeva possibile l'equiparazione a tutti gli effetti con l'*insider* primario per il semplice aver ricevuto una informazione privilegiata che il destinatario sapeva esser privilegiata, per l'essere stato destinatario di una raccomandazione o un consiglio<sup>39</sup>, non occorre affatto che venisse utilizzata sul mercato finanziario, ma, tale situazione non aveva mancato di far ravvisare l'ombra di una certa esagerazione nell'ambito applicativo cui, tale costruzione della norma, si

---

<sup>38</sup> In tal senso MUSCO, *I reati di insider trading*, in *Riv.pen.ec.*, 1993, p. 376; MUCCIARELLI, *Speculazione mobiliare e diritto penale*, op.cit., p.166, in cui gli autori oltretutto ponevano l'accento sul maggior disvalore che aveva la condotta di chi agiva anche in violazione un dovere di astensione e di fedeltà all'emittente da quella di chi invece lo faceva senza alcun legame diretto con essa.

<sup>39</sup> Secondo parte della Dottrina, la circostanza che tale informazione proveniente da un *insider primario* integrava una ipotesi di condizione obbiettiva di punibilità ai sensi dell'art.44 c.p., in tal senso BARTULLI-ROMANO, *Sulla disciplina dell'insider trading*, in *Giur.Comm.*, 1992,I, p.663.

sarebbe potuta prestare la cui esagerata estensione avrebbe portato tale fattispecie a divenire, in pratica, un reato comune, come ad esempio quello di chi si fosse casualmente trovato ad assistere ad un colloquio tra due *insiders* primari, al tassista che coglie la conversazione tra due dirigenti aziendali suoi passeggeri, o alla donna delle pulizie che trova un appunto in un cestino della spazzature contenente una informazione privilegiata<sup>40</sup>.

La nuova disciplina, in espressione di una vera sussidiarietà del diritto penale, all'art. 187 *-bis* 4° comma D.Lgs. 58/98, sanziona solo amministrativamente il destinatario o il ricevente casuale del consiglio, della raccomandazione o

---

<sup>40</sup> Così FOFFANI, *La nuova disciplina penale dell'insider trading e delle frodi del mercato immobiliare*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1991, p. 913.

della comunicazione solo nel caso che sulla scorta di essa operi nel mercato e non più per il semplice fatto di esserne venuto a conoscenza: tale differenziazione sotto profilo e della condotta e del trattamento sanzionatorio infatti risponde all'evidente differenza di disvalore che vi è tra l'essere un *intraneus* che comunica informazioni *price sensitive* o che, consapevole di esse, comunica o consiglia a terzi operazioni di borsa, e chi meramente da questi le acquisisca o riceva in quanto nella prima condotta vi è la «violazione di un dovere di fedeltà e di riservatezza connessi alle posizioni soggettive caratteristiche dell'*insider* primario, che ovviamente non si trasmettono al *tippee* per effetto della semplice comunicazione del dato»<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> MUCCIARELLI, *L'insider trading nella nuova disciplina del D.Lgs. 58/98*, in *op.cit.*, p. 937.

Tale tutela, tuttavia, secondo taluno non sarebbe priva di autentici talloni di Achille, infatti per aggirare il precetto penale e poter dunque operare in borsa in modo del tutto lecito approfittando di un vantaggio informativo ottenuto tramite le forme del "tipping" o del "tuyattage"<sup>42</sup> sarebbe sufficiente che l'*insider* secondario, "tippee" o "tuyattee", comunicasse la medesima informazione o raccomandasse la medesima operazione finanziaria a terzi per evitarsi qualunque conseguenza afflittiva prevista dalla norma in analisi<sup>43</sup>; tale considerazione evidenzia come sia del tutto attuale e fondamentale la ricognizione di quale sia il bene

---

<sup>42</sup> Il primo consistente nel comunicare informazioni privilegiate ed il secondo nel raccomandare o consigliare di operare nei mercati finanziari sulla base di queste.

<sup>43</sup> Così BARTALENA, *l'abuso di informazioni privilegiate, op.cit.*, p. 305.

o l'interesse protetto dalla norma sull'abuso di informazioni privilegiate, atteso che, se fosse in generale, la trasparenza, efficienza e corretto funzionamento del mercato e nella fiducia degli investitori<sup>44</sup>, la sua "integrità", per dirla con le parole della direttiva comunitaria, allora la si dovrebbe garantire in egual modo da qualunque forma di aggressione indipendentemente dalle qualifiche soggettive o dalle posizioni individuali dell'agente o degli agenti, levando senso e

---

<sup>44</sup> Così secondo la Corte Costituzionale, Sent. n.259 del 1 luglio 2005, la quale nella medesima motivazione si domanda, senza trovare risposta, il perché allora della scelta non punire chi, acquisite informazioni privilegiate da soggetti qualificati, le comunichi e le utilizzi a proprio vantaggio, condotta questa capace di aggredire trasparenza e integrità del mercato finanziario oppure in realtà, bene tutelato, sia l'interesse delle emittenti a che i propri membri ripetino doveri funzionali di riservatezza di matrice fiduciaria in ragione della posizione o del ruolo ricoperto.

significato a tale differenziazione<sup>45</sup> anche a fronte del maggior disvalore degli *intranei* istituzionali o temporanei di cui in precedenza: la violazione del divieto di fedeltà e riservatezza propria dell'*insider* primario rappresentato dall'abuso funzionale è innegabile sia un elemento che ineludibilmente connota di maggior gravità questa condotta rispetto a quella di chi riceve un consiglio o una comunicazione e questa nota caratteristica, a parere di taluno, consentirebbe di evitare che il precetto ricavabile dall'art. 184 T.u.f. sia tacciato di pretese eticizzanti<sup>46</sup>.

Particolare è il problema di come commisurare il grado di colpevolezza nell'ipotesi di *insider*

---

<sup>45</sup> In tal senso TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, p. 35.

<sup>46</sup> Così SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989, p. 317.

secondario, in quanto contravvenzione amministrativa, essa è punibile indifferentemente tanto a titolo di dolo quanto a titolo di colpa, inoltre, la norma in questione attraverso l'enunciato «conoscendo o potendo conoscere» sembra richiamare esplicitamente le situazioni soggettive della consapevolezza e della negligenza nell'informarsi circa la natura delle informazioni acquisite: questa seconda situazione ha immediatamente sollevato un irrisolto dubbio su quale sia il parametro con cui misurare il grado di diligenza da seguire al fine di accertare se la violazione sia o meno colpevole<sup>47</sup>, se non fosse il caso di tracciare una netta linea di

---

<sup>47</sup> Non a caso a tal proposito si è parlato di «una forma di diligenza non specialmente qualificata, un'attenzione minima richiesta ad ogni consociato», MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo* in *Dir.pen.proc.*, 2005, p. 1474.

demarcazione tra lecito e l'illecito attraverso l'elaborazione di un particolare tipo di *tippee* o *tuyattee*-modello con cui ricavare lo *standard* minimo di diligenza richiesti nel maneggiare l'informazione privilegiata.

Il rapporto tra agente ed informazione è strettissimo quasi inscindibile, tuttavia genera esso stesso dei problemi interpretativi che la norma non consente di risolvere: celebre il caso dell'amministratore molto apprezzato dal mercato, il quale decide di lasciare il proprio incarico, ma rendere pubblica questa informazione solo in un momento successivo alla vendita delle azioni da egli stesso detenute prima che esse stessano perdano valore all'esito della

reazione del mercato a tale notizia<sup>48</sup>, si tratta di un caso raro dove la nascita dell'informazione non è propriamente l'emittente, bensì solo la persona del presunto agente, pertanto, essa non l'avrebbe acquisita in ragione del proprio incarico.

Questa situazione sarebbe al di fuori dei margini di punibilità dell'art. 184 T.u.f. in quanto nel concetto di "informare" sarebbe insito un carattere trasmissivo alla situazione *de qua* in quanto, l'artefice del dato non è altro rispetto a colui che la riceve<sup>49</sup>, a sostegno di tale ragionamento starebbe anche la disposizione del

---

<sup>48</sup> Così TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario, op.cit.*, p. 47.

<sup>49</sup> Cfr. DI BRINA, *Il divieto di insider trading*, in RABITTI-BEDOGNI, *Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario, L'insider trading, op.cit.*, p. 425 ss.; altresì GALGANO, *Gruppi di società, insider trading, OPA obbligatoria*, in *Contr e impr.*, 1992, p. 638.

Considerando n. 30 della Direttiva 2003/6/Ce secondo cui il semplice effettuare un acquisto o una cessione non andrebbe considerato di per sé utilizzazione di una informazione privilegiata, poiché in ogni caso l'acquisto o la cessione implicano una preliminare decisione che, in questo caso, sarebbe il medesimo soggetto autore del fatto che, una volta diffuso, influenzerà la quotazione dei titoli in questione ed, in quanto tale, è il titolare esclusivo di qualunque utilizzazione di esso in quanto l'«*inside information*» sarebbe oggetto di un vero e proprio diritto di proprietà, con i relativi effetti, di chi la ha creata<sup>50</sup>. Tuttavia tale visione non

---

<sup>50</sup> Solo laddove, in pratica, l'informazione sia stata prodotta da un soggetto diverso di quello che la utilizza in borsa si rientra nell'ambito applicativo dell'abuso di informazioni privilegiate, così BALLARINI, *Insider trading: problemi attuali e profili di comparazione*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 1209,

consente di configurare automaticamente una ipotesi di abuso di informazioni privilegiate ogniqualvolta artefice della notizia ed utilizzatore siano due soggetti diversi, sarebbe la diffusione o esternalizzazione della notizia il dato qualificante, tanto che tale diffusione potrebbe far divenire anche l'autore/creatore di nuovo reo di una condotta di *insider trading* poiché possessore, a questo punto, al pari degli altri dell'informazione da lui creata ma ormai diffusa<sup>51</sup>.

---

tesi non accolta però dal Tribunale di Milano, 25 ottobre 2006, nel caso Unipol in *Corr.Mer.*, 2007, p. 767 ss. con nota di FOLADORE.

<sup>51</sup> Così TRIPODI, *Commento agli artt. 180-187 quaterdecies TUF*, in *Leggi penali complementari*, in PADOVANI (a cura di), *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2007, pp. 2538 ss., secondo cui «l'atto comunicativo realizzerebbe un fenomeno di esternazione del dato interno in conseguenza del quale il soggetto comunicante potrebbe utilizzare la notizia comunicata come qualunque altro dato conoscitivo esterno rispetto a se medesimo».

## **5. Le diverse condotte punibili come *insider trading* e l'elemento psicologico del reato.**

L'attuale disciplina in ambito di *insider trading* è concepita per punire quattro tipologie distinte di condotte commissive a titolo di dolo generico, di cui la prima è il vero e proprio *trading*, cioè l'acquistare, vendere o compiere altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o di terzi, su strumenti finanziari, utilizzando informazioni privilegiate acquisite nelle modalità di cui al precedente paragrafo: un primo passo

avanti rispetto alla precedente formulazione è rappresentata dalla declinazione al gerundio del verbo "utilizzare", in termini di colpevolezza questa non fa che stabilire un inaggirabile vincolo nella verifica processuale di una ipotesi di abuso di informazioni privilegiate, infatti l'operazione che si assume come potenziale abuso di mercato dovrebbe necessariamente esser dimostrato sia stata decisa e portata a termine sulla scorta di una o più informazioni riconducibili al novero dell'art. 181 T.u.f.: si tratta di un ampliamento della ben più famosa formula "*disclose or abstain rule*", utilizzata dalla legislazione americana, relativa all'unica scelta lecita consentita tra divulgazione o astensione di chi è in possesso di una notizia *price sensitive*, che, in sede di accertamento consente di evitare molte asperità

che l'attuale nostra formulazione invece presenta<sup>52</sup>. Con la riforma del 2005, dunque, l'accusa non può sottrarsi dall'offrire la prova, in sede processuale, che l'operazione è stata compiuta in ragione dell'informazione detenuta, acquisizione questa già emersa in precedenza, infatti, con la tipizzazione del 1998, nello scegliere la locuzione "avvalendosi", già da allora, era apparsa come inevitabile questa medesima necessità<sup>53</sup>. Sostituendo l'espressione

---

<sup>52</sup> Già con la disposizione contenuta nella L. 157/1991 questo aspetto era emerso infatti si era emersa all'evidenza un'esigenza di accertamento che l'imputato, nello svolgere l'operazione per cui era processo, fosse stato mosso dalle informazioni privilegiate in suo possesso acquisite in ragione della sua qualifica funzionale, così Trib. Siracusa, sent. 10 aprile 1997, in *Banca, Borsa e tit.cr.*, 1998, II, p. 319.

<sup>53</sup> L'espressione "avvalendosi" aveva in se un portato che richiamava il "consapevole sfruttamento" del vantaggio informativo dell'*insider*, la cui condotta ne doveva e ne deve ancora dunque essere la naturale conseguenza in quanto presupposto genetico della decisione tradotta in azione, così MUCCIARELLI,

“avvalendosi” con quella di “utilizzando” quel che è emerso è che la conoscenza dell’informazione privilegiata deve essere determinante nel momento decisionale, scelta che ha messo al riparo questa fattispecie da forme di imputazione meramente oggettiva, facendo ricomprendere nel dolo di *insider trading*, dolo generico, anche l’elemento del significato patrimoniale dell’informazione che deve dunque essere decisivo nella scelta di portare a termine la condotta contestata all’agente.

La nuova formulazione ha consentito di estendere l’applicabilità in concreto del precetti in essa stabilito, infatti, come venne

---

*l’insider trading nella nuova disciplina del d.lgs. 58/98, op.cit., pp. 946 e ss., e SEMINARA, Il reato di insider trading tra obbligo di astensione e divieto di utilizzazione in borsa di informazioni riservate. Considerazioni su riforme ordite, abortite e partorite, op.cit., p. 322.*

immediatamente rilevato, rispetto alla precedente formulazione, L.157/91, la quale utilizzava l'espressione "per interposta persona", in questa si possono far rientrare anche le operazioni su strumenti finanziari compiute per conto terzi dall'*insider*<sup>54</sup>.

Il *tipping* (*to tip*, in inglese, ha diversi significati a seconda del contesto in cui viene impiegato, in particolare nel linguaggio delle scommesse, autentica tradizione del mondo anglosassone, vuol dire "fare una soffiata"), cioè comunicare informazioni privilegiate possedute, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio cui si è preposti è il secondo tipo di condotta punibile ai sensi dell'art.

---

<sup>54</sup> In tal senso MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo, op.cit.*, p. 1470.

184 T.u.f.: questo tipo di condotta è una delle due tipizzate rivolte all'*insider* primario, costituiscono il precetto relativo alla non divulgazione a terzi di informazioni privilegiate.

L'attuale formulazione è il risultato dell'esperienza maturata su un *deficit* della precedente, questa infatti riportando la dizione "senza giustificato motivo" comportava una causa di non punibilità la cui dimostrazione tuttavia pendeva in capo alla difesa, invertendo così l'onere probatorio, con quella del 1998 invece viene esclusa l'operatività della comunicazioni a terzi di informazioni privilegiate quando ciò avvenga nell'ambito delle normali funzioni operative dell'incarico ricoperto<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> In tal senso MUCCIARELLI, *l'insider trading nella nuova disciplina del d.lgs. 58/98, op.cit.*, pp. 953 e ss.

In tema di *tipping*, comunicazione a terzi di informazioni privilegiate da chi le ottiene in ragione della propria qualifica funzionale al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio, una riflessione richiedono due termini, vale a dire "comunicazione" e "normale": per comunicazione, questo è chiaro, si intende una qualsivoglia forma di divulgazione, purché consapevole e non frutto di una negligenza esplicabile, ad esempio, in una cattiva custodia del segreto, è la stessa natura dolosa della fattispecie a richiederlo; circa al concetto di "normale" esercizio del proprio lavoro, si intende che l'atto di comunicazione, per essere penalmente rilevante, deve chiaramente esulare dai propri compiti ordinari, deve essere

straordinario, ulteriore, al di là delle proprie mansioni, non a caso, infatti, la Corte di Giustizia Europea, investita di una questione analoga, si è pronunciata richiamando la necessità di tale limitazione all'applicazione della pena prevista vada interpretata in modo restrittivo e che vada ritenuta applicabile solo in presenza di due presupposti ben precisi, cioè la comunicazione deve esser funzionale al lavoro, e non meramente avvenuta in occasione di esso, e, in secondo luogo, deve essere strettamente necessaria al lavoro svolto o alle attività da esso esplicitamente richieste<sup>56</sup>.

Il *tuyattage*, raccomandare o indurre altri, sulla

---

<sup>56</sup> Cfr. Corte di Giustizia Ce, causa-384/02, sent. 22 novembre 2005, in *Dir. e Giust.*, n. 47, pp. 92 ss., con nota di CORATELLA, *L'UE non fa sconti sull'insider trading. Escluse deroghe soggettive ai divieti*; in tal senso anche SGUBBI, voce *Abusi di mercato*, in *Enc.dir., Annali*, Milano, 2008, p.11.

base di informazioni sempre aventi le caratteristiche indicate nell'art.181 T.u.f., ad operare secondo le forme tipiche di quello che si definisce *trading* è il terzo tipo di condotta penalmente rilevante ai sensi della disciplina in tema di abuso di informazioni privilegiate: questa definizione viene dalla parola francese "tuyau", che vuol dire esplicitamente rivelare un'informazione confidenziale.

"Raccomandare" o "indurre" una operazione, rispetto al più generico concetto di "consigliare", presuppongono non soltanto l'esercizio di una semplice comunicazione dell'informazione, ma qualcosa di più, una volontà maggiore, in quanto oltre al comunicare la notizia si preme per far fare un operazione in borsa in ragione di essa, si vuole conferire lo stigma dell'attendibilità, della

sua bontà e fondatezza all'attività di *trading* che si spinge a fare a terzi in virtù della notizia privilegiata<sup>57</sup>: la condotta in questione dunque diviene rilevante solo se incide sulla formazione della volontà dell'*insider* secondario, o *tuyattee*, precisando doverosamente che è irrilevante la circostanza se l'informazione venga esplicitamente rivelata o meno, è sufficiente la mera raccomandazione o induzione ad operare in una certa direzione.

*Tiping* e *tuyattage*, di certo anticipano la soglia di tutela, queste infatti, a differenza del vero a proprio *trading*, penalizzano la semplice divulgazione dell'informazione privilegiata, a differenza della condotta prevista nel *sub a)* dell'art. 184, I comma, T.u.f., la quale invece

---

<sup>57</sup> In tal senso ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 394.

richiede l'utilizzazione della stessa, vale a dire che una operazione di borsa sia stata effettivamente realizzata in ragione dell'acquisito vantaggio informativo, questa circostanza non ha mancato, per completezza di trattazione è opportuno richiamarlo, di sollevare ad opera di acuta Dottrina un qualche dubbio circa la medesima offensività delle seconde cui però corrisponde il medesimo trattamento sanzionatorio, infatti se nell'ipotesi di *trading* si è puniti per l'operazione compiuta, nelle ipotesi di consigliare, raccomandare o indurre ad una operazione si è puniti nella medesima maniera<sup>58</sup>.

Quarta ed ultima ipotesi di *insider trading* è quella di matrice criminale, il c.d. *criminal insider*, questo tipo di condotta si differisce dalle

---

<sup>58</sup> In tal senso si veda SEMINARA, *La tutela penale del mercato finanziario, op.cit.*, p.624 ss..

precedenti tre unicamente per la ragione per cui si è venuti in possesso dell'informazione, vale a dire quando la conoscenza di essa è frutto della preparazione o esecuzione di una o più attività delittuose: per quanto sia, molto probabilmente frutto della terribile esperienza dell'11 settembre 2001, questo tipo di tutela non deve necessariamente portare a pensare che operi solo in caso in cui le informazioni siano la conseguenza di una attività tipicamente terroristica, non vi è ragione di escludere dal campo qualunque attività criminale purché si tratti di delitto<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> I pensi ad esempio alle condotte tipiche dei pirati informatici, cfr. SEMINARA, *Informazione finanziaria e diritto penale. Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Centro nazionale di previdenza

---

*e difesa sociale, Convegni di studio "Enrico de Nicola". Problemi attuali di diritto e procedura penale, Milano, 2009, pp. 254 ss.*

## Sezione II

### **La manipolazione di mercato**

5. Genesi della fattispecie in Italia. 2. L'interesse giuridicamente tutelato, l'offesa e lo scopo della norma (rimando). 3. Condotte penalmente rilevanti e *price sensitivity* nella manipolazione di mercato. 4. Il criterio dell'accertamento della concreta idoneità di una condotta di manipolazione di mercato e l'inidoneità del criterio dell'*event study*.

«È mai possibile tracciare una vera distinzione tra i mezzi di comunicazione di massa come strumenti di informazione e di divertimento, e come

agenti di manipolazione e di indottrinamento?»<sup>60</sup>

## 1. Genesi della fattispecie in Italia.

La fattispecie di manipolazione di mercato, come autonoma figura di delitto, è da far risalire alla L. 62 del 2005<sup>61</sup>, tuttavia, già prima, vi era ma

---

<sup>60</sup> Così MARCUSE, *L'uomo ad una dimensione*, rist., Torino, 1991, pag. 114.

<sup>61</sup> Cfr. sull'art. 185 introdotto dalla Legge 18 aprile 2005 n. 62 ZANNOTTI, *il nuovo diritto penale dell'economia*, op. cit., pp. 408 ss.; BELLACOSA, "Insider trading": *manipolazione, abusi di mercato e responsabilità*, in *Dir.prat.soc.*, 2005, n. 11, pp. 20 ss.; IZZO, *L'aggiotaggio finanziario rivive come manipolazione del mercato*, in *Impresa c.i.*, 2005, n.7-8, pp. 1125 ss.; LUNGHINI, *La manipolazione di mercato*, in *Dir.pen. e proc.*, 2005, pp. 1474 ss.; PREZIOSI, *L'aggiotaggio (art. 2637 c.c.)*, in ROSSI (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, pp. 459 ss.;

come ipotesi qualificata del più comune aggio previsto e punito all'art. 2637 cod. civ.: dunque il quadro venutosi a creare in attuazione della Direttiva 2003/6/Ce è quella di due ipotesi diverse, una fattispecie prevista nel codice civile relativa alla diffusione di notizie false o alla realizzazione di operazioni simulate o di altri artifici volti concretamente idonei a determinare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari non quotati o per i quali non è stata presentata la richiesta di ammissione alle negoziazioni di un mercato regolamentato contenente anche la formulazione del c.d. aggio bancario, in cui le medesime

---

MUCCIARELLI, *Aggio*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D. Lgs 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, pp. 421 ss.; SEMINARA, *L'aggio (art 2637)*, in GIARDA – SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, pp. 543 ss.

condotte sono punibili se idonee ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari, ed una identica in tutto e per tutto, tranne che per la parte riferita alle banche, che ha ad oggetti strumenti finanziari quotati prevista e punita come ipotesi di delitto nell'art. 185 e come fattispecie amministrativa nell'art. 187 *-ter*, D.Lgs. 58/98.

Di certo la nuova rubrica e la collocazione specifica all'interno del Testo Unico in materia finanziaria hanno i meriti di rendere meglio percepibile *l'ubi consistam* del reato, cosa che il termine aggioaggio consente di certo in modo meno immediato<sup>62</sup>, ed inoltre quello di offrire

---

<sup>62</sup> In tal senso BONDI, *Problematiche dell'aggioaggio. Questioni interpretative e necessità di riforma*, in *Studi urbinati*, 1999/2000, pp. 13 ss.;

una percezione maggiore anche dell'importanza dei mercati finanziari e dell'essenzialità della loro tutela per una nazione, atteso quanto strettamente connessa sia la sopravvivenza economica della seconda con una difesa dei mercati da pratiche abusive.

Quel che dunque ha rappresentato l'elemento di novità che ha portato alla necessità di tale distinzione è stato l'elemento materiale che la condotta può attingere: costituisce manipolazione di mercato la diffusione di notizie false o alla realizzazione di operazioni simulate o di altri artifici volti concretamente idonei a determinare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari ammessi alla negoziazione

---

altresì SVAMPA, *La repressione del delitto di aggio dalla rivoluzione francese alla codificazione Rocco*, in *Giust.pen.*, 1992, II, c. 368 ss..

su mercati regolamentati dell'Unione Europea o per i quali è pendente richiesta di ammissione, laddove, per mercato regolamentato deve intendersi, secondo quanto prescritto dall'art.1, I comma, Direttiva n.93/22, un qualunque mercato che sia iscritto nell'elenco dei mercati regolamentati, che funzioni regolarmente, che sia caratterizzato dal fatto che le disposizioni elaborate ed approvate dalle autorità competenti, definiscono le condizioni di funzionamento del mercato e di accesso allo stesso, che prescriva il rispetto di tutti gli obblighi di trasparenza<sup>63</sup> previsti dalla direttiva

---

<sup>63</sup> Attualmente nel nostro Paese, a titolo esemplificativo, sono mercati regolamentati la Borsa, il Mercato Ristretto, il Nuovo Mercato, il Mercato di Borsa per le negoziazioni di contratti *futures* e dei contratti di opzione, il Mercato all'ingrosso dei Titoli di Stato, anche detto MTS, ed il Mercato Italiano *Futures* o MIF.

da ultimo citata<sup>64</sup>.

Ultima precisazione, necessaria a mero titolo di completezza, per quanto, oggetto della presente trattazione siano solamente le ipotesi delittuose di abuso di mercato e non quelle amministrative, in quanto prive del requisito di necessaria offensività<sup>65</sup> proprio del reato ed non delle seconde, gli ambiti applicativi delle due diverse ipotesi, vale a dire illecito penale ed illecito amministrativo, sono molto diverse, ben più specifiche e, nel complesso, possiamo dire che il terreno applicativo della fattispecie amministrativa di cui all'art. 187 -ter T.u.f. è ben più ampio di quello del delitto di manipolazione di mercato: il Legislatore, nel delineare l'ipotesi

---

<sup>64</sup> Così ZANNOTTI, *il nuovo diritto penale dell'economia, op. cit.*, p. 410.

<sup>65</sup> Sul concetto di offesa ed offensività vedi *infra* Cap. III.

di delitto di manipolazione ha conferito particolare rilievo all'aspetto concreto e materiale delle possibili conseguenze della condotta, infatti, perché vi sia reato, è necessario che la condotta sia concretamente idonea a provocare un rilevante incremento o decremento del prezzo di uno strumento finanziario, a differenza dell'illecito amministrativo per il quale la condotta è astrattamente sempre idonea a provocar la sensibile alterazione del prezzo dello strumento oggetto di una condotta manipolatoria.

## **2. L'interesse giuridicamente tutelato, l'offesa e lo scopo della norma (rimando).**

Quanto ai temi dell'interesse tutelato, della ragione della tutela, dello scopo della norma che giustifica la penalizzazione delle condotte manipolatorie, come avvenuto per *l'insider trading*, rimandiamo la trattazione al cap. IV del presente elaborato.

### **3. Condotte penalmente rilevanti e *price sensitivity* nella manipolazione di mercato.**

La discipline della manipolazione di mercato si articola in tre condotte ben distinte, vale a dire la diffusione di informazioni false, la realizzazione di operazioni simulate oppure di altri artifici, condotte che devono, per esplicita previsione normativa, essere «concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari»: la manipolazione di mercato<sup>66</sup> è un reato, a dolo generico, di pericolo

---

<sup>66</sup> Sul tema si veda MIEDICO in ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica, op.cit.*, pp. 65 ss; PANAGIA, *La tutela penale dei mercati finanziari*, Torino, 2011; CONSULICH, *La giustizia ed il mercato*, Milano, 2010; CRESPI, *Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminatrici*, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 2009, pp. 107 ss.; PREZIOSI, *La manipolazione di mercato*, Bari, 2008; BACCO, *Aggiotaggio manipolativo e prassi «lecite» di mercato*, in questa rivista, 2008, pp. 2291 ss.; MAGRO, *La manipolazione di mercato tra illecito penale e illecito amministrativo*, in *Cass.pen.*, 2007, pp. 61 ss.; Id. *Manipolazione di mercato e strumenti derivati*, in *Dir.Banc.Merc.Fin.*, 2007, p. 45; MUCCIARELLI, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, op.cit., p. 137; SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir.Pen.Proc.* 2006, p. 9 ss.; PALIERO, *la riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture*

concreto<sup>67</sup> a tutela del corretto funzionamento<sup>68</sup>

---

*nella politica criminale in materia economica, in Corr.Mer., 2006, p. 615 ss.; VIZZARDI, Manipolazione del mercato: un "doppio binario" da ripensare?, in Riv.It.Dir.Proc.Pen., 2006, p. 704; AMATI, La disciplina degli abusi di mercato, in INSOLERA (a cura di), La legislazione penale compulsiva, Padova, 2006, p. 206 ss.; PALIERO, Market abuse e legislazione penale: un connubio tormentato, in Corr.Mer., 2005, 809 ss.; LUNGHINI, La manipolazione di mercato, in Dir.Pen.Proc., 2005, p. 1474; MANNA, tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione di mercato a seguito della legge comunitaria del 2004, in Riv.Trim.Dir.Pen.Ec., 2005, pp. 659 ss.; ZANNOTTI, La tutela penale del mercato finanziario, Torino, 1997.*

<sup>67</sup> In argomento: CATENACCI, *I reati di pericolo presunto, fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006, p. 415; PARODI GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *Ind.Pen.*, p. 686; ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano 1994; CANESTRARI, voce *Reati di pericolo*, in *Enc.Giur.*, vol XXVI, Roma, 1991, p. 1; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990; GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale. I reati di pericolo ed i reati di attentato*, in *Riv.It.Dir.Proc.Pen.*, 1986, p. 689; RIZ, *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in *Ind.pen.*, 1983, p. 495; ALEO, *il danno ed il pericolo nel reato*, Catania, 1983; FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, p. 175; PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv.It.Dir.Proc.Pen.*, 1995, p. 644; DELITALA, *Reati di pericolo*, in *Studi in onore di*

o andamento<sup>69</sup> del mercato stesso *sub specie* della *corretta formazione del prezzo* degli strumenti finanziari<sup>70</sup> in forma di due distinte condotte, quelle c.d. *market based manipulation* (aggiotaggio manipolativo), consistente nel porre in essere operazioni simulate o altri artifici, e quelle c.d. *information based manipulation* (aggiotaggio informativo), integrate dall'aver

---

*Biagio Petrocelli*, Vol.III, Milano, 1972, p. 1731; *MARINUCCI*, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971; *E.GALLO*, *riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970; *M.GALLO*, *I reati di pericolo*, in *Foro Pen.*, 1969, p. 1; *PETROCELLI*, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940; *ANTOLISEI*, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano 1928;

<sup>68</sup> Così *MAZZACUVA*, *Diritto Penale dell'economia*, Padova, 2010, p. 409.

<sup>69</sup> In tal senso *ZANNOTTI*, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, op.cit., p.431.

<sup>70</sup> Si veda *MELCHIONDA*, *Aggiotaggio e manipolazione del mercato*, in *I reati societari*, LANZI - CADOPPI (a cura di), Padova, 2007, 241 ss.; *MUSCO* (con la collaborazione di *MASULLO*), *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, 275, *MUCCIARELLI*, *Aggiotaggio*, in *ALESSANDRI*, (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D.Lgs 11 aprile 2002*, 61, op.cit., 422 ss.; *FOFFANI*, voce *Borsa*, in *PALAZZO - PALIERO* (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 723.

diffuso<sup>71</sup> notizie false.

La manipolazione operativa può essere compiuta con due distinte modalità di condotta e cioè: ponendo in essere operazioni simulate, o con c.d. "altri artifici". La realizzazione di operazioni simulate, a sua volta, può assumere due forme<sup>72</sup>, una assoluta, caratterizzata dalla realizzazione di operazioni cui le parti non avevano alcuna intenzione di dar corso, ed una relativa, caratterizzata da una apparente difformità dal vero. In riferimento agli «altri artifici», è opinione consolidata<sup>73</sup>, che questa sia

---

<sup>71</sup>In dottrina, in tema di notizie false, «per diffusione deve intendersi la condotta di comunicazione della notizia ad un numero indeterminate di persone con qualsiasi mezzo: configurano diffusione penalmente rilevante ... anche quelle forme di comunicazione telematica che rappresentano il mezzo privilegiato di diffusione delle notizie all'interno di circuiti specializzati», così ZANNOTTI, *cit.*, 435.

<sup>72</sup> Così MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, op.cit., 414.

<sup>73</sup> In tal senso, in dottrina, si veda SGUBBI, *cit.*, 64; ZANNOTTI, *cit.*, 438, MAZZACUVA, *cit.*, 414, MUSCO, *cit.*, 2007; MELCHIONDA, *cit.*, 266; FOFFANI, *cit.*, 725. In giurisprudenza Trib. Milano, 11 novembre 2002, in *Riv.tr.dir.pen.econ.*, 2003, 747 ss., con nota di FONDAROLI, *Aggiotaggio mediante*

una formula generica<sup>74</sup> di chiusura atta a

---

*altri artifici: disvalore del fatto e disvalore del contesto*, confermata da C.d'App. Milano 17 marzo 2004, in *Foro ambr.* 2005, 5009, e da Cass. 7 dicembre 2004, in *Banca e borsa tit. cred.*, 2006, 265, secondo cui «l'inganno può essere realizzato attraverso condotte apparentemente lecite, ma che, combinate tra loro, ovvero realizzate in presenza di determinate circostanze ... intenzionalmente realizzino una distorsione del gioco della domanda e dell'offerta in modo tale che il pubblico degli investitori si indotto in errore circa lo spontaneo processo di formazione dei prezzi »; altresì Trib. Milano, 27 marzo 2006, in *Riv.dir.soc.*, 2007, 96 ss.

<sup>74</sup> Non é mancato chi recentemente abbia ravvisato, nella formula adottata, un contrasto con i principi fondamentali di tassatività e colpevolezza, soprattutto in relazione all'elemento psicologico di tale delitto, il dolo generico, ed ad una ipotetica sua declinazione in termini eventuali (così BACCO, *Aggiotaggio manipolativo, cit.*) o rischi di estensibilità illimitata dell'ambito operative della fattispecie qualora ciò che differenziasse gli "altri artifici" dalle altre due forme di condotta manipolativa risiedesse unicamente nell'attitudine decettiva, intesa come semplice capacità di influenzare l'andamento dei prezzi attraverso la rappresentazione di una situazione di mercato non corrispondente al reale, poiché, in questo caso, il giudizio sull'idoneità decettiva dell'operazione avrebbe ad oggetto l'interpretazione della medesima data dal mercato e non la condotta dell'agente, così SGUBBI, *cit.*, 67. Si sostiene altresì in tal senso che la tutela penale del mercato finanziario non possa avere una estensione a tutto campo, e che sarebbe opportuna una tipizzazione in via giurisprudenziale ed interpretativa,

consentire di ricomprendersi ogni altra condotta fraudolenta concretamente idonea a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti negoziati: la condotta deve comunque presentarsi come fraudolenta, deve avere cioè una attitudine decettiva<sup>75</sup>, senza la quale mancherebbe del requisito di artificiosità richiesto dalla norma.

Di converso, per quanto attiene la manipolazione c.d. informativa, la scelta del legislatore nell'uso del termine "notizie" va letta nel senso di informazioni inerenti «avvenimenti, circostanze di fatto o situazioni»<sup>76</sup> che, tuttavia abbiano un

---

non creativa ma fondata su "cataloghi" di operazioni sugli strumenti finanziari non consentite secondo le direttive degli organismo di controllo dei relative mercati, così PREZIOSI, *L'aggiotaggio*, in ROSSI (a cura di), *reati societari*, Torino, 2005, 482 ss..

<sup>75</sup> Così ZANNOTTI, *cit.*, 437.

<sup>76</sup> MUSCO (con la collaborazione di Masullo), *cit.*, 277-278. Nello stesso senso MUCCIARELLI, *Aggiotaggio*, *cit.*, 424; SEMINARA, *L'aggiotaggio* (art. 2637), in GIARDA - SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, *op.cit.*, 570; Zannotti, *loc.ult.cit.*.

carattere di falsità<sup>77</sup>, cioè «di difformità dal vero»<sup>78</sup>, che non offrano cioè una rappresentazione della realtà adeguata ai fatti<sup>79</sup>, difforme o immutata intenzionalmente che si presti a dar luogo nei destinatari e nel mercato ad un falso convincimento su possibili sviluppi futuri.

Indispensabile dunque per questo tipo di configurazione del reato è la «divulgazione ... negli ambienti finanziari interessati»<sup>80</sup> della notizia che deve dunque avere natura di falso.

Essenziale però è che qualunque sia la pratica manipolativa messa in atto questa sia *price*

---

<sup>77</sup> Con esclusione dunque di semplici voci, apprezzamenti od opinioni.

<sup>78</sup> SGUBBI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, 63.

<sup>79</sup> La verità definita come *adaequatio rei et intellectus*, secondo la visione tomistica, per cui essa è conformità della conoscenza con il suo oggetto, cioè corrispondenza/conformità tra la conoscenza e l'essere (cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I, q.16, a.1; ribadito in *Questiones disputatae de veritate*, q. 1, a.1).

<sup>80</sup> Espressione di un sempre attuale ed illuminante Autore, PEDRAZZI, *Aggiotaggio bancario*, in *Diritto penale*, vol. IV, Milano, 2003, 260.

*sensitive*, cioè, che possa concretamente avere una influenza nell'andamento dei titoli che la riguardano, rimangono quindi due punti da vagliare: quando le notizie sono da ritenersi false, e quale sia il criterio di accertamento della potenziale idoneità a provocare una alterazione del prezzo di strumenti finanziari.

E' la stessa Direttiva 2003/6/CE ad offrire il perimetro interpretativo dell'espressione "diffusione di notizie false": con tale espressione si dovrebbe intendere diffusione di notizie tramite mezzi di informazione<sup>81</sup> che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni non autentiche ovvero non attendibili in merito agli strumenti finanziari, compresa la diffusione di notizie false<sup>82</sup> o fuorvianti, se la persona che le ha diffuse sapeva<sup>83</sup> che le informazioni erano false: per valutare la c.d. *price sensitivity* delle false informazioni, dirimente appare quanto disciplinato dal IV comma dell'art. 181 Tuf, il

---

<sup>81</sup> compreso Internet, o tramite altro mezzo, art. 2 Direttiva 2003/6/CE.

<sup>82</sup> O di notizie incontrollate, *ibidem*.

<sup>83</sup> O avrebbe dovuto sapere *ibidem*.

quale offre un possibile parametro valutativo da utilizzare quando bisogna verificare se una notizia sia idonea ad influire in modo sensibile sul prezzo di uno strumento finanziario.

In base a tale disposizione, come visto già nella precedente sezione del presente capitolo, sarebbe da ritenere concretamente idonea ad alterare il prezzo di uno strumento di mercato quella notizia o informazione «che presumibilmente un investitore ragionevole utilizzerebbe come uno degli elementi su cui fondare le proprie decisioni di investimento». Tale, pertanto, va ritenuta anche ogni informazione che gli investitori avrebbero tenuto in considerazione qualora avessero potuto disporre di una informazione attendibile, che può anche esser costituita dalla presa di coscienza di una operazione che si rivelerà simulata solo successivamente, in luogo di quella mendace in grado di «alterare», cioè di rendere altro o diverso da come altrimenti sarebbe stato, il prezzo di un titolo quotato su mercati regolamentati, anche quella dunque idonea ad

evitare l'incremento o il decremento del prezzo di uno strumento finanziario: è di tutta evidenza, infatti, che il non far avere ad un titolo incrementi o decrementi del proprio prezzo tramite la diffusione di una notizia non vera concreti un'ipotesi di aggioaggio finanziario in cui l'alterazione del prezzo si presenta sotto forma di una innaturale e forzata limitazione nell'andamento della quotazione di un titolo, di una stabilizzazione artificiosa.

**4. Il criterio dell'accertamento della concreta idoneità di una condotta di manipolazione di mercato e l'inidoneità del criterio dell'*event study*.** Nella prassi applicativa, specie in alcune pronunce aventi ad oggetto ipotesi accusatorie di manipolazioni di mercato avvenute in imprese famosissime del nostro paese, il Giudice - trovatosi di fronte al dover accertare la concreta idoneità della condotta tenuta dall'imputato ad alterare il prezzo di uno strumento finanziario - ha

individuato nell'analista finanziario, in veste di consulente tecnico, il soggetto qualificato e professionale adatto a verificare in concreto l'ipotesi accusatoria in quanto dotato di strumenti conoscitivi adeguati per simili eventi di pericolo, il quale, però, ha utilizzato il "metodo dell'*event study*", quale criterio o indicatore per misurare se la condotta fosse potenzialmente idonea ad influire sulle quotazioni del titolo attinto da presunta manipolazione<sup>84</sup>.

L'*event study* è un canone di indagine statistica del comportamento di una "serie storica"<sup>85</sup>, in

---

<sup>84</sup> Su tutte si veda Tribunale di Torino, Sez. I pen., 21.12.2010 (dep. 18.03.2011), Pres. ed Est. Casalbore, imp. Gabetti e a. , su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di FALCINELLI, *Il giudice, l'antifrase e una "Fata morgana": se il tipo del pericolo concreto esprime un'offesa di danno (di un bene astratto)*, pubblicato sul medesimo sito e, sulla medesima sentenza si veda anche MOLINARO, *Il pericolo concreto della fattispecie di manipolazione del mercato al banco di prova del processo penale*, in *Giur.mer.*, 2011, pp. 1195 e ss..

<sup>85</sup> Concetto proprio della statistica, per serie storica (o temporale) si intende un insieme di variabili casuali relative ad un fenomeno ordinate rispetto al tempo e ne esprime la dinamica nel tempo

questo caso il rendimento di uno strumento finanziario, in relazione ad uno specifico avvenimento sulla base degli effetti concretamente prodotti in simili episodi precedenti: l'oggetto di un *event study* dunque è il reale effetto dell'evento sulla serie finanziaria in questione<sup>86</sup>.

E' opinione largamente condivisa che la manipolazione di mercato abbia natura di reato di pericolo concreto<sup>87</sup>, la quale richiede che il

---

per comprenderne l'andamento futuro individuandone la tendenza, la ciclicità o l'accidentalità, per l'applicazione di tali studi in campo economico e finanziario si veda KOOP, *Logica statistica dei dati economici*, Torino, 2001 e DI FONZO-LISI, *Serie storiche economiche*, Roma, 2005.

<sup>86</sup> In relazione al mercato finanziario in tal senso PASTORELLO, *Rischio e Rendimento. Teoria Finanziaria e Applicazioni Econometriche*, Bologna, 2001, e MACKINLAY-ARCHIE CRAIGANNO, *Event Studies in Economics and Finance in Journal of Economic Literature*, Princeton, 1997.

<sup>87</sup> In tal senso MUSCO (con la collaborazione di Masullo), *I nuovi reati societari*, cit., 282; FOFFANI, *Commento all'art. 185 t.u.f.*, cit., 726; SGUBBI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., 75; MELCHIONDA, *Aggiotaggio*, cit., 273, ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., 413. Tra chi si discosta da tale orientamento si segnala PREZIOSI,

giudice, quale criterio di verifica della concreta idoneità della condotta dell'agente a mettere a repentaglio il bene giuridicamente tutelato, adoperi quello della prognosi postuma<sup>88</sup>, tenendo conto di tutti i fattori presenti al momento delle scelte operate dal presunto agente, in sostanza, quello proprio del tentativo ex art. 56 c.p.: l'adozione dunque dell'*event study* in quanto criterio di valutazione consono ai soli reati con evento di danno e non di pericolo non può che

---

*L'aggiotaggio, cit.*, 469; Id., *La manipolazione di mercato*, Bari, 2008, 211, il quale, partendo dallo schema del tentativo compiuto, giunge a concludere che l'aggiotaggio abbia natura di reato di danno in quanto «le condotte penalmente rilevanti sono costituite dalle falsità, dalle operazioni simulate e dagli artifici eventualmente compiuti che per una qualsiasi ragione non siano stati portati ad effetto».

<sup>88</sup> In tal senso SGUBBI, *loc.ult.cit.*; MACCARI, *Aggiotaggio*, in GIUNTA (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Torino, 2002, p. 200; MUSCO, *cit.*, 283; BIANCONI, *Commento all'art.2637 c.c.*, in PADOVANI, *Leggi penali complementari. Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2007, 2485; MUCCIARELLI, *Aggiotaggio, cit.*, 431. Proprio commentando questa sentenza di recente in tal senso anche FALCINELLI, *Il giudice, l'antifrasi e una "Fata morgana": se il tipo del pericolo concreto esprime un'offesa di danno (di un bene astratto), op. cit.*

dar luogo a forti dissonanze con quello che natura stessa del reato imporrebbe nella verifica di fatto, dissonanze che hanno immediatamente suscitato condivisibili critiche<sup>89</sup>.

Invece che valutare *ex ante* ed in concreto l'attitudine della divulgazione di una notizia effettivamente falsa o la realizzazione di un'operazione simulata a provocare una sensibile alterazione del prezzo di uno strumento di mercato, l'*event study* si mostra come valutazione delle ripercussioni effettivamente prodotte, riducendo l'analisi ad una inadeguata ricognizione sugli effetti eziologicamente conseguenti alla condotta, circostanza che non può non suscitare nell'animo del penalista, ed anche in chi scrive, un certa perplessità.

Per l'accertamento di tali situazioni lo strumento da utilizzare dovrebbe essere il giudizio

---

<sup>89</sup> Cfr. i condivisibili rilievi mossi in tema di profili problematici del criterio di accertamento del pericolo seguito dal Tribunale di Torino sulla medesima vicenda da MOLINARO, *Il pericolo concreto della fattispecie di manipolazione del mercato al banco di prova del processo penale*, cit, § 3.

controfattuale, sarebbe dunque maggiormente opportuno in pratica domandarsi *ex ante* ed in concreto se il prezzo del titolo in analisi avrebbe avuto il medesimo andamento qualora fosse stata diffusa l'informazione vera e non quella mendace, ed in caso di risposta negativa a tale quesito, la falsa informazione diffusa si sarebbe dimostrata come concretamente idonea ad alterarne il prezzo, anche nell'ipotesi che l'effetto alterativo sia stato quello di una riduzione o di un annullamento dell'incremento o del decremento di valore dello strumento finanziario.

Il metodo dell'*event study*, in quanto avente ad oggetto centrale di analisi i reali effetti di un informazione sull'andamento dei prezzi di mercato di uno strumento finanziario, risulta inadeguato a fronte dell'accertamento di un illecito di pericolo. Di tutta evidenza, infatti, risulta la sua idoneità d'impiego alle sole fattispecie ad evento di danno.

L'indagine sulla sussistenza del reato di manipolazione di mercato, dovrebbe

ragionevolmente esser condotta concentrandosi sullo studio della potenziale capacità delle informazioni false ad alterare il prezzo del titolo nel momento della loro diffusione alla luce anche, ma non solo, del criterio offerto dal IV comma dell'art. 181 Tuf, tenendo presente tutti i fattori «esistenti al momento del fatto capaci di comunicare l'attitudine della condotta a porre in pericolo il bene tutelato»<sup>90</sup>: quel su cui sembra aspro convenire è che, individuata nel pericolo concreto l'offesa della manipolazione di mercato, appare fuor di ragione seguire un criterio secondo cui «la verifica necessaria all'individuazione della sussistenza del reato debba essere eseguita con riferimento alla effettiva reazione del mercato»<sup>91</sup>, vale a dire l'*event study*, poiché si sposterebbe l'analisi su un piano non conferente con una offesa di pericolo concreto, ma con quella propria dei reati ad evento di danno. Affermata la natura di reato

---

<sup>90</sup> Così TRIPODI in SGUBBI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit., p. 75.

<sup>91</sup> Motivazione della citata sentenza del Tribunale di Torino, pag. 57.

ad evento di pericolo, fuori luogo appare la ricerca di un evento in senso naturalistico così come invece ad oggetto dell'*event study*, trascurando altresì che, attraverso la diffusione di informazioni mendaci, che potrebbero altresì esser frutto di operazioni simulate o altri artifici, l'effetto alterativo sull'andamento degli strumenti finanziari può anche esser rappresentato da una stabilizzazione artificiosa ottenuta non permettendo ai titoli *de quibus di* avere l'andamento che avrebbero avuto invece qualora si diffondessero informazioni veritiere o si dissimulassero le operazioni in campo.



## Capitolo II

## **La problematica teorizzazione del concetto di bene giuridico**

1. Genesi ed evoluzione della teoria del "bene giuridico". 2. Significato e funzioni del concetto di "bene giuridico". 3. Emergere della concezione giuspositivistica del bene giuridico. 4. Il ritorno della concezione metapositivistica del bene giuridico. 5. L'antigiuridicità in senso materiale. 6. La ricerca del concetto materiale di reato. 7. La lettura costituzionalmente orientata dei beni giuridici. 8. L'abbandono sociologico del concetto di bene giuridico. 9. Attualità della teoria del bene giuridico nel dibattito penalistico.

«Ci sarà sempre differenza tra il sottomettere una moltitudine ed il governare una società»<sup>92</sup>

## 1. Origine ed evoluzione della teoria del “bene giuridico”.

Il concetto di bene giuridico<sup>93</sup> tutelato è da

---

<sup>92</sup> ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, traduzione italiana di Jole Bertolazzi, Milano, 2009, p. 76.

<sup>93</sup> Sul concetto di bene giuridico si veda in generale ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giudica penale*, Milano, 1913, *passim*; nonché DELITALA, *Contributo alla nozione di reato. Il reato come offesa ad un bene od interesse obbiettivamente protetto*, Roma, 1926, *passim*; BETTIOL, *L'odierno*

tempo considerato uno degli assi su cui ruota l'intero sistema del diritto penale contemporaneo, ma che – come venne acutamente avvertito già nel corso del secolo passato – malgrado la centralità assunta

---

*problema del bene giuridico*, testo in italiano della conferenza tenuta il 12 maggio 1959 nell'Aula Magna dell'Università di Würzburg, in *Riv.it.dir.pen.proc.*, 1959, p. 48 s. ora in *Scritti Giuridici*, Padova, 1966, p. 911; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss.Dig.It.*, vol. XIX, 1973, p. 7; MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del codice penale*, in *Jus*, 1974, p. 463; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974; MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione. Studi in onore di Costantino Mortati*, Vol. IV, Milano, 1977, p. 447; BAJNO, *Contributo allo studio del bene giuridico nel diritto penale «accessorio»: l'ipotesi urbanistico-ambientale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1979, p. 120; FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1982, p. 48 s.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1984; STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985.

nell'impianto dell'intera materia<sup>94</sup>, ove spogliato di riferimenti concreti, rischia di assumere la veste di un mero assunto nell'indagine scientifica, un simulacro privo di contenuto<sup>95</sup>: se prima non ne vengono definiti o precisati i significati essenziali si correrebbe il rischio di ridurre tale elevata acquisizione ad una pura immagine teoretica, un'idea, un "non luogo" giuridico suscettibile di apparire poi

---

<sup>94</sup> Su tale argomento già JÄGER, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957, p. 4 ss. L'autore segnatamente evidenzia il paradosso in cui si trova spesso l'indagine penalistica, che se da una lato concentra gran parte delle attenzioni su temi ed argomenti accidentali o subordinati, sembra nutrire una sorta di trascuratezza «riguardo al problema fondamentale del perché una azione è punibile, in rappresentazioni incerte e non chiare» finendo su questa china poi per evocare «concetti che difficilmente possono tranquillizzare, come l'irrazionale coscienza popolare o gli interessi dello Stato» *loc. cit.*. In tal senso anche MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 56.

<sup>95</sup> In tal senso HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973, p.14.

come impertinente ed inconferente con la pragmatica del diritto penale. L'indagine in cui ci addentriamo diviene esattamente come il fitto di una foresta, in cui risulta indispensabile orientarsi e per far ciò è necessario, dunque, inquadrare, in modo prudente e necessariamente riassuntivo, considerata la vastità degli argomenti in esame, quel che la dottrina più condivisa nel corso degli anni ha teorizzato esser *l'ubi consistam* stesso del concetto di bene giuridico, per quanto ancora solo in via provvisoria, attese le esigue conclusioni unanimi che ci sono in argomento, tracciandone, per quanto possibile, quelle che state riconosciute in ambito internazionale come contenuto e funzioni, attraverso una preliminare ricostruzione del dibattito

ermeneutico che condusse a delineare la portata di tale assunto: dibattito che vide in tutta Europa, e specificatamente nel nostro Paese, un rinato interesse verso la metà degli anni '70 dello scorso secolo<sup>96</sup>, e che visse un momento di studio appassionato e costruttiva discussione nel tentativo di trovare una definizione "materiale" di bene giuridico che fosse davvero in grado di limitare il legislatore nel momento dell'emanazione di nuove norme

---

<sup>96</sup> A tal proposito si veda STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti offensivi conformi al tipo*, in *Riv.it.dir.pen.proc.*, 1973, p. 1. Contrario alla ripresa di interesse della dottrina verso il tema del bene giuridico invece si mostrava NEPPI MODONA sulla scorta del rilievo che non era conveniente «un'analisi approfondita dei problemi che ha sollevato la teoria del bene giuridico perché i risultati raggiunti dalla dottrina più recente possono ritenersi del tutto soddisfacenti e ad essi ci si può riferire come a punti ormai indiscussi»: pertanto «un'indagine sulla nozione di oggetto giuridico del reato potrebbe avere un valore solo prevalentemente storico, di ricostruzione delle varie tesi sostenute dai cultori della materia», ne *Il reato impossibile*, Milano 1965, p. 72 ss.

incriminatrici, un momento in cui il concetto di bene giuridico fu nel mondo tedesco autorevolmente ed espressamente elevato alla dignità di «fondamento riconosciuto nella costruzione della fattispecie»<sup>97</sup>, in una lettura teleologica del diritto penale proiettata verso la protezione dei beni giuridici quale tutela di valori essenziali<sup>98</sup> alla pacifica coesistenza dei

---

<sup>97</sup> Così letteralmente JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2 Aufl., Berlin, 1972, p. 194.

<sup>98</sup> In questo senso MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4 Aufl., Karlsruhe, 1971, p. 213; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, in *ZStW*, 1955; JÄGER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 15; ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristische Schulung*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, 1973, p. 16. I medesimi orientamenti sono rinvenibili anche nel § 2 Abs 1 dell'*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner teil*, 2 Aufl., Tübingen, 1966. In senso contrario si veda WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., Berlin, 1966, p. 3, per il quale la tutela dei beni giuridici è una "posizione di scopo negativa-preventiva, mentre il compito fondamentale del diritto penale consiste nella tutela di valori etico-sociali" nella

consociati.

Malgrado i molteplici rilievi critici mossi alla teoria del bene giuridico, soprattutto riguardo la modesta capacità selettiva che avrebbe rispetto ad altri criteri di valutazione quali l'interesse, il valore o lo scopo della tutela nel definire i criteri di scelta dei fatti da

---

traduzione di MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 57; altresí H. MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1967, p. 20. Ma è noto che le riflessioni di Welzel si sono prestate a letture diverse, infatti secondo taluni, per esempio LAMPE, *Das Personale Unrecht*, Berlin, 1967, p. 93, l'interpretazione delle riflessioni del pensiero dell'insigne Autore sarebbe tutta focalizzata sulla protezione del disvalore dell'atto portando ad una inevitabile ad una deriva eticizzante del diritto penale. Secondo altri, come HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, cit., p. 91, questa lettura andrebbe relativizzata e concepita sotto forma di protezione del valore dell'atto come possibilità della protezione del bene; inoltre il richiamo dei valori etico-sociali non deriverebbe da una visione eticizzante del diritto penale ma « dal pratico chiedersi come i beni giuridici possono essere realmente protetti dal diritto penale». Sul problema cfr. KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelictes*, Berlin, 1966, p. 74 s.

penalizzare<sup>99</sup>, l'indagine sul bene giuridico, da sempre, riguarda il progresso stesso del diritto penale in senso liberale, espressione, questa,

---

<sup>99</sup> Su questo rilievo si vedano ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Scritti di Diritto Penale*, Milano, 1955, p. 97 ss., 115 ss., fra gli altri anche FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 73 ss., ID., *Art. 27, 3° comma*, in BRANCA – PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bari, 1991, p. 222, in cui l'Autore esplicitamente definisce «magiche» le immagini e le astrazioni spesso utilizzate per definire il concetto di bene giuridico; PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1992, p. 459 ss.; ROMANO, *Commentario*, vol. I, 2 ed., Pre Art. 39/5 ss.; BARATTA, *Jenseits der Strafe – Rechtgüterschutz in der Risikogesellschaft*, in *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, p. 393 ss.; FRISCH, *An den Grenzen des Strafrechts*, in *Beiträge zur Rechtswissenschaft in Festschrift für Stree und Wessels*, Heidelberg, 1993, p. 71 ss.; Id., *Wesentliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung* in ESER-KAISER-WEIGEND (Hrsg.), *Von totalitären zu rechtstaatlichem Strafrecht*, Freiburg im Br., 1993, p. 203 ss.; JACOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2 ed., Berlin-New York, 1991, p. 22 ss., MÜLLER DIETZ, *Aspekte und Konzepte der Strafgesetzgebung*, in *Festschrift für R. Schmitt*, Tübingen, 1992, p. 103 ss..

antitetica ad un modello autoritario in cui la pena è mero esercizio della violenza al fine di garantirsi obbedienza<sup>100</sup>: non a caso gli studi sui rapporti intercorrenti tra fatto tipico ed offesa nascono dall'abbandono di schemi votati al mero autoritarismo punitivo, nella ricerca di modelli più attuali, orientati al nuovo quadro istituzionale che si era andato affermando nell'Europa di fine '900, in cui il bene giuridico venne «chiamato a rivestire il ruolo di pietra angolare»<sup>101</sup> in questa nuova "costruzione": esso diviene una sorta di dogma del diritto

---

<sup>100</sup> Si veda precedente nota 1 e successiva nota 74.

<sup>101</sup> In tal senso ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 5, il quale arriva anche a chiedersi esplicitamente cosa siano i beni giuridici e quale sia la loro funzione, pervenendo alla risposta che, se si vogliono evitare «facili apriorismi ... e se si vuole arrivare a una chiarificazione, ad una utilizzazione del concetto non tacciabile di artificiosità, l'unica impostazione corretta sia quella storicistica», loc. cit..

penale liberal-democratico senza tuttavia che ne venga delineato contenuto ed ambito di operatività<sup>102</sup>.

La teoria del bene giuridico, come è noto, nasce in ambito post illuministico in risposta alla precedente idea del reato come violazione dei diritti soggettivi<sup>103</sup> sviluppatasi in Francia alla fine del XVIII secolo, ma sempre sulla

---

<sup>102</sup> «il concetto di bene giuridico si è assicurato da molto tempo un posto saldo nell'arsenale concettuale del diritto penale. Nonostante la sua storia ormai centenaria esso appartiene – né il suo impiego frequente può illudere su ciò – a quei concetti che malgrado molteplici sforzi sono ancora in ampia misura non chiarificati», RUDOLPHI, *Die verschiendinen Aspekte des Rechtgutsbegriffs*, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, p. 151; AMELUNG, *Rechtgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbehens*, Frankfurt. 1972, p. 270.

<sup>103</sup> Si veda FEUERBACH, *Anti-Hobbes ovvero limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, nella traduzione italiana di Cattaneo, Milano, 1972, p. 21 ss.

base delle riflessioni sul contenuto e sulle conseguenze dell'idea dominante di contratto sociale<sup>104</sup> e della necessità che aveva portato gli uomini, riunendosi, a darsi leggi<sup>105</sup> cui

---

<sup>104</sup> Il richiamo ovviamente è a ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, traduzione italiana, *op.cit.*, p. 78 s., come *pactum unionis civilis* da cui discendeva il *pactum subiectionis* dei cittadini verso lo Stato, che a sua volta ha dei doveri verso i cittadini, «Ciascuno di noi mette in comune la propria persona e ogni proprio potere sotto la suprema direzione della volontà generale; e noi in quanto corpo politico riceviamo ciascun membro come parte indivisibile del tutto» p. 80, «Ciò che l'uomo perde con il contratto sociale è la sua libertà naturale, e un diritto illimitato su tutto ciò che lo tenta e che può esser da lui raggiunto; ciò che guadagna è la libertà civile e la proprietà quello che possiede» p.85, in sostanza si segna un passaggio tra la *ville* intesa come mero luogo materiale a la *Cité*, città come entità politico-morale, il cui riflesso è la distinzione tra il *le bourgeois*, il borghese, e *le Citoyen*, il cittadino, ricalcando la precedente e fondamentale *summa divisio* tra la moltitudine ed il popolo operata precedentemente dalla famosa teoria giusnaturalistica del 1642, così HOBBS, *De cive*, traduzione italiana di Tito Magri, Roma, 2005, pp. 71 s. e 134.

<sup>105</sup> Già i giuristi romani avevano acquisito nel patrimonio delle loro consapevolezze come legge e società formassero una inscindibile diade, espressa

sottostare: come argine ad ogni forma di assolutismo delle istituzioni politiche la filosofia aveva teorizzato un concetto di autorità connotata dall'essere emanazione della «volontà generale» che fosse legittimata non tanto da un unanime o largo consenso, quanto dall'«interesse comune» che perseguiva attraverso l'uso della legge nella sua attività di

---

nel celebre brocardo *ubi societas, ibi ius*: ribadiva BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2008, p. 37 s., «le leggi sono le condizioni con le quali uomini indipendenti ed isolati si riunirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra, e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità ... Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà; egli è dunque certo che ciascuno non ne vuole mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di questa minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia; è fatto non già diritto».

governo<sup>106</sup>; le leggi stesse, dunque, garanzia delle libertà fondamentali<sup>107</sup> di ogni consociato ed attribuzione allo Stato del potere di provvedere ai cittadini e di costituirne l'espressione della volontà, ivi compresa anche la potestà di esercitare l'uso della violenza in

---

<sup>106</sup> In tal senso ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, traduzione italiana, *op. cit.*, pp. 102 e 108.

<sup>107</sup> Per il concetto di libertà fondamentali incarnate dai diritti essenziali quali vita, patrimonio e libertà personale, si rimanda a LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, traduzione italiana di Anna Gialluca, Milano, 2009, *passim*, ed in particolare sottolinea il passaggio in cui l'autore parlando delle ragioni per cui l'uomo si unì con i suoi simili in una comunità organizzata afferma: «Non è senza

ragione che egli [l'uomo] cerca e desidera unirsi in

società con altri che sono già riuniti, o hanno in mente di riunirsi, per la reciproca salvaguardia della loro vita, libertà e beni: cose che io denomino con il termine generale di proprietà. Il grande e principale fine per cui gli uomini si uniscono in Stati e si assoggettano a un governo è la salvaguardia della loro proprietà. A tale fine lo stato di natura e per molti rispetti inefficiente» pp. 229 s.

regime di monopolio esclusivo e come strumento di difesa dalle altrui aggressioni a beni o valori di interesse superindividuale, avrebbero implicato altresì un diritto coattivo in capo ai cittadini di limitare il potere del "sovrano"<sup>108</sup>. Emergeva, dunque, una visione squisitamente laica del reato caratterizzata dal connotato di argine all'arbitraria emanazione di norme penali. In quanto conseguenza diretta del contratto sociale, le uniche situazioni che avrebbero portato ad una limitazione dei diritti individuali dei contraenti sarebbero stati quelli che rischiavano di far retrocedere la società organizzata allo stato ancestrale del *bellum omnium contra*

---

<sup>108</sup> Così anche MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 61.

*omnes*<sup>109</sup>.

Il momento genetico dell'idea che darà luogo poi alla teoria del bene giuridico è dunque questo, l'acquisizione della consapevolezza che la normazione<sup>110</sup>, espressione del potere di assoggettamento e condizione della società organizzata, possa avere quartiere solo se riferibile ad un oggetto superindividuale e che sia cogente in egual misura per tutti i membri della *Cité*, principe compreso, solo in quanto tutela di un interesse essenziale per la

---

<sup>109</sup> Di cui il diritto positivo sarebbe, dunque, la negazione in quanto argine positivo e razionale ed unica via alternativa a quello naturale, quello della prevaricazione del più forte sul più debole, frutto di una convenzione spontanea tra gli uomini proprio al fine di porre termine alla situazione in cui la violenza è lo strumento di risoluzione delle controversie.

<sup>110</sup> «Le leggi non sono propriamente altro che le condizioni dell'associazione civile», così ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, traduzione italiana, *op. cit.*, p. 109.

sopravvivenza della società organizzata della cui volontà ne è espressione.

È in Germania, verso la metà del XIX secolo, che la teoria dell'esistenza di qualcosa di superindividuale ed offendibile attraverso la trasgressione di una norma penale prende corpo, si sviluppa muovendo dalla ricostruzione in termini naturalistici del significato linguistico di "Rechtsverletzung"<sup>111</sup>, si arriva ad accostare l'idea di violazione o di lesione con quella di persona o di cosa che viene considerata un bene il cui godimento può essere unilateralmente ridotto ad opera di un terzo, di valore aggredibile, come del resto

---

<sup>111</sup> Letteralmente offesa, lesione o violazione del diritto, cfr. BIRNBAUM, *Über das Enforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, p. 180.

lo erano vita, patrimonio o libertà personale, beni che trovavano garanzia nello Stato e nelle sue leggi che li riconoscevano dunque come beni appunto «giuridici»<sup>112</sup>. Questo dunque il punto di volta, la teorizzazione del bene giuridico come assunto della scienza penale - definito come bene ancora inquadrato in termini materiali - cui lo Stato attribuisce tutela, di appartenenza del singolo o della collettività e per sua natura inviolabile<sup>113</sup>. La teoria evidenziò immediatamente la sua portata critica ed interpretativa, mostrandosi

---

<sup>112</sup> Secondo l'Autore «é naturale parlare di violazione della vita, della forza fisica, dell'onore, della libertà personale, del patrimonio come delitti particolari: poiché tutti i nominati delitti sono soggetti ad una sottrazione o ad una diminuzione tramite l'azione di terzi», il reato dunque «secondo la natura delle cose costituisce una violazione o una messa in pericolo, imputabile all'uomo, di un bene da garantire a tutti in modo uniforme da parte dello Stato» BIRNBAUM, *op. cit.*, p. 179 ss.

<sup>113</sup> BIRNBAUM, *op. cit.*, p. 149 ss.

quale criterio su cui misurare la legittimità<sup>114</sup> delle incriminazioni, implicitamente ammettendo solo quelle poste a protezione di situazioni preesistenti alle norme e concrete nella loro attinenza alle cose o alle persone, ma calata in una realtà di sistemi normativi codificati in epoche ben antecedenti a tale acquisizione<sup>115</sup>.

Detto quadro presentava delle difficoltà tali che inevitabilmente portarono ad una latenza delle conseguenze di diritto cui tale teoria

---

<sup>114</sup> MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 68.

<sup>115</sup>«data la divergenza tra la pretesa al carattere palpabile dei beni protetti e l'esistenza di beni senza precisi contorni ammessi come beni protetti, la dottrina del bene giuridico si trovava davanti ad un dilemma senza via di uscita», così HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, cit., p. 61; in tal senso anche OTTO, *Rechtsgütbegriff und Deliktstatbestand*, in MÜLLER DIETZ (e altri) *Stafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Köln, 1971 p. 3 s. e MUSCO, *op.cit.*, p. 69.

produceva, latenza dovuta alla difficoltà che incontrava la stessa a trovar una giustificazione teoretica e positiva negli ordinamenti vigenti<sup>116</sup>. Soltanto con il tramonto dei vecchi sistemi ed il sorgere delle moderne Costituzioni tali difficoltà vennero vinte e la teoria del bene giuridico finalmente poté pervenire agli sviluppi successivi.

## **2. Significato e funzioni del concetto di "bene giuridico".**

---

<sup>116</sup> Cfr. HASSEMER, op.cit., p. 37.

Il significato che si può attribuire al concetto in analisi con maggiore certezza, intanto, è un significato in senso negativo, «tutelare un bene giuridico» di certo non vuol dire tutelare qualcosa che attiene alla morale e, parimenti, non significa punire per il solo essersi dimostrati meramente non assoggettati ad una autorità posta<sup>117</sup>, ad una istituzione o all'espressione di governo di un sovrano. Non attiene, in sostanza, ad un generico senso di obbedienza ad un comando, significa che il reato non è una semplice trasgressione di un precetto o di un dovere<sup>118</sup> (c.d. formalismo

---

<sup>117</sup> Sulla fenomenologia del concetto di *autorità* si rimanda a WEBER, *Economia e società. Comunità*, Roma, 2005, *passim*.

<sup>118</sup> Così DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 118, richiamando la lezione di ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I, 2 ed., München, 1994, p.1 e ss., il quale sposa

giuridico), meno che mai può significare afflizione per una semplice manifestazione o inclinazione del proprio animo: affinché si possa parlare di reato, la teoria del bene giuridico afferma la assoluta necessità di una offesa a qualcosa di ulteriore ed elevato rispetto alla semplice disposizione violata e questo qualcosa di ulteriore ed elevato, *rectius* di superiore, dovrebbe essere appunto il «bene giuridico». Tale concetto quindi nel corso del tempo è venuto ad assumere una valenza poliedrica tanto che la scienza giuridica è giunta ad elaborare ben cinque distinte funzioni<sup>119</sup> tradizionali per questo «*locus*

---

una concezione "costituzionalmente orientata" del bene giuridico.

<sup>119</sup> Si vedano in tal senso le ricostruzioni offerte da SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Basel, 1962, *passim*; MOOS, *der verbrechensbegriff in Österreich im 18. Und*

*classicus* dell'interesse moderno sui limiti del diritto penale»<sup>120</sup>: classificatoria, sistematica, esegetica, dogmatica e critica, dove la funzione classificatoria aveva natura fondamentalmente pratica e si traduceva in un criterio di elencazione ordinata le varie fattispecie di reato in relazione al bene

---

19. *Jahrhundert. Sinn und Strukturwandel*, Bonn, 1968, p. 124 ss., 153 s., 259 ss., 179., 211 ss., 228 ss., 237 ss., 266 s., 275 ss., 285 s., 302 ss., 414 ss., 431., 479 ss., 500 s., 504 ss.; AMELUNG, *Rechtgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbechens*, cit., *passim*; descrizioni storiche si trovano anche in HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, cit., p. 32 ss.; SCHWINGE, *Theologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Bonn, 1937, p. 27 ss.; MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehendes Denken in der Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939, p. 93 ss.; infine anche ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 6.

<sup>120</sup> Così PACKER, *the limits of the criminal sanction*, Stanford, 1978, p. 312.

giuridico tutelato.

La funzione sistematica nascendo dal tentativo di giungere attraverso forme di astrazione sempre più complesse ad una nozione di bene giuridico unitaria che superasse le differenze interpretative, aveva portato ad una definizione che tutto appariva meno che unitaria, conferente con ciò che era possibile desumere dall'intero quadro normativo vigente, concentrandosi soprattutto sulle definizioni relative ai contenuti della tutela<sup>121</sup>, e ricavando, di volta in volta, un termine diverso per inquadrare il bene giuridico come concetto, finendo così per attribuire all'intero diritto penale una funzione sempre

---

<sup>121</sup> Così HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 62.

differente<sup>122</sup>.

La concezione dogmatica tende a fare del bene giuridico un concetto estremamente formalizzato, incapace di offrirne una nozione con un reale contenuto informativo sufficiente a far emergere quel nucleo che gli oggetti di tutela dovrebbe tutti presentare in egual misura e con egual forme "esteriori"<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Divenne ora tutela dei diritti, di interessi, di situazioni, di unità funzionali a seconda del manto che veniva a vestire in base alla concezione ideale dell'autore, infatti venne notato da subito che «il termine interesse è fortemente impregnato in un substrato utilitaristico in contrasto con i fini prevalentemente etici del diritto penale (ed in ciò sta il punto di distacco tra la concezione teleologica e la giurisprudenza degli interessi che è sorta nel campo del diritto privato ove le considerazioni utilitaristiche prevalgono su quelle etiche), perciò più che di interessi è bene parlare di valori tutelati dalla fattispecie penale», BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1938, p. 326, ora in Scritti Giuridici, Padova, vol. I, 1966, pag. 318.

<sup>123</sup> FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in

suscettibile di essere vulnerata da un offesa declinabile in termini di lesione o messa in pericolo.

Un mutamento rispetto alle precedenti concezioni si ha quando si abbandona questo modo di vedere il bene giuridico, e lo si inizia ad utilizzare come chiave di un metodo interpretativo<sup>124</sup>, vale a dire in funzione

---

STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, p. 7.

<sup>124</sup> Si vedano in tal senso HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, cit., p. 83, con la locuzione beni giuridici «nient'altro si vuole intendere che lo scopo, assegnato dal legislatore alle singole disposizioni penali, nella sua formula più breve» pag. 94, e SCHWINGE, *Theologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, cit., p. 32, in questa direzione, malgrado talune naturali differenze dovute al diverso ambito culturale, ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giudica penale*, cit., p. 580, «accertare quale sia il bene e l'interesse leso o minacciato da un dato reato, significa null'altro che accertare lo 'scopo' che la legge penale si propone

metodologica: in questo modo il bene giuridico finiva col coincidere con la *ratio legis*, mostrando di non avere alcuna attitudine nel vincolare in senso limitativo il legislatore nell'emanazione delle norme penali<sup>125</sup>.

---

di raggiungere vietando sotto minaccia di pena determinata azione od omissione. Significa, in altri termini, interpretare la legge penale secondo gli scopi suoi» posizione comunque criticata sulla base del rilievo che questa impostazione confondeva bene e scopo del reato, cfr. AMELUNG, *Rechtgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 341, MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, p. 175, in cui l'Autore, analizzando i reati di bancarotta distingueva tra la protezione dei diritti patrimoniali dei creditori e l'esigenza «di un ordinato assetto dell'economia creditizia in materia commerciale», così MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 89.

<sup>125</sup> La critica più diffusa alla concezione metodologica del bene giuridico è infatti quella del suo illimitato «positivismo» cfr. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, cit., p.79; RUDOLPHI, *Die verschiendinen Aspekte des Rechtgutsbegriffs*, cit., p. 153, «con ciò il concetto di bene giuridico è atto ad accogliere qualsiasi contenuto»; M. MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtgut»*. *Prolegomena*

Su tale considerazione sorse una accesa controversia circa il giudizio critico sui rapporti tra giuspositivismo e scienza penale tra le due guerre<sup>126</sup>. Da una parte si critica il positivismo giuridico sulla scorta della considerazione che avrebbe appoggiato servilmente ogni degenerazione degli estremismi al potere in quel momento storico<sup>127</sup>, mentre dall'altra, respingendo energicamente questa accusa, si sosteneva che, detto incondivisibile asservimento, avvenne proprio perché la scienza penale si sarebbe distaccata

---

*einer materialen Verbrechenslehre*, Köln, 1972 p. 20.

<sup>126</sup> Così ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 29.

<sup>127</sup> Per tutti RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *SJZ*, 1946, ora in *Rechtphilosophie*, 8 Aufl, 1973, p. 339, *passim*.

dall'ortodossia del positivismo giuridico<sup>128</sup>: detta diatriba portò ad una certa *empasse* degli studi sulla teoria del bene giuridico, che fu superata solo quando venne riconosciuto che la differente inquadratura del fenomeno in oggetto fosse originata dal diverso significato che si attribuiva ai termini in contrapposizione<sup>129</sup>, esattamente del significato che si dava al concetto di positivismo giuridico<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> Così BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza penale. Aspetti Teoretici e ideologici della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966, *passim*.

<sup>129</sup> ANGIONI dice che «alla base della divergenza vi fosse un'anfibolia», *loc. ult.cit.*

<sup>130</sup> Il primo a riconoscere che l'espressione "positivismo giuridico" abbia due distinti significati è HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, I, 1958, trad. It. FROSINI, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, p. 119 in nota. Concependo il positivismo giuridico come «metodo utilizzato per la

---

formazione e l'interpretazione delle leggi fondato sul criterio della certezza del diritto» (v. BARATTA, op. cit., p. 7) allora non si poteva non concludere che la scienza penale nel ventennio dei regimi di destra si diresse verso conclusioni opposte alla certezza del diritto, di converso, se per positivismo giuridico si intende un'idea di giustizia secondo cui le regole di diritto, provenienti da fonti giuridicamente legittimate, devono essere indiscriminatamente applicate ed osservate (si veda BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, p. 133), allora è legittimo definire positivismo, l'atteggiamento di coloro che obbedirono incondizionatamente alle leggi emanate, qualunque esse fossero e qualunque ne fosse "l'abominevole" portato cogente. Colto ed elegantissimo il parallelo critico di ANGIONI ( *op cit.*, p. 30) sulla differenza degli uomini del Terzo Reich che obbedivano ciecamente alle leggi al fine di infliggere indicibili sofferenze ad altri uomini, come il Socrate di Platone il quale, a prezzo della vita, rifiuta di evadere dalla prigione in cui aspetta la pena capitale, per non trasgredire, *rectius* per obbedire altrettanto ciecamente alle leggi di Atene, perché la giustizia coincideva con l'obbedienza all'ordinamento, cfr. PLATONE, *Critone*, traduzione italia di Giovanni Reale, Brescia, 1989, *passim*, in particolare si legga il passaggio in cui Socrate risponde all'allievo che gli chiede di evadere per salvarsi dalla condanna a morte inflitta secondo le leggi di Atene, violandole, dicendo «... sei tanto sapiente da aver scordato che più della madre e del padre e di tutti gli altri progenitori è degna di onore la Patria, e che è più venerabile e più santa e che è tenuta in più alto grado di stima e presso gli Dei e presso gli uomini assennati; e che bisogna ubbidirle e blandirla quando è adirata, e che

### 3. Emergere della concezione giuspositivistica del bene giuridico.

Gli effetti disastrosi del *diktat* di Versailles del 1919 e la gravissima crisi economica causata dalla speculazione finanziaria culminata col celebre crollo di Wall Street del '29, cui seguì una drammatica situazione anche in Europa, videro andare affermandosi in ambito filosofico tedesco un orientamento incline sempre più verso una forma di realismo politico, ispirato anche al pensiero di Hobbes secondo cui - in

---

bisogna persuaderla o eseguire quello che essa comanda di soffrire, stando in silenzio, sia che si venga percossi, sia che si venga incatenati, sia che essa mandi in guerra per essere feriti ed uccisi, bisogna fare questo: in ciò consiste la giustizia; e non si deve disertare né ritirarsi né abbandonare il proprio posto, ma, e in guerra e in tribunale e in ogni altro luogo, bisogna fare quello che la Patria e la Città comanda» p. 47.

aperta contrapposizione con Kelsen - la teoria del diritto come "norma" non sarebbe stata una teoria davvero originaria, in quanto il normativismo avrebbe implicato già l'esistenza di norme positive codificate da un'autorità, la quale imporrebbe le norme facendo valere la propria volontà sotto forma di decisione, da cui il termine "decisionismo". Sullo sfondo di tali teorie c'era una concezione pessimistica della natura umana (ancora attuale nell'odierna scienza penale): la politica non sarebbe necessaria tra uomini buoni, ogni teoria politica presupporrebbe che l'uomo sia un essere pericoloso e che caratteristica fondamentale della politica sia l'inimicizia. In uno scritto del 1927, intitolato *Il concetto politico*<sup>131</sup>, viene ravvisata nella diade amico-

---

<sup>131</sup> Si veda SCHMITT, *Il concetto politico* in *Le*

nemico la distinzione fondamentale: il nemico è solo quello pubblico, cosicché la distinzione amico-nemico indica solo "*l'estremo grado di intensità di un'associazione o dissociazione*", il nemico in questione non andrebbe inquadrato mai *sub specie* di "nemico personale" (*inimicus*), ma sempre come "nemico pubblico" (*hostis*): mentre il primo, secondo l'insegnamento dei Vangeli (per chi ci crede), dovrebbe essere amato, il secondo doveva essere energicamente combattuto<sup>132</sup>; in

---

*categorie del "politico"*, Bologna, 1998.

<sup>132</sup> Scrive Schmitt «Nemico non è il concorrente o l'avversario in generale. Nemico non è neppure l'avversario privato che ci odia in base a sentimenti di antipatia. Nemico è solo un insieme di uomini *che combatte* almeno virtualmente, cioè in base ad una possibilità reale, e che si contrappone ad un altro raggruppamento umano dello stesso genere. Nemico è solo il nemico *pubblico*, poiché tutto ciò che si riferisce ad un simile raggruppamento, e in particolare ad un intero popolo, diventa per ciò stesso *pubblico*. Il nemico è

questo quadro teorico il "sovrano" non sarebbe altro che una secolarizzazione del Dio cristiano: infatti, come Dio crea il mondo *ex nihilo* sulla base della sua volontà (e non della ragione), così il sovrano crea dal nulla l'ordine giuridico, prendendo una decisione che scaturisce dalla volontà e non dalla ragione. È in questo senso che si parlò di *Teologia politica* e del «Dio onnipotente che è divenuto l'onnipotente legislatore»<sup>133</sup>. Come diceva Hobbes, "auctoritas, non veritas, facit legem", sarebbe dunque questa autorità, incarnata nei moderni stati dal potere legislativo a fare di un valore un "bene" da difendere.

Sarebbe la ragione del Legislatore, quindi,

---

*l'hostis, non l'inimicus, il πολέμιος non l'έχθρός»,  
ibidem p. 111.*

<sup>133</sup> Così SCHMITT, *Teologia politica, ibidem*, p. 61.

espressa nella legge incriminatrice a fare di un valore un bene giuridico tutelato.

In questo sfondo oscurato dai regimi, emerse dunque in Germania una visione dei valori che non li considerava più in termini di "essenza" ma in termini di validità e cogenza<sup>134</sup> che dava luogo, in ambito di ermeneusi giuridica, ad una concezione che riduceva il bene giuridico ad ogni singola disposizione di legge che comminava una pena<sup>135</sup>, concezione immediatamente criticata sulla scorta di due rilievi essenziali, il primo é che, con questo modo di concepirlo, il bene giuridico diveniva un aspetto del tutto superfluo nell'ambito del

---

<sup>134</sup> Il riferimento è a SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, *passim*.

<sup>135</sup> In tal senso WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit, p. 512, nota 30, e AMELUNG, *Rechtgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 169.

diritto penale<sup>136</sup>, il secondo, relativo all'oggetto dell'offesa, è che a sposare tale tesi, si riduceva l'offesa col semplice disaccordo con la norma, con l'inosservanza, la disubbidienza, il che, inoltre, aveva come corollario anche il venir meno delle differenze tra lesione e messa in pericolo<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> ANTOLISEI, *Introduzione alla parte speciale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1953, p. 393 ss., il quale parla in riferimento a tale modo di concepire il bene giuridico di travestimento verbale della fattispecie (*op.cit.*, p. 406); M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1949, p. 560; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 86.

<sup>137</sup> M. GALLO, *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, Vol XIII., Milano, 1964, p.750, «a ben guardare, ogni offesa penalmente rilevante è un'offesa di lesione. L'idea della messa in pericolo rinvia ad interessi extranormativi, o di fatto che dir si voglia»; in tel senso si veda anche ANGIONI, *op. cit*, p. 38 s..

#### **4. Il ritorno della concezione metapositivistica del bene giuridico.**

Alla luce delle controdeduzioni opposte alle visioni giuspositivistiche del bene giuridico emerse la consapevolezza che si dovevano superare concezioni che rendevano la teoria vulnerabile a critiche di tal genere, per approdare ad una visione del bene giuridico che assolvesse alla funzione liberale e materiale di parametro per la verifica in chiave critica dell'operato del legislatore. Unica via per raggiungere a tale scopo era necessariamente quello di recuperare la

visione iniziale e di riconoscere che bene giuridico non poteva che essere un qualcosa che preesisteva alle comminatorie penali vigenti<sup>138</sup>, una nozione dunque non formale, che avrebbe pertanto offerto la misura dell'opportunità e della legittimità della tipizzazione<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> In tal senso MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 69.

<sup>139</sup> Così e HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p.19, il quale identifica due concetti di bene giuridico, uno immanente al sistema penale, concetti di bene giuridico che rappresentano l'insieme degli oggetti protetti nell'intero impianto normativo penale («*systemimmanente Rechtsgutskonzepte*») concetti elaborati come strumenti di critica degli oggetti protetti già presenti nel codice («*systemtranszendente Rechtsgutskonzepte*»). Tale differenziazione consentiva inoltre di distinguere due tipi di approccio, infatti, quelli del primo tipo consentivano una visione del bene giuridico in chiave sistematica, quelli del secondo tipo in chiave critica, evidenziando l'insufficienza dei primi a fornire un parametro sulla base del quale stabilire la ragionevolezza dell'inclusione di un bene nel novero di quelli oggetto di tutela penale.

Tale concetto era già entrato nel patrimonio della scienza giuridica all'inizio del XIX secolo, con la prima definizione di contenuto materiale del reato ravvisata nella sua antisocialità<sup>140</sup>: il bene giuridico, del tutto slegato dall'operato del legislatore, al quale era demandato il solo compito di riconoscerlo come tale<sup>141</sup>, assumeva così dunque anche il connotato di limite alle astrazioni esegetiche<sup>142</sup>. Con questa

---

MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtgut»*, cit., p. 16,

<sup>140</sup> Si veda VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 14 Aufl., Berlin, 1905, p. 140, in cui l'insigne Autore, grazie al quale il concetto di bene giuridico diventa centrale nel sistema penale, a sostenere in maniera convinta che la nozione di "bene" deve essere impostata necessariamente in termini prepositivi.

<sup>141</sup> VON LISZT, *loc.ult.cit.*, «il contenuto materiale antisociale dell'illecito è indipendente dal suo giusto apprezzamento da parte del legislatore. La norma giuridica lo trova, non lo crea»

<sup>142</sup> Il bene giuridico viene visto dall'Autore sottoforma di «concetto limite della astraente logica giuridica», portando per un verso «con necessità all'accettazione del pensiero di scopo, al

diversa visione era d'immediata comprensione come il legislatore non creasse i beni giuridici, ma come essi fossero «dati prepositivi»<sup>143</sup> alla comminatoria penale<sup>144</sup>: questa impostazione era riassumibile nell'equivalenza secondo cui «tutela di beni giuridici significa tutela di beni preesistenti [alla tutela]: beni della vita o culturali»<sup>145</sup> (concezione metapositivistica),

---

convincimento che tutto il diritto è qui per l'uomo», per l'altro escluderebbe che «la più vicina determinazione di ciò che è bene, la sua motivazione decisiva, appartenga alla astratta logica giurica», così VON LISZT, *Des Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopedie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW*, 8 (1988), p 138 s; MUSCO, *op. cit.*, p. 71.

<sup>143</sup> espressione di ANGIONI, *op cit.*, p. 71 ss..

<sup>144</sup> MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtgut»*, *cit.*, p. 17, «é lecito al legislatore dichiarare un oggetto come bene giuridico perché e finché questo, secondo principi pre-positivi, si dimostra bene».

<sup>145</sup> Oltre a JÄGER, anche LANGER, *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeiner Teil des Strafrechts*, Berlin, 1972, p.291; RUDOLPHI (e altri), *Systematischer Kommentar zum*

assunto quest'ultimo però che, nella sua perentorietà, non poteva trovare unanime accoglimento, dato che l'espressione «tutela di beni giuridici» ben poteva essere anche interpretata come tutela di beni creati dal diritto<sup>146</sup> (concezione giuspositivistica). Non si trattava di una questione sulla semplice interpretazione delle espressioni verbali utilizzate per descrivere il concetto: vi sono norme, è ben noto, che proteggono istituti di creazione squisitamente giuridica come lo

---

*Strafgesetzbuch*, Bd. 1: *Allgemeiner Teil*, 2 Aufl., München, 1977, p. 2; e già in precedenza HIRSCHBERG, *Die Schutzobjekte der Verbrechen, speziell untersucht an den Verbrechen gegen Einzelnen*, Breslau, 1910, p. 64.

<sup>146</sup> E non solo di beni della vita o culturali, così ANGIIONI, op cit., p. 96, secondo cui questo secondo significato «è letteralmente più fedele all'enunciato di partenza (al *definiendum*) (nella lingua tedesca l'espressione è 'Rechtgüterschutz' e non 'Güterrechtsschutz' cioè 'tutela dei beni giuridici' e non 'tutela giuridica dei beni'). Ma non è solo un gioco terminologico».

Stato o la Pubblica Amministrazione, o la proprietà<sup>147</sup>. Nel caso di valori preesistenti alla positivizzazione, in base a questo modo di vedere la teoria del bene giuridico, il legislatore é chiamato alla selezione per comparazione di essi attraverso la tipizzazione delle fattispecie ed alla protezione dei diversi beni che di volta in volta si presentano come meritevoli di tutela<sup>148</sup>, ma l'esistenza di una

---

<sup>147</sup> Già ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giudica penale*, cit. p. 580 e 583, riconosce che il bene tutelato dalla comminatoria penale può benissimo essere un'entità di natura "positiva", e non necessariamente pre-esistente al diritto. Nello stesso senso anche ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, cit., p. 381, e AMELUNG, *Rechtgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbehens*, cit., pp. 195 e 340.

<sup>148</sup> Cfr. BETTIOL, *Sistema e valori del diritto penale*, in *Jus*, 1940, ora in *Scritti Giuridici* cit., Vol. I, p. 501; PETROCELLI, *Tecnicismo ed antitecnicismo nel diritto penale*, in *Saggi di diritto*

fattispecie non garantirebbe affatto che il legislatore abbia scelto necessariamente il più meritevole<sup>149</sup>. Questa impostazione sarebbe

---

*penale*, vol. I, Padova, 1952, p. 414. Che la relazione tra i valori e l'agire degli uomini si configurasse «non più come un riconoscimento dei valori da parte dell'uomo, che in essi trovasse garanzia della validità del suo agire, ma come una relazione problematica implicante una scelta. Molteplicità dei valori significa per lui contrasto e lotta reciproca, in quanto la scelta umana è contemporaneamente assunzione di un certo valore e rifiuto di altri. L'agire umano implica quindi una presa di posizione nella lotta tra i valori, poiché la scelta di uno di essi come base di un atteggiamento pone inevitabilmente l'uomo in conflitto con altri valori che la sua scelta ha escluso» così ROSSI, *Lo storicismo tedesco contemporaneo*, 2 ed., Torino, 1971, p. 345, in ANGIONI, op cit., p. 99.

<sup>149</sup> Considerando ciò un errore, è ben noto come sia operazione erratica il ricondurre a premesse assertive conclusioni fattuali e viceversa, la legge di Hume vieta il salto logico tra proposizioni indicanti fatti (l'essere, in inglese is, in tedesco Sein) e proposizioni indicanti valori (il *dover essere*, in inglese *ought*, in tedesco *Sollen*). Questo risultato pone i fondamenti dello sviluppo, nel XX secolo, della metaetica analitica, e verrà ripreso da George Edward Moore nella formulazione del principio di fallacia naturalistica (MOORE, *Principia ethica*, Cambridge, 1996, *passim*). La formulazione della legge può

dimostrata dall'assunto liberale che «non si può dedurre dall'esistenza di una fattispecie penale l'automatica esistenza di un bene giuridico ad essa relativo<sup>150</sup>; è cioè possibile che vi siano fattispecie che non tutelano alcun

---

essere trovata nel Trattato sulla natura umana, libro terzo, sezione prima: «In ogni sistema morale in cui finora mi sono imbattuto, ho sempre trovato che l'autore va avanti per un po' ragionando nel modo più consueto, e afferma l'esistenza di un Dio, o fa delle osservazioni sulle cose umane; poi tutto a un tratto scopro con sorpresa che al posto delle abituali copule è o *non* è incontro solo proposizioni che sono collegate con un *deve* o un *non deve*; si tratta di un cambiamento impercettibile, ma che ha, tuttavia, la più grande importanza. Infatti, dato che questi *deve*, o *non deve*, esprimono una nuova relazione o una nuova affermazione, è necessario che siano osservati e spiegati; e che allo stesso tempo si dia una ragione per ciò che sembra del tutto inconcepibile ovvero che questa nuova relazione possa costituire una deduzione da altre relazioni da essa completamente differenti», si veda HUME, *Opere filosofiche*, vol. I, *Trattato sulla natura umana*, Roma-Bari, 2008, pp. 496 e 497.

<sup>150</sup> Si pensi ad esempio all'atroce concetto di integrità della stirpe sancito con le leggi razziali volute dal regime fascista nel 1938.

bene giuridico»<sup>151</sup>: si sanciva così la «funzione critica» del bene giuridico come canone nell'analisi dell'operato di chi fa le leggi, come rimedio, ad esempio, a norme che tutelino entità non offendibili dall'operato umano e prive del carattere di invariabilità o di assolutezza, doti che invece, in base a questa lettura, dovrebbero possedere i valori assunti al rango di beni giuridici<sup>152</sup>.

Il merito di questa visione della teoria del bene giuridico era quello, però, di aver riconosciuto l'importanza di tale assunto nell'ordinamento e che i beni giuridici dovrebbero presentare un volto esclusivamente materiale, un qualcosa di concreto, di afferrabile, inquadrabile nello

---

<sup>151</sup> Così JÄGER, *Strafgesetzbung und Rechtgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikte*, cit., p. 20 ss..

<sup>152</sup> In tal senso ANGIONI, op cit., p. 99.

spazio e nel tempo che costituirebbe l'oggetto dell'azione<sup>153</sup>.

## 5. L'antigiuridicità in senso materiale.

Le critiche mosse alla funzione materiale del

---

<sup>153</sup> Cfr. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cit., p. 151, «perchè si possa pensare ad un delitto deve essere dato un qualcosa di percepibile, di afferrabile, un oggetto o una cosa nei cui confronti si verifichi l'evento, la modificazione [l'oggetto dell'azione] ... ma poiché ogni delitto è nello stesso tempo una lesione di un interesse giuridicamente protetto, quell'oggetto deve apparire come una percepibile incarnazione dell'interesse giuridicamente protetto o del bene giuridico», così bene giuridico ed interesse protetto venivano a coincidere (VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cit., p. 141), questa immedesimazione tra i due concetti e la precedente distinzione tra bene giuridico ed oggetto dell'azione suscitarono molteplici censure, prestando il fianco alla critica che, in questo modo, si era spiritualizzato il concetto di bene, per tutti AMELUNG, *Rechtgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 91; si veda anche MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p.72.

concetto di bene giuridico furono essenzialmente di due tipi, una politica, secondo cui tale teoria fosse frutto del pensiero individualistico-liberale in base al quale l'ordinamento penale ha come unico magistero quello di tracciare i confini tra gli interessi dell'individuo e quelli dello Stato<sup>154</sup> - da cui, tuttavia, emerge la coscienza del legame tra bene giuridico e funzione del diritto penale<sup>155</sup> - ed una critica invece dommatica

---

<sup>154</sup> Si veda a tal proposito GALLAS, *Zu Kritik der Lehre vom verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, in *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft (Festschrift für Gleispach)*, Berlin - Leipzig, 1936, p. 50.

<sup>155</sup> In Italia, questa correlazione tra i due concetti, venne espressa da Antolisei, per il quale, richiama una espressione di Merkel in cui si definisce il diritto una manifestazione di potenza al servizio della conservazione sociale, lo definisce strumento per il progresso del popolo, il compito del diritto dunque non era più solo «quello di garantire le condizioni fondamentali ed indispensabili della vita in comune», il diritto non si doveva limitare più dunque soltanto alla funzione di mantenere lo

---

*status quo*, «in particolare, la funzione di coordinare la volontà degli individui nei loro reciproci rapporti, interdicensi i fatti che ostacolano la pacifica convivenza sociale» (ANTOLISEI, *il problema del bene giuridico*, in *Riv.it.dir.pen*, 1940, ora in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 107 e s.) lo Stato avrebbe dovuto utilizzare il diritto penale come strumento di promozione, come esercizio di una funzione «diretta a trasformare le condizioni di vita della comunità sociale ed anche la coscienza del popolo allo scopo di conseguire determinate finalità, nazionali e sociali ... ne deriva che accanto alle norme che hanno una *finalità conservativa*, in quanto mirano alla conservazione della compagine sociale ne esistono altre che hanno una *finalità evolutiva*. Le seconde differiscono profondamente dalle prime, perché tendono non semplicemente ad assicurare le condizioni di esistenza della società, ma a promuovere un miglioramento nella vita in comune e, più in generale, a trasformare la vita stessa. Nel diritto penale una finalità di tale specie, e cioè propulsiva, deve indubbiamente ravvisarsi nelle norme che configurano quelle contravvenzioni che la dottrina dominante considera dirette contro *l'attività sociale* dell'Amministrazione statale. Quando, ad esempio, lo Stato minaccia di pena chi, rivestito di un'autorità o incaricato di vigilanza su un minore, omette senza giusto motivo di impartirgli o fargli impartire l'istruzione elementare ... non tende certamente a conservare la società, ma a promuovere un progresso. Lo stesso dicasi rispetto all'omesso avviamento al lavoro» (Id., *op. cit.*, p. 108 e 109) (corsi dell'Autore). Del medesimo Autore si veda anche *L'offesa ed il danno nel reato*, Bergamo, 1930, p. 122. In senso critico sulle posizioni di Antolisei, si veda invece

che da un lato scorgeva l'«impossibilità di dominare un fenomeno giuridico – squisitamente spirituale – con i mezzi propri di

---

PANNAIN, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 3 ed., Torino, 1962, p. 29 s., per il quale «Amnesso come pacifico che i beni non sono soltanto quelli materiali ma anche quelli incorporei o ideali, non c'è difficoltà a concepire la propulsione e il progresso in determinate materie come beni degni di tutela penale, offesi dal reato, che, appunto produce il danno o la lesione di impedire od ostacolare il progresso o l'evoluzione» (p. 30); altresì STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 7, note 12 e 13. Sempre in contrasto con la funzione di progresso sociale affidata al diritto penale, è stato di recente autorevolmente sostenuto che la legge penale non rappresenta affatto un «*fattore di cinetico del progresso sociale*. Non solo non lo rappresenta, ma gli è vietato svolgere funzione sociale : perché secondo le premesse liberali che lo connotano, essendo garanzia della libertà dei cittadini, la lisztiana "magna Charta del reo", cesserebbe di svolgere tale compito di garanzia se nello stesso tempo volesse anche perseguire scopi di pedagogia, di prevenzione, di progresso sociale, che ne altererebbero necessariamente la 'struttura' rigida (il garantismo e la certezza delle sue categorie e delle sue regole) insieme alla funzione», così DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004 p. 98.

un modo di pensare causalmente orientato<sup>156</sup>, e quindi l'incapacità di una prospettiva di ricerca orientata sul bene giuridico a fornire il contenuto illecito dei diversi reati<sup>157</sup>»<sup>158</sup>, dall'altro contestava alla teorica del bene giuridico di esser campo di elezione per eccessi arbitrari dei processi tecnicistico-formalistici di astrazione e di generalizzazione<sup>159</sup>. Ma furono gli stessi originari detrattori di questa concezione della teoria del bene giuridico,

---

<sup>156</sup> In proposito si veda GALLAS, *Zu Kritik der Lehre vom verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, cit., p. 54.

<sup>157</sup> Su tale inadeguatezza si veda ancora GALLAS, *ibidem*, p. 52.

<sup>158</sup> Così MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p.77.

<sup>159</sup> Definiti esplicitamente e senza alcun timore «abuso del procedimento di astrazione e di generalizzazione che tante volte è stato lamentato nel vasto movimento di riforma del metodo giuridico» in un momento storico «in cui nel campo dottrinario prevaleva in modo assoluto il tecnicismo formalistico ... di qui la necessità di un'accurata revisione», ANTOLISEI, *il problema del bene giuridico*, cit., pp. 102 e 103.

però, a riconoscerne l'essenziale funzione svolta nella ricerca del concetto di reato<sup>160</sup>, quegli stessi che teorizzarono che l'essenza del reato fosse la *Plifchtverletzung*<sup>161</sup>, la violazione

---

<sup>160</sup> Affermava uno dei più famosi esponenti della c.d. Scuola di Kiel che «la protezione del bene giuridico non è il sono ed il sempre decisivo punto di vista, ma uno dei molti. L'attacco al pensiero di bene giuridico non si dirige contro *il concetto* di bene giuridico, ma contro *l'unilaterale accentuazione* del concetto di bene giuridico nel senso dell'oggetto protetto» (corsivi nostri), così DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 57, 1938, p. 225, confermato da un altro celebre studioso di quella corrente, «la violazione del bene giuridico è certo un elemento molto importante da prendere in considerazione presso la maggior parte dei delitti, ma non il solo che determina il contenuto illecito del reato», SCHAFFSTEIN, *Der Streit un das Rechtsgutsverletzungdogma*, in *Deutsches Strafrecht*, 1937, p. 335; circa il rilievo che la scuola di Kiel non abbia voluto negare *in toto* il concetto di bene giuridico si veda JÄGER, *Strafgesetzbung und Rechtgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikte*, cit., p. 8.

<sup>161</sup> Per tutti si vedano SCHAFFSTEIN,, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in *Grundlagen des neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 108, ed ancor più incisivo già nel titolo KOCH, *Ist Das Wesen des Verbreches Rechtsguts oder Pflichtverletzung?*, Diss. Köln, Emsdetten, 1937

di un dovere, il reato è sì un illecito penale ma è soprattutto un illecito di «modalità di lesione»<sup>162</sup>, frutto del dilagare in Europa, subito dopo la Grande Guerra, di posizioni dichiaratamente antindividualiste<sup>163</sup> ed

---

*passim*, e altresì GALLAS, *Zu Kritik der Lehre vom verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, cit., p. 150.

<sup>162</sup> In tal senso si veda M.GALLO-SEVERINO, voce *Antigiuridicità penale*, in *Enc.Giur.*, II, 1988, p.2.

<sup>163</sup> Sul condiviso presupposto antindividualistico del fascismo, del nazional-socialismo e del comunismo sovietico, ed in generale dei regimi totalitari del XX secolo, si veda FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Bologna, 1968, vol. III, p. 363, in cui l'Autore rileva che «pur di natura diversa ed ispirati a ideologie differenti, i regimi politici che dopo la prima guerra mondiale si instaurarono in Russia, in Italia e in Germania ebbero in comune un radicale antindividualismo. Essi portarono alle conseguenze estreme le tendenze che già nell'Ottocento si erano manifestate dapprima col romanticismo e l'idealismo, poi col materialismo storico e col sociologismo positivistico: in antitesi, pur nella loro varietà, col giusnaturalismo individualistico dell'illuminismo, e quindi, sul terreno politico con il liberalismo» pur presentando tuttavia profonde differenze sul piano ideologico come su quello tecnico-giuridico circa le mete politiche finali (cfr. per tutti SCHWABE, voce *Nazional-socialismo*, in *Enciclopedia Europea*, vol. VII, Milano, 1978, p. 1022) dal punto di vista dell'ordinamento giuridico,

antilluministe, che portò alle derive totalitarie<sup>164</sup> tristemente note. Emerge una

---

infatti, mentre il fascismo risolve l'intera *societas civium*, nello Stato e, dunque, il principio positivistico dello Stato come fonte esclusiva di diritto si adatta perfettamente, il nazional-socialismo, invece, non contrappone all'individuo lo Stato, ma un'altra entità, la *Volksgemeinschaft*, "comunità del popolo", fonte prima di diritto, la quale, sotto la guida del *Führer* assistito dal *Nationalsozialistische Deutsch Arbeiterpartei*, il c.d. partito nazista, si serve dello Stato come strumento, il giudice diviene un rappresentante, non dello Stato, ma della *Wohngemeinschaft*, "comunità vivente", e più che alle leggi deve attenersi alla volontà della comunità espressa dal *Führer* perché questi incarna lo spirito di tale comunità (il delirante c.d. *Führer-prinzip*), il comando del *Führer* è la concretizzazione della coscienza popolare (in tal senso anche BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., p.31); la "comunità vivente" nazista non è una comunità giuridica (*Rechtsgemeinschaft*), ma una comunità di popolo (*Volksgemeinschaft*), in cui il giudice crea il diritto ispirandosi alla volontà del *Führer*, espressione ed interprete della comunità, sul punto ancora FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit. p. 379.

<sup>164</sup> Per la situazione italiana si veda MAGGIORE; *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv.it.dir.pen.*, 1939, p. 157 s. il quale scriveva : «Tanto profondamente è radicata la forma *mentis* illuministica nella cultura giuridica, che nemmeno un codice come il nostro, pur aderente per tanti

contrapposizione nel modo di vedere il reato, esso è sì un fatto contrario all'ordinamento giuridico, ma tale contrarietà può esprimersi tanto in termini formali che materiali, laddove,

---

aspetti all'ideologia della rivoluzione, si è potuto sottrarre al fascino della massima *nullum crimen sine lege*. Bisogna tuttavia dire che anche in Italia, con l'incessante marcia innanzi alla rivoluzione, la religiosità fanatica per la famosa massima illuministica perde, sempre più, ogni giorno terreno. Molti sono i giuristi che si ingegnano di evadere nel terreno dello stesso diritto positivo, dai cancelli proibitivi dell'analogia; moltissimi sono quelli che reclamano la espunzione dal codice dell'anacronistico principio – giustamente definito la *magna charta* del delinquente – a somiglianza di quel che ha fatto la legislazione sovietica e la tedesca del 28 giugno del 1935» il quale poi giungeva a proporre una nuova (ovviamente in condivisibile, come del resto, quanto prima riportato) formulazione dell'art. 1 del codice penale : « È reato ogni fatto espressamente previsto come reato dalla legge penale e represso con una pena da essa stabilita. È altresì reato ogni fatto che offende l'autorità dello Stato ed è meritevole di pena secondo lo spirito della Rivoluzione fascista e la volontà del Duce unico interprete della volontà del popolo italiano. Tale fatto, ove non sia previsto da una precisa norma penale, è punito in forza di una disposizione analoga». Sul carattere isolato della posizione di Maggiore si veda BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 32, nota 11.

tale distinzione andava spiegata come differenza tra il punto di vista del legislatore e quello della società sul conflitto di interessi che sottostà alla norma penale<sup>165</sup>: laddove per anti giuridicità formale andava intesa l'esser contrario alle norme dell'ordinamento che andrebbe contrapposta con l'antisocialità delle condotte che sarebbero dunque *l'ubi consistam* della concezione materiale dell'anti giuridicità<sup>166</sup> a cui, tuttavia si contrapponevano anche una visione soggettiva, consistente attitudine a rivelare una certa soggettività di talune condotte, fortemente connotate dall'intenzione, come ad esempio quelle a dolo specifico, secondo cui

---

<sup>165</sup> Così DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità*, in *Enc. del Dir.*, Milano, 1958, p. 553.

<sup>166</sup> Cfr. LISZT-SCHMIDT, *Leherbuch des deutschen Strafrechts. Der Allgemeiner teil*, II auf., Heidelberg, 1923, pp. 174 ss.

era impossibile procedere ad una qualsivoglia valutazione del fatto senza prendere esplicitamente in considerazione l'intenzione dell'agente<sup>167</sup>, che si contrapponeva ad una visione oggettiva della antigiuridicità, in cui la valutazione del fatto doveva ricadere solo sui suoi aspetti eminentemente oggettivi raffrontati con i canoni dell'ordinamento giuridico in quanto elementi esterni all'agente<sup>168</sup>.

Nel medesimo periodo, sempre in Germania, si affermano nuovi modi concettuali di vedere l'elemento oggettivo del reato, prendendo le mosse soprattutto da una celebre critica al

---

<sup>167</sup> In tal senso HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1915, p. 19 ss.

<sup>168</sup> WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, pp. 37 ss.

concetto naturalistico dell'azione<sup>169</sup> inizia a perdere centralità nella tipicità l'aspetto «assiologicamente neutrale di tipo di comportamento»<sup>170</sup> ed il suo tratto caratteristico si sposta dall'azione all'autore, :

---

<sup>169</sup> Partendo dalle dottrine della fondazione teleologica della fattispecie (si veda HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechens, op.cit.*, 36, p. 19 ss.) e della fattispecie come «antigiuridicità materiale tipizzata» (si rimanda a SAUER, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie*, Berlin und Leipzig, 1921; *passim*), attraverso quella degli elementi normativi della fattispecie esposta da MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in *Festschrift Traeger*, Berlin, 1926, p. 187 ss., prossima, se non direttamente derivata, a quella di Baumgarten che risolve l'antigiuridicità nella fattispecie, introducendo in questa come «elementi negativi», quelle circostanze che conducono ad escludere l'antigiuridicità del comportamento come ad esempio la legittima difesa (cfr. BAUMGARTEN, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Tübingen, 1913, pp. 234 e 235), Radbruch giunge ad una ferma elaborazione di una teoria della fattispecie dove insieme al concetto valutativo della fattispecie è negato lo stesso concetto naturalistico di azione e la slega completamente dall'antigiuridicità (RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, in *Festgabe für Frank*, 1930, Bd. I., p. 158 ss.).

<sup>170</sup> Così BARATTA, *op. cit.*, p. 63.

l'evoluzione dal *tipo di azione* al *tipo di autore*,  
 segna il passaggio dal diritto penale dell'azione  
 al diritto penale dell'autore<sup>171</sup>, dalla

---

<sup>171</sup> Questa trova la sua prima chiara formulazione nel tentativo di fornire una tipologia per una sistematica della parte speciale del codice penale cfr. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, Breslau, 1931; poi soprattutto ID. *Vom Wesen des Täters, Recht und Staat*, 87, Tübingen, 1932; per la critica di tale dottrina penalistica cfr. BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, 2 voll., Berlin, 1939/40. Il tipo d'autore concepito da Wolf richiedeva però l'intervento del giudice per integrare la fattispecie oggettiva ai fini del giudizio di accertamento del reato, era definito come «membro della comunità giuridica con sentimento giuridico degenerante» (*Vom Wesen des Täters, Recht und Staat*, p. 16), ma la vera dottrina sul tipo d'autore che venne recepita fu quella della Scuola di Kiel, Schaffstein e Dahm, soprattutto quella di quest'ultimo secondo cui il reato, al di là di ogni ancoramento formale alla fattispecie, è ravvisabile solo con un atto di intuizione complessiva (lett. *Wesensschau*) orientato più che verso la violazione della norma e l'offesa del bene protetto, verso la violazione di un dovere che deriva direttamente dall'inserimento del soggetto nella comunità (così in particolare Schaffstein), si veda in proposito DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940; ID., *Verbrechen und Tatbestand*, in *Grundfragen der neun Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 62, e

configurazione oggettiva e formale del reato alla configurazione etico-materiale del cosiddetto illecito personale, diviene un diritto penale di ciò che agita l'agente interiormente, della *Gesinnug*<sup>172</sup>, atteggiamento etico<sup>173</sup>. È la

---

SCHAFFSTEIN, *Der Verbrechen als Pflichtverletzung*, cit. pag 108.

<sup>172</sup> La dottrina ha la sua prima formulazione con una monografia civilistica di Fischer nella quale, in tema di illecito, espressamente dichiarava : «ciò che è proibito non è un accadimento oggettivo, ma che questo è proibito o permesso secondo l'atteggiamento morale (*Gesinnung*) con il quale l'autore compie l'azione», così FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, München, 1911, p. 288.

<sup>173</sup> In tal senso BARATTA, *Positivismo e scienza del diritto penale*, cit., pag. 66, il disvalore non è nel fatto, perché non è una concezione oggettiva del reato, il disvalore è nel reato che è il suo autore, cioè l'uomo di cui la condotta ne è l'espressione della volontà. La visione del *Täterstrafrecht*, diritto penale d'autore, della Scuola di Kiel non ravvisa il disvalore del reato nel pregiudizio che per la comunità rappresenta il decadimento della personalità di un suo membro, come invece per Wolf il quale parte dall'idea che il valore supremo della comunità cui dirigere la tutela sia l'integrità morale della persona. Attraverso un'opera di riduzione dell'individuo a semplice portatore di valori oggettivi del popolo e della razza, questa

nozione stessa del reato che cambia, l'attenzione si sposta dalla realizzazione degli elementi descrittivi della fattispecie alla violazione del generale dovere di obbedienza

---

dottrina vede nella comunità stessa il bene da proteggere ed il disvalore del delitto sta nella fenomenizzazione di una volontà contraria agli interessi del *Führerstaat*, lo Stato del *Leader*, *Führer* che è a sua volta è incarnazione dello spirito della comunità e ne esprime la volontà e di cui la volontà del reo è l'antitesi.

Il disvalore del reato, in questa concezione, risiede nell'avversa *Gesinnung*, atteggiamento interiore, il reato è un semplice *ethos* contrapposto, una *mens* dissenziente, una volontà ostile a quella della comunità di popolo (*Volksgemeinschaft*), in cui il giudice diviene un fedele strumento della concretizzazione giurisprudenziale del «sano sentimento del popolo» riducendo la giustizia penale ad strumento nelle mani del regime. Da notare comunque come Hitler stesso abbia sempre disprezzato tutti i giuristi, anche quelli che esponevano tesi aderenti col regime (cfr. SCHORN, *Der Richter in Dritten Reich*, Frankfurt, 1959, p. 11, in cui è riportato un brano del discorso tenuto dal *Führer* in una seduta del *Reichstag*, il parlamento, manifestava profonda riprovazione per i giuristi «ich werde nicht eher ruhen, bis jeder Deutsche einsieht, dass es eine Schande ist, Jurist zu sein» (trad. «Non mi darò pace fino a quando ogni tedesco vede che è un peccato fare l'avvocato»).

verso lo Stato<sup>174</sup>, l'antigiuridicità inizia ad esser concepita sempre più in termini materiali<sup>175</sup> e la fattispecie perde la sua funzione garantistica e si arricchisce di elementi soggettivi, si passa dal diritto penale dell'azione al diritto penale dell'autore che culmina con la teoria finalistica dell'azione<sup>176</sup>, si abbandona il principio di legalità in favore di quello di autorità<sup>177</sup>. Ma sono gli stessi

---

<sup>174</sup> Così BARATTA, *op. cit.*, pag. 41.

<sup>175</sup> Per una trattazione esaustiva della teoria dell'antigiuridicità in senso materiale e la relativa contrapposizione ad una visione invece formale, ed anche per l'inquadramento del medesimo istituto si intermini soggettivi che oggettivi si veda M.GALLO-SEVERINO, voce *Antigiuridicità penale*, in *Enc.giur.*, Roma, 1998, pp. 1-10; DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità*, in *Enc.dir.*, Milano, 1958, II, pp. 542-559.

<sup>176</sup> In tal senso si veda BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia ed alla critica del diritto penale*, Milano, 1963, pp. 79 e 80.

<sup>177</sup> Che si presentava apparentemente confondibile con un diritto penale sociale, cfr. RADBRUCH,

esponenti della scuola di Kiel, dopo aver inizialmente sposato teorie in contrasto con la teorica del bene giuridico nella sua iniziale accezione liberale, a recuperarne un significato prossimo a quello della concezione metodologica, cioè di semplice scopo della norma, in quanto preferito dai teorici del diritto penale autoritario<sup>178</sup>. Il bene giuridico divenne pura entità logica, una volta separata una concezione formale dell'antigiuridicità (come semplice violazione della norma) dalla concezione materiale dell'antigiuridicità (come

---

*Autoritäres ode soziales Strafrecht?*, in *Die Gesellschaft*, 1933, p. 217.

<sup>178</sup> Cfr. STELLA, *la teoria del bene giuridico ed i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, cit., p. 5 in nota; si veda altresì RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, cit., p. 182.

offesa ad un bene giuridico)<sup>179</sup>.

L'abbandono della relazione reato-offesa ad un bene giuridico è il tratto caratteristico di un diritto penale di tipo autoritario<sup>180</sup>, malgrado tale passaggio non sia affatto frutto di un

---

<sup>179</sup> La distinzione tra concezione formale e concezione materiale dell'antigiuridicità é di VON LIST, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 9 ed., 1889, «das Verbrechen ist als Unrecht, ebenso wie das privatrechtliche Delikt, Rechtswidrig, d.h. Übertretung einer staatlichen Norm, eines Gebotes oder der Rechtsordnung materiell Angriff rechtlich geschützte Interessen », il reato è un'ingiustizia, così come gli illeciti di diritto privato, cioè è una violazione di un obbligo di legge o attacco materiale ad interessi giuridicamente protetti (p. 133).

<sup>180</sup> Cfr. BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo 1952, il quale evidenzia che secondo la teoria del *Willenstrafrecht*, diritto penale della volontà, «il reato non deve piú rappresentare la violazione di un «bene giuridico», perché l'idea di bene giuridico è in funzione dell'ammissibilità della categoria del diritto soggettivo, che il totalitarismo non può concepire a favore dell'individuo. Il reato è la *violazione di un dovere di fedeltà* dell'individuo verso lo Stato, dovere di fedeltà che è violato sin dal momento in cui il soggetto ha manifestato la volontà ribelle», pp. 57 e 58.

colpo di penna. Quando la teoria del bene giuridico venne perfezionata attraverso la distinzione tra *oggetto dell'azione* e *oggetto della tutela*<sup>181</sup> ed il bene giuridico, non più inquadrato in una visione empirico-naturalistica, venne completamente spiritualizzato, cessò di essere una baluardo di difesa di valori liberali, e divenne piuttosto concetto esposto all'arbitrarietà di contenuti frutto delle contingenze del momento storico che vi potevano facilmente essere ricompresi<sup>182</sup>. Divenne pura entità logica, una

---

<sup>181</sup> Con la distinzione dunque tra *Tatobjekte* e *Schutzobjekte* al bene giuridico viene «concesso» di essere considerato elemento essenziale della struttura del reato, così SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, cit., p. 66.

<sup>182</sup> Soprattutto con la cosiddetta concezione *metodologica* in cui il bene giuridico viene ridotto a mera forma, che si afferma soprattutto con HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten. Die*

volta separata una concezione formale dell'antigiuridicità (come semplice violazione della norma) dalla concezione materiale dell'antigiuridicità (come offesa ad un bene giuridico)<sup>183</sup>.

---

*Geschichte des Einwilligungproblems und die Methodenfrage*, Mannheim, 1919, momento centrale dell'evoluzione in senso teleologico della dottrina del bene giuridico, così BARATTA, *Potivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., pp. 68 e 69.

<sup>183</sup> La distinzione tra concezione formale e concezione materiale dell'antigiuridicità é di VON LIST, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 9 ed., Berlin-Leipzig, 1889, «das Verbrechen ist als Unrecht, ebenso wie das privatrechtliche Delikt, Rechtwidrig, d.h. Übertretung einer staatlichen Norm, eines Gebotes oder der Rechtsordnung materiell Angriff rechtlich geschützte Interessen », il reato è un'ingiustizia, così come gli illeciti di diritto privato, cioè è una violazione di un obbligo di legge o attacco materiale ad interessi giuridicamente protetti (p. 133).

## **6. La ricerca del concetto materiale di reato.**

L'esperienza della seconda guerra e la scoperta delle atrocità compiute dal III Reich in nome del popolo e della razza, i cui presupposti essenziali erano state le dottrine in precedenza richiamate, riportò l'asse del dialogo scientifico in tema di teoria del bene giuridico su un altro piano, quello della elaborazione di un "concetto materiale" di oggetto della tutela su basi positive tali da vincolare davvero l'operato del legislatore ordinario: fin dalle prime battute infatti apparve come, in ossequio alle teorie

normativistiche “pure” di Kelsen<sup>184</sup> che avevano ormai preso il sopravvento, l’unico substrato capace di fornire tale vincolo al potere legislativo nell’emanazione di norme incriminatrici erano le moderne costituzioni postbelliche.

Furono proprio gli studi in materia di *Grundrechte*, norma fondamentale, a fornire l’occasione per tale riflessione, in particolare gli studi sul finalismo della pena che condussero ad un nuova ottica nel concepire la

---

<sup>184</sup> In tal senso si veda KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, saggio introduttivo e traduzione di Losano, Torino, 1966, *passim*; *contra* si vedano SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, 1933, *passim*, e HOLD-FERNECK, *Der Staat als Übermensch. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtlehre Kelsens*, Jena, Gustav Fischer, 1926, *passim*. Per una ricostruzione sul dibattito tra i citati Autori si veda altresì KELSEN-HOLD-FERNECK, *Lo Stato come Superuomo, un dibattito a Vienna*, a cura di Scalone, Torino, 2002.

norma penale. Emerse il concetto di assoluta "necessità di pena" (*Stafwurdigkeit*), la tipizzazione assurgeva dunque ad opportuna risposta alle sole situazioni che richiedono la reazione ultima e più afflittiva tra quella a disposizione dello Stato, recuperando così la possibilità di sottoporre la fattispecie a verifica sulla legittimità costituzionale della sua vigenza. La sanzione ufficialmente, dunque, non era più semplicemente un corrispettivo dovuto, o uno strumento preventivo di difesa sociale<sup>185</sup>: veniva inquadrata anche nella sua

---

<sup>185</sup> Tornano alla mente le parole di un insigne maestro il quale ammoniva : «Oh! Quante volte lo scalpello dello scultore coprì di infamia la scure del Magistrato, quando sul luogo del supplizio elevò monumenti e statue alla vittima di quella che a suo tempo erasi chiamata giustizia. Il patibolo fu scala per molti al tempio della gloria e della immortalità: e non havvi città dove una tela, un bronzo od un marmo non sia ricordo di imprecazione contro una nemesi feroce che ubriacò se stessa ed eterizzò i

natura di supplizio, di afflizione, di «pesante violazione dei valori morali del destinatario»<sup>186</sup>, da qui si sviluppa la presa di coscienza che la comminatoria penale dovesse esser sempre *l'extrema ratio*, e che la Costituzione, col suo *numerus clausus*, fosse il catalogo formalizzato e positivizzato dei beni-valori-interessi da tutelare con la legge penale.

La via nuova era definitivamente tracciata e conduceva ad un nuovo modo di approcciarsi

---

popoli col prestigio della *difesa sociale*. Ad impedire che le generazioni future si trovino nuovamente esposte a simili pervertimenti di idee; a mantener saldo il progresso che ha raggiunto la scienza del diritto penale sicchè non possa tornare ad essere un'arme desolatrice dell'umanità; bisogna schiacciare il capo della nefasta Sirena ed assidere la ragione punitiva sul suo vero fondamento della *difesa del diritto*», così CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, rist., Bologna, 2007, p. 114.

<sup>186</sup> Così SAX, *Grundsätze der Strafrechtsplege*, in BETTERMANN-NIPPERDAY-SCHEUNER, *Die Grundrechte*, Bd. 3, 2, Halbband, 1959, p. 924.

all'argomento, portava a studiare il problema del bene giuridico con quello non meno elevato del finalismo della pena<sup>187</sup>. I nuovi Stati, nell'uso del magistero penale, avevano ed hanno un fine, quello di garantire a ciascun consociato, non solo la conservazione dello *status quo*, ma di promuovere ed aiutare il progresso sociale secondo i vincoli teleologici contenuti nelle varie carte costituzionali, e ciò doveva avvenire attraverso tre semplici condizioni : a) la protezione offerta dal diritto penale e gli scopi perseguiti attraverso le norme incriminatrici non possono trascurare compiti ed attribuzioni dello Stato, b) l'ordinamento giuridico non contempla tra le

---

<sup>187</sup> Si veda in tal senso NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, pp. 36; PAGLIARO, *Diritto penale*, parte generale, Milano, 1979, p. 219; MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale, 6 ed. Padova, 2009, p. 185.

sue finalità il miglioramento etico dei cittadini, deve solo garantire la risoluzione delle controversie *ne cives ad arma veniant*, c) la tutela alla stabilità della pace sociale è offerta dal diritto penale, il quale deve proteggere gli essenziali beni giuridici essenziali alla stessa esistenza in vita della società organizzata quali la personalità dello Stato, libertà personale, la vita, l'integrità fisica, il patrimonio ecc.<sup>188</sup>.

Il concetto di bene giuridico veniva dunque ad assumere una connotazione inedita, viene identificato in «un contrassegno per designare ciò che può essere legittimamente tutelabile in

---

<sup>188</sup> Così ROXIN, *L'evoluzione della politica criminale a partire dai progetti alternativi*, in AA.VV., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Napoli, 1981, p. 34.

base alle funzioni del diritto penale»<sup>189</sup>.

La domanda che aveva portato a tale conclusione verteva sulla funzione del diritto penale<sup>190</sup>: la ricerca, dunque, di un concetto materiale di bene giuridico non era alla base degli studi in analisi, ma emerse all'evidenza una sua necessità quantomeno ipotetica, sempre che se ne fosse riusciti a ricavare in via logico-speculativa la nozione.

La teoria del bene giuridico, dunque, rimase tra le acquisizioni della scienza penale trovando nuova straordinaria espressione con l'emanazione delle Costituzioni occidentali. Il

---

<sup>189</sup> Testualmente ROXIN, *Franz von List und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, in *ZStW*, 1969, p. 613.

<sup>190</sup> Fu lo stesso Roxin a specificare questa circostanza qualche anno dopo, in tal senso ROXIN, *loc. ult. cit.*.

binomio Costituzione-bene giuridico venne ad assumere, pertanto, la moderna caratteristica di criterio di politica criminale posta a parametro delle norme penali<sup>191</sup>, forti della consapevolezza che «l'elaborazione di *teorie materiali* del bene giuridico, valide anche sul terreno meta positivo, può esser considerata una recente conquista del diritto penale

---

<sup>191</sup> Si vedano HANACK, *Emphielt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?*, in *Verhandlungen des siebenundvierzigsten deutschen Juristentages*, Bd. I, Allgemeiner Teil, München, 1968, pp. 1 ss., RUDOLPHI; *Die verschiedenen Aspektedes Rechtgutsbegriffs*, in *Festschrift für Honig*, cit., pp. 155 ss.; FIANDACA, *Tutela del buon costume. Profili penali e costituzionali*, in *riv.it.dir.proc.pen.*, 1979, pp. 85 ss.; ROMANO M., *secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, pp. 489 ss., 495 ss.; FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 6.

moderno»<sup>192</sup>, per quanto un vero consenso sulle basi scientifiche di tale teoria ancora non sia ravvisabile<sup>193</sup>.

## **7. La lettura costituzionalmente orientata dei beni giuridici.**

Le definizioni di bene giuridico date fino a questo punto (interesse, valore, situazione,

---

<sup>192</sup> Così NAVARRETE, *Rechtgut und Strafrechtsreform*, in AA.VV., *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Berlin, 1974, p. 100.

<sup>193</sup> Sulla mancanza di un unanime fondamento scientifico della dottrina del bene giuridico si rimanda a ROXIN, *L'evoluzione della politica criminale a partire dai progetti alternativi*, cit., p. 34.

funzione ecc.) non superavano la tradizionale, e già ben conosciuta, accusa di eccessiva astrattezza e genericità<sup>194</sup>, mancavano, in sostanza, di quella forza espressiva in grado di connotarne positivamente il contenuto in un'unica formula: lo sforzo fu quello di trovare una enunciazione che *in nuce* riuscisse a descrivere il tratto caratteristico ravvisabile in tutti gli oggetti di tutela, che si prestasse ad esser analizzata sotto la lente dell'offesa e riconosciuta come sensibile tanto ad una lesione, che ad una messa in pericolo. I tentativi non ebbero purtroppo esiti in grado di

---

<sup>194</sup> E altresì «prive di reale contenuto informativo rispetto agli specifici valori assunti ad oggetto di tutela penale», in tal senso anche FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 7.

risolvere esaustivamente la questione<sup>195</sup>, ma ebbero il merito di sottolineare che l'oggetto di tutela non era il fine della norma ed, in secondo luogo, di affermare con forza il ruolo di asse di rotazione che assumevano i principi

---

<sup>195</sup> Le definizioni offerte, per quanto apparentemente eterogenee, non riuscivano a fornire una definizione esaustiva di bene giuridico in senso materiale, si pensi a RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, cit., pp. 159 e 164., il quale definisce il bene giuridico come «unità sociali di funzione» cioè strumenti insostituibili per la «vita sociale che si svolge nel quadro della Costituzione»; invece MARX M., *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'*, cit., p. 62, il quale ne dà una definizione influenzata da una visione personalistica della Costituzione i beni oggetto di tutela sarebbero «quegli oggetti di cui l'uomo ha bisogno per la propria libera autorizzazione» c.d. concezione personale del bene giuridico; infine OTTO, *Rechtsgutbegriff und Deliktstatbestand*, cit. p. 8, secondo cui il bene giuridico è «una relazione reale della persona con un valore concreto riconosciuto dalla comunità giuridica - 'unità sociale di funzione' - nella quale il soggetto di diritto si sviluppa personalmente con l'approvazione dell'ordinamento». Per la tendenza all'ispirazione personalistica della costituzione di M. Marx si veda FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 12.

costituzionali<sup>196</sup>, considerando l'uomo come singolo.

In Italia fu un insigne maestro bolognese ad elevare la Costituzione al ruolo di base stessa del sistema penale<sup>197</sup>, secondo tale Dottrina la Carta fondamentale è il limite entro cui considerare legittimi i fatti ritenuti punibili facendo perno su una famosissima ricostruzione che parte dal diritto alla libertà personale sancito nell'art. 13<sup>198</sup>. Viene

---

<sup>196</sup> Il termine che realmente utilizzeremmo è "brandeggiare", il concetto di reato brandeggia attorno alla lesione di un bene giuridico, brandeggia attorno all'offesa.

<sup>197</sup> BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 14 ss.

<sup>198</sup> «la sanzione penale può esser adottata soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale, se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale», rilievo costituzionale da interpretare come «non antitetività del bene rispetto alla costituzione, bensì come assunzione

formulata una definizione sostanziale di reato, che assume dunque la fisionomia di «fatto lesivo di un valore costituzionale la cui significatività si riflette nella misura della pena»<sup>199</sup>: la pena indossa dunque anche la veste di unità di misura della rilevanza che ha quel bene all'interno dell'ordinamento giuridico<sup>200</sup>, in quanto solo quei fatti che aggrediscono certi valori sono «meritevoli» di

---

del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla carta costituzionale», così BRICOLA, op. ult. cit., pp. 15 e 16.

<sup>199</sup> BRICOLA, op. ult. cit., p. 17.

<sup>200</sup> Già Von Jehring definiva la pena il prezzo del reato, il suo corrispettivo, la misura dunque, cfr. VON JEHRING, *der Zweck im Recht*, op.cit., p. 94, il quale, parlando esplicitamente di un "principio della remunerazione", sottolinea come "vergelteten", retribuire, ed "entgelteten", remunerare, abbiano la medesima radice etimologica, "gelten" che esprimeva uguaglianza di valori, non a caso "geld" letteralmente vuol dire denaro.

pena<sup>201</sup> e pertanto da criminalizzare.

Malgrado l'alto grado di considerazione, questa tesi non mancò di esser criticata su più fronti<sup>202</sup>, rivelandosi inevitabilmente inidonea a

---

<sup>201</sup> Sul principio di meritevolezza della pena (*Strafwürdigkeit*) si veda SAX, *Grundsätze der Strafrechtsplege*, cit., p. 924, HAMANN, *Grundgesetze und StrafeGesetzgebung*, Neuwied, 1963, p. 21, ma si confronti anche JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 33 ss., che dà profondo rilievo alla significatività nella teoria generale al bene protetto ma introducendo i concetti di *Handlungsunwert*, disvalore dell'azione, *Erfolgsunwert*, disvalore dell'evento, e *Gesinnungsunwert*, disvalore dell'atteggiamento interiore.

<sup>202</sup> La prima insisteva sulla considerazione che l'art. 13 Cost. riguardasse la libertà personale nei confronti della autorità amministrativa, ergo, non tutelava affatto la libertà personale dall'operato del legislatore penale, di cui si occupavano soltanto gli art. 25 e 27 Cost. (così PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit. p. 219). Un'ulteriore rilievo partiva dall'assunto che la pena non colpisce unicamente la libertà personale, bensì la stessa "dignità" del condannato reprimendo in modo irreversibile l'estrinsecazione della personalità umana (FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., pp. 17 e 18, il quale sottolinea anche che, ad una lettura attenta di tale teoria,

---

emerge anche una sorta di "gerarchizzazione" dei valori costituzionali, che però, trattandosi del frutto di un compromesso politico non può essere considerata come sistematicamente ordinata in modo da graduare in ordine di significatività tali beni, sulla individuazione e sulla graduazione dei beni giuridici si veda altresì ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 141 ss.), quindi richiamando anche gli artt. 2 e 3 Cost, ma evidenziando che con tale assunto che trattandosi di concetti astratti la Corte costituzionale potrebbe giungere, forzando i termini argomentativi nelle motivazioni di eventuali future sentenze, giungendo a esercitare così, in via indiretta, prerogative spettanti alle Camere. Una terza critica inerisce un passaggio ben preciso della teoria di Bricola secondo cui l'illecito penale potrebbe anche offendere un valore non riconosciuto dalla carta costituzionale, ma legato ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria; in modo che, cioè la lesione del primo sia necessariamente ed inequivocabilmente idonea a minacciare concretamente il secondo (così BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pag. 16) e viene fatto l'esempio della sicurezza del traffico rispetto alla protezione dell'incolumità dei cittadini. Tale dottrina precisava che la tutela penale poteva estendersi anche a beni che trovino nella Costituzione un riconoscimento anche solo implicito (ad esempio si consideri "la vita"), ma sia questo tipo di nesso di strumentalità o presupposizione che risulta essenziale per la criticata teoria e sia il criterio della rilevanza costituzionale implicita destano dei dubbi; Circa il primo si pone la contraddizione cui ci si troverebbe accogliendo la teoria della presupposizione-

risolvere definitivamente la controversia ermeneutica della Dottrina sulla ricerca di una nozione materiale di bene giuridico.

Nel medesimo periodo, sempre in Italia, vedeva la luce una nuova teoria, la quale partiva dal vincolo teleologico assegnato dalla Costituzione alla pena<sup>203</sup> e dall'assunto che,

---

strumentalità affiancando ai reati di cui agli artt. 499, 501 e 501 *-bis* c.p. al principio della libertà di iniziativa economica costituzionalmente garantito, in buona sostanza quando una manovra speculativa per far apprezzare un prodotto è semplice abilità imprenditoriale in linea con l'art. 41 Cost. e quando è una aggressione all'economia pubblica? Circa la rilevanza implicita, è stato notato che si finirebbe per escludere da quello che, inevitabilmente, diverrebbe un catalogo chiuso di beni rilevanti, oggetti di tutela già positivizzati (ad esempio "la pietà verso i defunti" la quale non ha rilievo nemmeno implicito nella nostra Carta costituzionale, così MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 186).

<sup>203</sup> MUSCO, *bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 111 ss., l'assunto di partenza dell'Autore è comunque che la pena non può che esser vista come l'*extrema ratio* degli strumenti di tutela a disposizione dell'ordinamento giuridico, in cui il

sulla scorta degli sviluppi che aveva avuto la teorica del bene giuridico soprattutto in Germania in quel periodo, esso dovesse necessariamente consistere in qualcosa di non solo meramente "afferrabile", ma oltre, di concretamente "impugnabile" o "tangibile"<sup>204</sup>. Da tali presupposte considerazioni dunque, discende, come unica conseguenza, che il legislatore possa agitare lo spettro della

---

ragionamento si spinge sino all'assunto che «se il fatto rileva come espressione della violazione di un bene giuridico, allora la colpevolezza non solo assume il ruolo determinante il contenuto dell'illecito, ma, sganciata pure dal riferimento alla personalità dell'autore, trova la sua misura nel disvalore del singolo fatto concreto».

<sup>204</sup> Qualunque tentativo di dare una definizione di bene giuridico aveva comunque sempre concordato che esso dovesse essere dotato del requisito della «afferrabilità» (*Greiflichkeit*), sul finire degli anni '60 dello scorso secolo secondo parte della dottrina tedesca il bene giuridico doveva allora «potersi toccare con mano» (così ARNDT, *Strafrecht in einer offenen Gesellschaft, in Verhandlungen des siebenundvierzigstendeutschen Juriestentag*, München, 1968, Bd. II, J p.30) che evidenzia la funzione di garanzia svolta dal bene giuridico.

sanzione penale solo in situazioni in cui «si sia arrecato un pregiudizio, un danno alle condizioni minime della esistenza in comune»<sup>205</sup>. Tuttavia nemmeno questo tentativo, per quanto autorevolmente definito «operazione suggestiva e altamente lodevole»<sup>206</sup>, riuscì a trovare una formula capace di far convenire la dottrina tutta sul concetto di bene giuridico<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> Così MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 127.

<sup>206</sup> Così ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in AA.VV., ROMANO – STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Milano, 1980, p.126.

<sup>207</sup> Si veda fra tutti FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 23, il quale ravvisa nella teoria *de quo* un errore di fondo, cioè nella ricostruzione logica ed argomentativa che fa sembrerebbe dar per dimostrato ciò che in realtà è il *demonstrandum*.

## **8. L'abbandono sociologico del concetto di bene giuridico**

Vi furono almeno altri due tentativi di rielaborazione del concetto in chiave sociologica che, sempre a cavallo tra gli anni '70 ed '80 dello scorso secolo, cercarono di offrire un contributo per risolvere il problema della ricostruzione del contenuto minimo essenziale del concetto di bene giuridico.

Una prima alternativa prendeva spunto dall'obbiezione che le teorie proposte fin a quel momento in tema di teoria del bene giuridico difettavano un essenziale fondamento di teoria sociale. Venne dunque proposto di

abbandonare il concetto di bene giuridico, che aveva creato molti problemi nei vani tentativi di darne una definizione sostanziale e di ritornare al vecchio concetto illuministico di "danno sociale" ma corretto tramite una rilettura in termini sociologici<sup>208</sup>. Si prendeva in considerazione l'impatto che ha il reato sulle condizioni organizzative della vita in comune, muovendo dalla ricostruzione secondo cui la società è «un sistema di interazioni»<sup>209</sup> in cui il «dannoso socialmente» sarebbe un «fenomeno disfunzionale, che impedisce o frappone ostacoli a che il sistema sociale risolva i

---

<sup>208</sup> Così AMELUNG, *Rechtgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., *passim*.

<sup>209</sup> In tal senso si rimanda a TALCOTT PARSONS, *The social system*, New York, 1968, e LUHMAN, *Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Opladen, 1970, fonti da cui attinge Amelung come base per la sua teoria.

problemi della sua conservazione»<sup>210</sup>, ma neppure questo innovativo approccio riuscì a definitivamente risolvere il problema: la critica principale fu che la teoria funzionalistica offriva solo uno dei possibili approcci al concetto di dannosità sociale, senza considerare che in questa formulazione non sembrava e non sembra tuttora emergere cosa il legislatore dovrebbe punire e cosa invece non rientri nel sanzionabile<sup>211</sup>.

Un secondo tentativo di rielaborazione in termini sociologici della teoria del bene giuridico prendeva spunto dall'assunto che «il fatto che certi comportamenti siano considerati in una determinata società così intollerabili, da

---

<sup>210</sup> Così AMELUNG, *Rechtgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 361.

<sup>211</sup> Così ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 128.

dovere esser repressi con gli strumenti più drastici dell'organizzazione statale, dipende da come la società valuta gli oggetti che vengono lesi o posti in pericolo da questi comportamenti»<sup>212</sup>, ma la valutazione dipende da tre fattori sociali : frequenza della condotta<sup>213</sup>, intensità del bisogno di tutelare quell'oggetto o bene<sup>214</sup> e l'intensità della minaccia diretta contro questo valore<sup>215</sup>, valore che però è soggetto a mutare in quanto connesso al quadro socio-culturale del momento storico di riferimento. In questa teoria riecheggiano i toni della concezione

---

<sup>212</sup>Cfr. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, cit., p. 147.

<sup>213</sup> HASSEMER, *op. ult. cit.*, p. 147.

<sup>214</sup> HASSEMER, *op. ult. cit.*, p. 149.

<sup>215</sup> HASSEMER, *op. ult. cit.*, p. 158.

personale del bene giuridico<sup>216</sup>, lo definisce «interesse umano bisognoso di tutela penale» in quanto indispensabile allo sviluppo degli individui, dunque, incentrando la protezione offerta dal diritto penale sulla persona<sup>217</sup>, la quale prendeva corpo su un preesistente *humus* che concepiva il reato come aggressione a beni giuridici universali (*Universalrechtsgüter*) che assurgono a tale

---

<sup>216</sup> Tradizionalmente questa teoria si fa risalire a M.Marx, cfr. Precedente nota n. 88.

<sup>217</sup> Cfr. HASSEMER, *Vor §1*, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4, Lieferung Baden-Baden, 1997, Rn. 255 ss., 281, 288 ss., e ancora in precedenza ID., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Jeinseits des Funktionalismus*, in *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1989, p. 85 ss.; nel panorama italiano si vedano su tutti PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, pp. 453 ss., particolarmente p. 463; FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, Milano, 1994, pp. 137 ss., MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto*, in CURI-PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, p. 35 e ss., in particolare p. 46.

dignità solo in quanto espressione di interessi individuali di cui sono funzionali.

La critica più aspra a questo tipo di concezione si appuntò sul fatto che, la teoria in esame, non offriva l'immagine di quel nucleo essenziale che qualunque reato aggredisce, ma si limitava a dire quando una determinata condotta viene incriminata<sup>218</sup>, non avrebbe offerto, quindi, un parametro di riferimento sufficientemente certo<sup>219</sup>; ma questa non fu l'unica censura, si disse altresì che, per quanto «verosimile, infatti, che i fatti criminosi non presentano una peculiare caratteristica

---

<sup>218</sup> In tal senso AMELUNG, *Recensione ad Hassemer*, in *ZStW*, , 1975, p. 142.

<sup>219</sup> Così MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 24, in cui l'autore ricorda come il medesimo spunto critico lo avesse avuto Musco sulla originaria teoria di Marx (cfr. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., pp. 99 ss.).

sociologicamente elevabile ad una *costante*», una siffatta teoria del bene giuridico, purtroppo, precorrendo il suo tempo, irrimediabilmente si autocondannava «all'impotenza pratica»<sup>220</sup>.

Del resto la liberal-democrazia<sup>221</sup> stessa si

---

<sup>220</sup> Così FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 33.

<sup>221</sup> Per definire il concetto di liberal-democrazia si deve necessariamente delineare due orientamenti squisitamente filosofici, vale a dire individualismo e statalismo. La distinzione tra i due orientamenti dipende da due fattori di alternativa, vale a dire regime pluralistico-regime totalitario e stato di diritto-stato sociale: combinando i quattro elementi tra loro scaturiscono quattro situazioni differenti 1. il regime liberale, in cui si trovano lo stato di diritto, non lo stato sociale, è tendenzialmente individualista e classista; 2. regime fascista, dove non sono presenti né lo stato di diritto e né lo stato sociale, è classista ed antindividualista; 3. regime comunista, è presente lo stato sociale ma non lo stato di diritto, è antindividualista e tendenzialmente privo di classi sociali; 4. la liberal-democrazia, è presente sia lo stato di diritto che lo stato sociale é tendenzialmente interclassista e l'individuo viene considerato sia come membro

regge sul relativismo dei valori<sup>222</sup> che si traduce in individuazione e protezione degli oggetti di tutela ad opera del legislatore<sup>223</sup>, esso pertanto non può esser concepito in termini assoluti, ma meramente relativi, in quanto frutto del quadro dei valori e della cultura del momento in cui viene avvertito e sentito come tale, vive, pertanto in una

---

della società che come singolo, così ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 83.

<sup>222</sup> Sul tema del relativismo dei valori come cardine della democrazia si veda RADBRUCH, *Rechtphilosophie*, Stuttgart, 1958, pp. 82 e s.

<sup>223</sup> Già Arturo Rocco si esprimeva in questi termini, il contenuto dei beni giuridici specificamente protetti dalle singole norme incriminatrici è frutto di valutazione del legislatore, pertanto, sempre secondo l'illustre maestro del diritto penale, non aveva senso prospettare nozioni pregiudiziali o materiali di bene giuridico che dovrebbero vincolare la selezione legislativa dei fatti punibili, né tantomeno si poteva accogliere l'idea che il legislatore potesse creare egli stesso beni giuridici e che perciò un bene potesse nascere per effetto di una norma penale, così ROCCO, *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale*, cit., p. 244.

dimensione di variabilità, modificabilità, graduabilità della sua configurazione relativa al momento socioculturale<sup>224</sup> in cui viene ad assolvere la sua funzione di argine all'autoritarismo.

## **9. Attualità del bene giuridico nel dibattito penalistico.**

Per quanto una definizione in senso sostanziale che dirima le controversie ed assommi in sé tutti i diversi punti di vista

---

<sup>224</sup> Cfr. TIEDEMANN, *Stand und Tendenzen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie in der Bunderpublik Deutschland*, in JZ, 1980, p. 489 ss.

ancora non sia stata trovata<sup>225</sup> - ammesso che sia ontologicamente possibile elaborarne una - il concetto di bene giuridico rimane un caposaldo della scienza penale europea, continua a costituire, da un lato, un irrinunciabile strumento interpretativo, dall'altro ad esercitare una funzione sia intrasistemica, sia critica<sup>226</sup>, che, malgrado

---

<sup>225</sup> Autorevole dottrina parla di «difficoltà di escogitare definizioni dotate di sufficiente contenuto informativo e di reale funzione selettiva ... É altrettanto vero che il problema definitorio non va sopravvalutato: Anche la definizione teoricamente più appagante di bene giuridico non può, da sola, fungere da automatico spartiacque tra oggetti meritevoli ed oggetti non meritevoli di protezione penale: al di là del livello di perfettibilità delle etichettature dogmatiche, decisiva rimane la capacità selettiva del legislatore al momento di procedere alle concrete scelte di tutela » così FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5 ed., Bologna, 2007, pp. 4 e 5.

<sup>226</sup> Circa la distinzione tra finzione intrasistemica e critica della teoria del bene giuridico cfr. HASSEMER; *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, cit., pp. 19 e ss., altresí MÜSSIG,

soprattutto quest'ultima abbia destato qualche perplessità soprattutto oltralpe<sup>227</sup>, l'eterogeneo universo degli interpreti del diritto persevera nel considerare come essenziale e a ritenere, il bene giuridico, come un fondamento irrinunciabile di un sistema giuridico penale che voglia essere moderno e razionale<sup>228</sup>, purché venga sempre inquadrato come espressione di valori concreti, afferrabili,

---

*Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt, 1994, p. 9.

<sup>227</sup> Una parte della dottrina da sempre nutre forti perplessità sulla cosiddetta funzione critica del bene giuridico, in tal senso si veda STRATENWERTH, *Zum Begriff des "Rechtsgut"*, in *Festschrift für Theodor Lenckner*; München, 1998 pp. 377 ss.; e WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionstrafrecht. Zur Dogmatik "moderner" Gefändungsdelikte*, Berlin, 2000, pp. 213 ss.

<sup>228</sup> Si veda in tal senso HASSEMER, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., §§ 1-255 ss.; ROXIN, *Strafrecht AT*, I, 3 ed, 1997, §2; RUDOLPHI, *Sistematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, ed. 35, Köln, 2001, §§ 1-2 ss; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002; SCHUNEMANN, *Festschrift für Klaus Roxin*, 2001, pp. 1 ss.

capaci «di esprimere il significato e le condizioni essenziali della convivenza sociale e di attrarre il consenso sulle valutazioni espresse dal legislatore»<sup>229</sup>.

Secondo dunque l'orientamento maggiormente diffuso ed accettato oggi, dunque, il diritto penale attraverso la difesa di tali valori fondamentali «contribuisce ad assicurare le condizioni essenziali della convivenza predisponendo la sanzione più drastica a difesa dei beni giuridici: tali sono comunemente definiti i beni socialmente rilevanti considerati, in ragione della loro importanza, meritevoli di protezione giuridico-

---

<sup>229</sup> Così PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, p. 255.

penale»<sup>230</sup>.

Ad esser difficilmente delimitabile in una semplice enunciazione, in una formula dialettica, è il concetto stesso di bene giuridico, o di valore o interesse giuridicamente tutelato, che per la sua stessa natura teorica ed ideale, al di sopra delle singole codificazioni, si mostra come poco incline ad esser imbrigliato in un enunciato astratto ed esaustivo dell'intero suo portato<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> In tal senso FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, Parte generale, Bologna, 2007, p. 4.

<sup>231</sup> «In sede di determinazione concettuale di cosa sia bene giuridico nel senso del diritto penale, ci si è, invero, sempre imbattuti nella difficoltà di escogitare definizioni dotate di sufficiente contenuto informativo e di reale funzione selettiva. Da qui tentativi anche recenti di prospettare concetti meno genericie più idonei a riflettere le caratteristiche che gli oggetti della tutela penale presentano o dovrebbero presentare. E' altrettanto vero, tuttavia, che il problema definitorio non va

Gli studi in tema di bene giuridico più recenti hanno comunque individuato in questi un carattere, non statico, ma «dinamico»: in altre parole non sono inquadrabili in quanto situazioni degne di valore o di interesse di per se stesse, ma in quanto «in funzione» con l'utilità nella vita sociale, cosa che spiegherebbe dunque, il perché non tutte, ma solo certe aggressioni a questi oggetti di tutela siano sanzionabili, in altre parole, spiegherebbe anche il perché della c.d.

---

sopravvalutato. Anche la definizione teoricamente più appagante di bene giuridico non può da sola fungere da automatico spartito tra oggetti meritevoli ed oggetti non meritevoli di protezione penale: aldilà del livello di perfettibilità delle etichettature dogmatiche, decisiva rimane la capacità selettiva del legislatore al momento di procedere alle scelte di tutela», *ivi*, pp. 4 e 5

«frammentarietà» del diritto penale<sup>232</sup>.

Esso esprime comunque un valore di certo concreto e non evanescente, ma comunque incorporeo in quanto unità concettuale ed astratta, tuttavia essenziale alla sopravvivenza della vita sia allo stato naturale che in comunità organizzate: afferrabilità, superindividualità, astrattezza e portato critico lo rendono quasi impossibile da definire in un modo che risulti inderodibile al mutare dei tempi e del sentire, ma di certo esso ha sempre un forte portato "simbolico"<sup>233</sup>,

---

<sup>232</sup> WELZEL, *Strafrecht*, Berlino, 1969, p. 4 ss., in tema di principio di frammentarietà si veda *ex multis*, FIADACA-MUSCO, *op.ult.cit.*, p. 32 ss.

<sup>233</sup> In senso squisitamente etimologico, vale a dire come elemento paradigmatico in grado di unire la collettività attorno ad un unico soggetto nato dall'unione delle volontà degli stessi: lo Stato. Il lemma "simbolo" deriva dal verbo συνβάλλω che vuol dire proprio "mettere, tenere o chiudere

tipicamente penale<sup>234</sup>, quale condizione essenziale per la dignità stessa dell'esistenza e da proteggere in quanto insopprimibile per la vita individuale la cui protezione non solo è demandata, a seconda dei tempi, ora alla *res publica*, ora al sovrano, ora allo Stato, ma ne è anche la ragione stessa della potestà di punire<sup>235</sup>.

---

insieme" o, in senso figurato anche "legare insieme".

<sup>234</sup> Per una disamina del concetto, tipi e significati del simbolismo penale si veda BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del Diritto Penale?* in *Ind. Pen.*, 2003, p. 405, e BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano, 1990, pag. 43 ss.; in particolare circa il crimine finanziario ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la tutela penale del risparmio*, in AA.VV. (a cura di ABBADESSA – CESARINI), Bologna, 2007, p. 186 e ss.

<sup>235</sup> Sul concetto di "potestà punitiva" si veda VASSALLI, voce *Potestà punitiva*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIV, Roma, 1985, pp. 793-812.



## Capitolo III

### Offensività, offesa e danno del reato

1. Il reato come offesa. 2. Il principio di offensività del reato. 3. La concezione realistica del reato 4. Offensività, «principio del danno» e funzione della pena. 5. Le principali dottrine sulla distinzione tra offesa e danno. 6. Le differenze ontologiche tra danno ed offesa. 7. L'offesa e gli interessi economici.

«Se si trasferisce il centro di gravità della vita *non* nella vita, ma nell' "al di là" – *nel nulla* – si è tolto il centro di gravità alla vita in generale»<sup>236</sup>.

## 1. Il reato come offesa.

---

<sup>236</sup> NIETZSCHE, *L'Anticristo, maledizione del cristianesimo*, traduzione italiana di Ferruccio Masini, Milano, 1992, p. 56.

È già con l'illuminismo italiano che, con l'emersione alle coscienze della necessità di procedere ad una secolarizzazione del diritto penale<sup>237</sup>, affiora nel mondo giuridico della speculazione scientifica una concezione dei fatti punibili del tutto nuova rispetto alle

---

<sup>237</sup> Una laicizzazione mai realmente avvenuta, e fatta risalire addirittura alle dottrine dell'XI secolo quando Graziano affrontando l'analisi della compatibilità tra «jus naturae et constitutionis», nel suo *Concordia discordantium canonum*, ebbe l'enorme merito di separare il diritto dalla teologia, merito riconosciuto dallo stesso Dante, il quale non esitò a collocarlo tra gli spiriti sapienti del cielo del Sole, per rendergli merito dell'opera sua «che l'uno e l'altro foro aiutò sì che piace in paradiso» (ALIGHIERI, *La commedia*, Paradiso, X, 104-105), dove con tale espressione si intende aiutò a separare concettualmente la coscienza, foro interno o, per i *Christi fideles*, tribunale divino, e quello esterno, il tribunale delle leggi degli uomini, in tal senso CALASSO, *Il medioevo del diritto*, vol.1, Milano, 1954, pp.395 e 396. In epoca successiva, dunque, non si era più proceduto a dar luogo ad ulteriori studi, ad opera di giuristi più recenti, al fine di depurare in senso laico il diritto penale.

precedenti: in essa compare, per la prima volta, l'idea che, nelle scelte relative alla penalizzazione dei comportamenti tipizzati, dovesse esser presente un *quid pluris* espresso col brocardo "*nullum crimen sine iniuria*"<sup>238</sup> ovvero la necessità che quel comportamento, che si intendeva rendere punibile, avesse come requisito minimo l'attitudine a provocare un danno alla società, un «danno sociale»<sup>239</sup>. La dannosità sociale era soltanto un concetto iniziale, ma i cui sviluppi contribuirono ad una

---

<sup>238</sup> Si veda per il contenuto di tale espressione FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004, pp. 69 ss., in particolare pp. 466 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit. pp. 181 – 277, il quale aderisce ai molti che fanno di questo brocardo il contenuto stesso del principio di offensività del reato; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001; MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi liberali*, in *Giur. Comm.*, I, 1992, pp. 5 ss. Ed anche in *Riv.it.dir.pen e proc.*, 1995, pp.343 ss.

<sup>239</sup> Per tale concetto *infra*, successivo § 4.

affrancazione del diritto penale dai modelli tradizionalmente autoritari ed assolutistici.

Nel corso degli anni e degli studi si è arrivati, come si è visto, ai concetti di offesa<sup>240</sup> al bene giuridico e di offensività<sup>241</sup>, i quali a loro volta hanno dato spunto per l'approdo a diversi orientamenti interpretativi e conseguenze dommatiche piuttosto eterogenee.

---

<sup>240</sup> «Bisogna considerare come delitto secondo la natura delle cose o come razionalmente punibile nello Stato ... la lesione o la messa in pericolo, imputabile alla volontà umana, di un bene che deve essere garantito a tutti in egual misura attraverso la coercizione penale» così Johann Birnbaum nel saggio del 1834 più volte citato nel capitolo precedente come acquisizione della scienza giudica penale del concetto di bene giuridico.

<sup>241</sup> Il termine "offensività" identifica, come noto, «la lesione o messa in pericolo dell'interesse protetto»; in tale accezione, anche il termine lesività è di regola usato in un significato del tutto equivalente (e ciò perché nell'espressione «lesività» si intende ricompresa non la sola lesione ma anche la semplice messa in pericolo dell'interesse protetto», così MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pag. 1.

La matrice da cui originò l'acquisizione al mondo del diritto penale dell'offesa come elemento ultroneo rispetto a quelli tradizionali (fatto e colpevolezza), ma parimenti essenziale, fu la filosofia utilitaristica e la dottrina assiologica della separazione tra diritto e morale<sup>242</sup>, proprie inizialmente della tradizione illuministica ed oggetto di ulteriore sviluppo e ricerca fino a tutto il XX secolo<sup>243</sup>.

---

<sup>242</sup> In tal senso FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 466, secondo cui , inoltre, tale separazione costituirebbe «l'altra faccia» dell'utilitarismo giuridico coerente con la funzione preventiva della pena intesa nel senso di «*precautio laesionum*» delle «azioni riprovevoli per i loro effetti lesivi per i terzi» i cui costi sociali ed individuali «la legge penale avrebbe il compito di prevenire e che soli possono giustificare i costi sia delle punizioni che delle proibizioni».

<sup>243</sup> Si pensi ad Hart che nel 1961, prendendo spunto da tali tesi, sottolineava che «intenderemo per positivismo giuridico la semplice tesi secondo non è in nessun senso una verità necessaria che le leggi riproducano o soddisfacciano certe esigenze della morale, anche se nella realtà hanno spesso fatto questo» (HART, *Il concetto di diritto*, Torino,

L'acquisizione della consapevolezza di tale separazione impone di tener presente che le leggi penali non dovessero proibire comportamenti semplicemente immorali, o degli stati d'animo malvagi, od ostili o, magari, astrattamente pericolosi, essa «esige al contrario, a tutela della libertà di coscienza della persona e dell'autonomia e della relatività della morale, la tolleranza giuridica di qualunque atteggiamento o comportamento

---

2002, p. 217). Pare opportuno ricordare come acute recenti riflessioni abbiano portato alla luce l'illusorietà dell'idea di un diritto autoreferenziale, scevro da importazioni dal mondo della morale infatti, «è sempre meno possibile applicare il diritto senza ricorrere esplicitamente alla posizione di obiettivi politici, alla giustificazione morale, nonchè al confronto critico tra principi diversi ... ciò equivale ad affermare che nel codice giuridico confluiscono contenuti provenienti dai codici della morale e del potere : dunque che il sistema giuridico non è chiuso e autosufficiente», così HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, Torino, 2007, p.53

non lesivo per i terzi»<sup>244</sup>.

Da tali riflessioni conseguì una visione del potere di emanazione di norme penali condizionata da due limitazioni, l'una consequenziale all'altra.

La prima fu quella dettata dalla consapevolezza che il legislatore, dunque, non poteva criminalizzare laddove non fosse assolutamente necessario, c.d. «principio di necessità o di economia delle proibizioni

---

<sup>244</sup> Si veda FERRAJOLI, *loc. ult. cit.*, prosegue altresì l'autore ricordando come «La confusione tra diritto e morale, se non giova al diritto di cui sollecita l'invadenza totalitaria, la prevaricazione inquisitoria e l'arbitrio decisionistico, non giova neppure alla morale, che è tanto più autentica ... quanto meno è affidata a misure coercitive ed è invece espressione di scelte autonome ed incondizionate»: questa la base su cui si fonda la famosa distinzione operata da Kant tra *legalità* e *moralità*, in cui la prima sarebbe conformità solo esteriore e condizionata dal timore della sanzione, l'altra come adesione interiore ed incondizionata alla legge (KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, traduzione italiana di Filippo Gonnelli, Bari, 2009, pp. 15 ss.).

penali»<sup>245</sup> incarnato dal brocardo *nullum crimen sine necessitate*<sup>246</sup>.

La seconda limitazione nasce dalla connotazione utilitaristica di suddetto principio<sup>247</sup> alla luce dell'interpretazione del diritto penale come tutela delle libertà fondamentali intese come beni da tutelare giuridicamente: cioè il c.d. «principio di offensività» a sua volta incarnato dal brocardo

---

<sup>245</sup> FERRAJOLI, *loc. ult. cit.*.

<sup>246</sup> Scriveva già Hobbes sul finire del XVII secolo «la funzione delle leggi (che altro non sono che regole autorizzate) non è quella di impedire alla gente ogni azione volontaria, bensì quella di dirigerla e di consentirne il movimento nei limiti in cui non leda se stessa a causa dei suoi desideri impetuosi, della sua avventatezza o dissennatezza. Perciò una legge che non è necessaria, mancando del vero fine della legge, non è buona», così HOBBS, *Leviatano*, traduzione italiana di Agostino Lupoli, Bari, 2010, p. 282.

<sup>247</sup> Bisogna punire (principio di necessità) quei comportamenti che è "utile" punire (utilitarismo giuridico).

*nullum crimen sine iniuria*<sup>248</sup>. Se il diritto penale è l'estremo rimedio, la tipizzazione in fattispecie di reato è possibile solo per comportamenti che aggrediscano beni fondamentali, la prospettiva diventa, dunque, quella de «il reato come offesa ad un bene giuridico»<sup>249</sup>, dove l'offesa è «lesione o messa in pericolo di un bene giuridico; e, più precisamente, di un bene giuridico che appaia meritevole di protezione penalistica in base alle direttive di tutela potenzialmente vincolanti desumibili dalla Costituzione»<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> In tal senso si veda MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 181; CATENACCI, voce *Offensività del reato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3902; Id. in CATENACCI-MARCONI (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009, p. 296.

<sup>249</sup> In tal senso PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, p. 80.

<sup>250</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 148.

Secondo tale principio, dunque, «non vi può essere reato senza offesa ad un bene giuridico, cioè ad una situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo.

Il legislatore non può quindi punire nessuno 'per quello che è' o 'per quello che vuole', ma può punire soltanto fatti che ledano o pongano in pericolo l'integrità di un bene giuridico»<sup>251</sup> che, in quanto tale, può assurgere a criterio di selezione dei fatti penalmente rilevanti che inevitabilmente quindi comportano una attribuzione di responsabilità; questa visione ha due ordini di conseguenze per i soggetti coinvolti nella vicenda: rappresenta il confine

---

<sup>251</sup> Così MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, Milano, 2006, p. 6.

ultimo, la linea di demarcazione sia per il Legislatore nella selezione di interessi o valori da proteggere e sia la linea guida da seguire nella costruzione della fattispecie incriminatrice (nel senso che può attribuire rilevanza penale soltanto a fatti che comportano la lesione o l'esposizione a pericolo di un determinato bene giuridico), e sia per l'interprete che deve decodificare l'area di intervento in concreto coperta dalla disposizione, è chiamato quindi a riconoscere il senso stesso della struttura formale del reato alla luce del canone offerto dal principio dell'offesa (non facendo rientrare nel suo ambito applicativo quei comportamenti che, seppur tipici in quanto corrispondenti al modello descritto dalla norma, non offensivi, in

quanto "innocui", incapaci di nuocere, inoffensivi in concreto del bene giuridico protetto dalla norma penale)<sup>252</sup>.

Il suo portato, in sostanza, ha come assioma «l'idea che la Costituzione possa obbligare il legislatore a punire i soli fatti offensivi di beni giuridici»<sup>253</sup> che si è venuta definitivamente affermando soprattutto in Italia ed in Germania sulla base della rilettura, in chiave costituzionale, dei sistemi penali con conseguente imposizione in capo al giudice di verificare la lesività in concreto dei fatti dedotti alla sua attenzione bandendo, così, ogni atteggiamento volto ad una lettura unicamente

---

<sup>252</sup> In tal senso PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998, p. 350 e ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., *passim*.

<sup>253</sup> CATENACCI, voce *Offensività del reato*, cit., p. 3903.

formalistica dell'illecito penale.

La Corte Costituzionale ha offerto non a caso un sostegno a tale visione delle cose, si legge infatti, in una famosa sentenza, che qualora la condotta tipica «sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato ... viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta proprio perché la indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso anche la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente, in difetto di ciò venendo la fattispecie a rifluire nella figura di reato impossibile»<sup>254</sup>.

---

<sup>254</sup> C.cost. sent. n. 360/1995.

## 2. Il principio di offensività del reato.

Può considerarsi reato, dunque, un fatto «solo in quanto offenda uno specifico e ben individuato bene giuridico»<sup>255</sup>. In termini esemplificativi, per offensività non si intende l'attitudine della condotta a provocare una lesione o una messa in pericolo dell'*oggetto materiale dell'azione*<sup>256</sup>, ma l'idoneità o

---

<sup>255</sup> CATENACCI, voce *Offensività del reato*, cit., p. 3902.

<sup>256</sup> Sulle conseguenze di ordine politico criminale di tale distinzione si veda BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., pag. 68; MAZZACUVA, *il disvalore di evento nell'illecito*

concreta capacità del fatto di reato a ledere o minacciare *l'oggetto giuridico del reato*, vale a dire il bene o l'interesse protetto dalla norma incriminatrice<sup>257</sup>.

---

*penale*, Milano, 1983, pp. 119 ss.; GIANNITI, *L'oggetto materiale del reato*, Milano, 1965;

<sup>257</sup> In riferimento a tale concetto, è opportuno riportare che si deve ad Arturo Rocco l'elaborazione in Italia del concetto di oggetto giuridico. L'illustre Autore, in merito, distinse in 1. *oggetto giuridico formale*, consistente nel diritto dello Stato alla obbedienza alle proprie norme da parte dei consociati; 2. *oggetto giuridico sostanziale generico*, incarnate dall'interesse dello Stato a conservare le condizioni della propria esistenza; 3. *oggetto giuridico sostanziale specifico*, consistente nel bene o interesse proprio del soggetto passivo del singolo reato. Contro la «inutile e pericolosa proliferazione di concetti di oggetto giuridico», è stato giustamente rilevato che il vero oggetto della tutela penale è soltanto il bene tutelato dalla singola norma, cioè quello che per il Rocco è l'oggetto sostanziale specifico. Prescindendo dal c.d. oggetto formale, di scarsa importanza anche dal punto di vista meramente teorico e che si riconnetteva, secondo gli schemi di allora, alla concezione del *diritto dello Stato di punire*, contro la partizione dell'oggetto sostanziale in generico e specifico si è subito obiettato (CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 51) che si confonde l'oggetto con il motivo della

Il cardine del rapporto tra offesa ed offensività, dunque, è il bene giuridico<sup>258</sup>, in quanto oggetto su cui si realizzerebbe la lesione o la messa in pericolo: l'esistenza stessa dell'offesa si palesa pertanto in funzione del bene giuridico, è l'aggressione sotto le forme della lesione - effettivo nocumento o pregiudizio<sup>259</sup> - o della messa in pericolo<sup>260</sup>

---

protezione: l'interesse dello Stato alla propria conservazione non è l'interesse protetto dalla legge penale, ma la ragione per cui sono posti il precetto e la sanzione, in quanto lo Stato tutela determinate beni perché ciò è necessario per assicurare le condizioni della vita in comune, così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit. p. 193.

<sup>258</sup> Così MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 203.

<sup>259</sup> Consiste in una diminuzione, una distruzione, la perdita del bene giuridico, c.d. reati di danno, e nel caso in cui si incrimina una fattispecie la cui offesa è concretata da una lesione effettiva del bene giuridico si parla di diritto penale repressivo.

<sup>260</sup> Consiste, invece, in un nocumento potenziale, del bene che pertanto è stato solo minacciato di venir leso, cd. reati di pericolo, nel qual caso si parla di diritto penale preventivo, atteso che, la messa in pericolo, realizza una anticipazione della

dell'oggetto della tutela.

Il principio di offensività, pertanto, discenderebbe dalla somma di questo assunto con i corollari della «teoria costituzionalmente

---

tutela. Sui reati di pericolo si veda DELITALA, *Reati di pericolo*, in *Studi in memoria di Biagio Petrocelli*, vol. III, Milano, 1972, pp. 1731 e ss.; M.GALLO, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970; PATALANO, *Significato e limiti della dogmatica sui reati di pericolo*, Napoli, 1975; FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, p. 175; ID., *la tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 441; ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994; RIZ, *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in *Ind.pen.*, 1983, p. 495; ALEO, *Il danno ed il pericolo nel reato*, Catania, 1983; GRASSO, *l'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1986, p. 689 PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990; PETRINI, *Reati di pericolo a tutela dei consumatori*, Milano, 1990; PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, p. 451; CANESTRARI, *Reati di pericolo*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVI, 1991; PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1995; CATENACCI, *I reati di pericolo presunto, fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006, p. 415.

orientata del bene giuridico»<sup>261</sup>, vale a dire la necessaria rilevanza costituzionale degli oggetti di tutela<sup>262</sup>: l'offensività diventa, quindi, il requisito indispensabile per la

---

<sup>261</sup> Cfr. Pag. 25, note 89 e ss..

<sup>262</sup> Il che non nel senso di non contrarietà o armonia con i valori espressamente sanciti nella Carta costituzionale, ma di vera e propria ammissione nel novero di essi in via quantomeno implicita, l'autore di tale teoria appunto sosteneva «malgrado il carattere ampio della Costituzione italiana, sussistono valori che, pur non essendo in contrasto con la Costituzione stessa, non assumono il rango di valori costituzionali. La locuzione «rilevanza costituzionale» é, poi, assai ampia, ricomprendendo non solo i diritti del singolo costituzionalmente garantiti, ma anche quei valori che sono obbiettivamente tutelati. É nostra opinione, inoltre, che nel novero die diritti costituzionalmente garantiti rientrano anche quelle situazioni soggettive che, non contemplate dalla Costituzione, sono tuttavia consacrate in Convenzioni internazionali e richiamate dalla formula «diritti inviolabili» di cui all'art. 2 Cost. [a posteriori rilevante dottrina ha usato come esempio per tale situazione il diritto alla riservatezza, cfr. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pag. 45, nota 9]. E ancora: l'illecito penale può ledere un valore privo di rilievo costituzionale, ma legato ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria», così BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pag. 16.

punibilità in concreto di un fatto che, pur essendo tipico, se non idoneo a ledere o mettere in pericolo il bene giuridico tutelato dalla fattispecie, potrebbe non avere rilievo penale in quanto inidoneo a ledere o minacciare il bene giuridico<sup>263</sup> oggetto della protezione offerta dalla norma.

Emergerebbe così, sulla base di tali presupposti teorici, l'aspetto selettivo affidato all'offensività<sup>264</sup>, vale a dire, una volta

---

<sup>263</sup> Si veda STELLA, *La teoria del bene giuridico ed i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, cit., pp. 3 ss.

<sup>264</sup> Secondo autorevole dottrina l'offensività del fatto avrebbe una «imprescindibile selezione preliminare» soprattutto in funzione della ragionevolezza delle incriminazioni circa le scelte su quanto meritevole di punizione, pertanto, la proporzionalità della pena sarebbe necessaria conseguenza della rilevata offensività del fatto tipizzato, offensività, dunque, la quale, però, non sarebbe «riducibile integralmente al principio di proporzione», la proporzionalità infatti «consentirebbe di qualificare come "penale" anche l'illecito di sosta vietata, purché esso venisse punito come oggi avviene con sanzione pecuniaria

individuato sulla base della carta costituzionale un bene o un valore meritevole di tutela, essa consentirebbe di valutare in concreto se la condotta dedotta all'attenzione dell'interprete sia o non sia tale da rendere necessario il ricorso alla massima sanzione in quanto aggressiva di beni o valori che, anche se non direttamente citati, fossero «presupposto necessario» di interessi espressamente riconosciuti nella Norma fondamentale.

A secondo della tipizzazione, quindi, il canone

---

non convertibile in limitazione della libertà. In effetti, se quell'illecito appartiene al diritto "punitivo" -amministrativo, ciò risponde a un criterio assiologico che prescinde dal parametro punitivo relativistico della proporzione», così DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in CADOPPI (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, pp. 109 ss., 124 ss. Circa i rapporti tra ragionevolezza e proporzionalità si veda MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, pp. 739 ss., in particolare p.757.

essenziale rimane l' idoneità a ledere o esporre a pericolo uno dei valori sanciti nella *Charta*: «l'illecito penale può ledere un valore privo di rilievo costituzionale, ma legato ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria: talché, cioè la lesione del primo sia necessariamente ed inequivocabilmente idonea a mettere in pericolo il secondo»<sup>265</sup>, cd. principio di necessaria lesività o offensività<sup>266</sup>, il quale avrebbe anche il non trascurabile merito di evitare che il reato finisca con l'essere ridotto ad una mera disobbedienza<sup>267</sup>, ad un «mero

---

<sup>265</sup> Così BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pag. 16.

<sup>266</sup> In tal senso MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pag. 45.

<sup>267</sup> Si vedano in proposito le considerazioni espresse nel precedente capitolo in tema di delitto penale d'autore.

comportamento inosservante»<sup>268</sup> a semplici standards morali, riproducendo schemi che tradirebbero l'idea di un sistema di liberale in favore di uno di tipo paternalistico<sup>269</sup>.

Il cosiddetto «principio di offensività», attesa la mancanza di un espresso enunciato all'interno della Carta costituzionale, sarebbe, a parere della dottrina, un principio «inespresso» o «implicito» del diritto penale<sup>270</sup>.

Secondo una famosa argomentazione tale principio sarebbe ricavabile nel testo della

---

<sup>268</sup>In tal senso STELLA, *Giustizia e modernità*<sup>3</sup>, Milano, 2003, pp. 523 ss.

<sup>269</sup>Vedi *infra* § 5.

<sup>270</sup>In tal senso si veda VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1991, pp. 699 ss., in particolare p. 703 anche se viene espressa sotto forma di dubbio, e FIANDACA, *Introduzione ai principi generali del diritto penale*, in FIANDACA – DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, pp. 9 e 116.

Costituzione facendo leva sull'argomento che l'uso della locuzione «fatto» nell'art. 25, II comma, starebbe a significare che, secondo il nostro ordinamento, non essendo punibile la semplice inclinazione o atteggiamento interiore, per quanto apparentemente «sintomi di pericolosità», ciò faccia concludere che tale principio sia affermato per via implicita in tale testo<sup>271</sup>.

Secondo altra autorevole opinione, la distinzione operata sempre nel medesimo articolo della Costituzione ai commi II e III, tra pena e misura di sicurezza, avendo tracciato una netta «ripartizione di competenze», in modo tale che la pena sia solo per quei comportamenti effettivamente lesivi di beni

---

<sup>271</sup> BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pag. 82 ss.

giuridicamente protetti, escludendo, dunque, la semplice pericolosità sociale, a cui la pena sarebbe estranea in quanto questi sarebbero comportamenti inoffensivi<sup>272</sup>.

Ultima autorevole opinione circa la presenza implicita del principio di offensività nella nostra Carta costituzionale poggia sul rilievo che questo è un principio imprescindibile in una concezione personalistica della norma fondamentale che solo la difesa di un interesse di altissimo rango possa giustificare la limitazione dei diritti riconosciuti e garantiti al suo interno e che, pertanto, solo l'offesa ad uno di tali valori costituzionali possa giustificare il ricorso alla limitazione della libertà personale, protetta anch'essa all'art.

---

<sup>272</sup> In tal senso GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 1 ss.

13<sup>273</sup>.

Tali orientamenti tuttavia vennero avversati sulla scorta di due rilievi: il primo è che, il fatto che reato debba necessariamente essere l'offesa ad un bene giuridico, non sia un principio espresso implicitamente dalla nostra costituzione, bensì dalla stessa realtà del nostro sistema penale, in cui esiste una quantità di reati c.d. «scopo», coi quali non si puniscono offese a beni giuridici, ma situazioni che lo Stato non vuole che si verifichino, come ad esempio il gioco d'azzardo o l'esercizio non autorizzato di attività di pubblico interesse<sup>274</sup>.

Il secondo e successivo rilievo portato a contrasto della teoria della affermazione

---

<sup>273</sup> Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit. p. 195.

<sup>274</sup> Così ZUCCALA', *Sul preteso principio di necessaria offensività*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, III, Milano, 1984, p. 1694.

implicita del principio di offensività nella nostra Costituzione era che, qualunque ricostruzione esegetico-interpretativa del testo costituzionale al fine di leggerci al suo interno il principio di offensività, rappresenta una forzatura interpretativa del testo medesimo<sup>275</sup>. Ma tali argomenti non sembrano esser riusciti ad arrestare l'affermazione e pertanto la "vigenza" di tale principio nel nostro ordinamento.

A dimostrarlo soprattutto la giurisprudenza della Corte Costituzionale, in diverse sentenze interpretative in cui ha dato atto del rango

---

<sup>275</sup> Su questo argomento diffusamente ancora ZUCCALA', *ibidem*, p. 1700 ss.; Id., *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» e la pretesa, necessaria offesa ad un bene*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 2004, p. 878 ss.; e infine VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi in memoria di U.Pioletti*, Milano, 1982, p. 659 ss.

costituzionale di tale principio, affermando che il principio *nullum crimen sine iniuria* costituirebbe un «limite di rango costituzionale alla discrezionalità legislativa in materia penale»<sup>276</sup>.

Quanto alla critica relativa alla presenza nell'ordinamento di fattispecie apparentemente prive di bene giuridico, è facilmente superabile sulla scorta della natura assiologica del principio di necessaria offensività, il quale non pertiene all'essere del diritto penale, bensì al

---

<sup>276</sup> Cfr. *ex multis* C.cost. sent.n.62/1986 in materia di detenzione di materiali esplosivi; C.cost. ord. n. 473/1989, avente ad oggetto l'allora art. 1, IV comma, L. 516/1982 che puniva la mancata tenuta o conservazione delle scritture contabili ai fini delle imposte sui redditi e sull'Iva; C.cost. sent.n. 133/1992 e C.cost. sent.n. 360/1995 avente ad oggetto l'ipotesi di illecita detenzione di sostanze stupefacenti.

suo dover essere<sup>277</sup> e, pertanto, suscettibile di mostrare scarsa attitudine a contribuire satisfattivamente alla discussione attinente la presenza o meno di un vincolo, seppur implicito, nella Costituzione di tale principio.

### **3. La concezione realistica del reato.**

Secondo altro diverso modo di inquadrare la questione sopra delineata, è stato ed è tuttora sostenuto da parte della dottrina, che l'illecito penale in realtà sarebbe caratterizzato da due diversi profili: la corrispondenza al fatto tipico descritto dalla fattispecie incriminatrice, e la

---

<sup>277</sup> CATENACCI, voce *Offensività del reato*, cit., p. 3905.

lesione dell'interesse tutelato<sup>278</sup>, c.d.  
*concezione realistica o materiale del reato*<sup>279</sup>

---

<sup>278</sup> In tal senso CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2008, pp. 207 ss.

<sup>279</sup> Nata sulla scia della concezione "realistica" del diritto penale affermata già da Antolisei (cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di Conti, 16 ed., Milano, 2003, pp. 502 ss.) «intuita» già da Vannini, il quale per primo parlò di concezione realistica del reato (si veda VANNINI, *Il reato impossibile*, in *Arch. Pen*, 1949, I, pp. 363 ss.), «fu lumeggiata» da FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, pp. 23 e ss, (così MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pag. 47) e da M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 786 ss.; sviluppata da NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, pp. 103 ss.; ID., voce *Reato impossibile*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, Torino, 1967, pp. 974 ss.; Tale teoria ha ricevuto un notevole apprezzamento soprattutto in sede di applicazione giurisprudenziale grazie al quale il principio di offensività è divenuto un canone interpretativo estremamente applicato. In senso critico, soprattutto per la forte tensione col principio di legalità che l'idea di riconoscere fatti tipici ed inoffensivi comportava, richiamando le cadenze della teoria dell'adeguatezza sociale, si veda C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Vol. I. 2 ed., Torino, 2004, pp. 291 ss., ed in generale per ulteriori rilievi critici NUVOLONE, *recensione a Neppi Modona, Il reato impossibile*, in *Ind.pen.*, 1967, pp. 46 ss., STELLA, *teoria del bene*

in cui l'offesa diverrebbe un vero e proprio elemento costitutivo della fattispecie<sup>280</sup>.

Il riferimento normativo da cui prende spunto tale concezione è l'art. 49 c.p. nella parte in cui definisce il fatto non punibile «quando per l'inidoneità dell'azione ... è impossibile l'evento dannoso o pericoloso»: questa espressione sarebbe interpretabile quale principio generale secondo cui le condotte conformi a quelle

---

*giuridico e c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, cit., pp. 27 ss.; MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione. Studi in onore di Costantino Mortati*, cit., pp. 447 ss., ZUCCALÁ, *Sul preteso principio di necessaria offensività nel reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, pp. 1689 ss.; FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sulla teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giurisprudenziale*, in STILE (a cura di), *Le discrasie in dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, pp. 63 ss., in particolare pp. 71 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 408 ss., M. ROMANO, *Commentario sistematico sub. Art. 49 c.p.*, vol. I, Milano, 2004 pp. 512 ss..

<sup>280</sup> CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 209.

astrattamente previste nella fattispecie di parte speciale non sarebbero punibili qualora non offensive dell'interesse protetto così come descritto nella norma<sup>281</sup>.

Questa disposizione consentirebbe, dunque, di desumere un vero e proprio «criterio ispiratore» della concezione secondo la quale non può esservi reato, senza una lesione o una messa in pericolo «effettiva» del bene protetto e sarebbe pertanto una esplicita enunciazione normativa del principio di necessaria offensività<sup>282</sup>.

Per i sostenitori di tale dottrina, il principio di necessaria offensività svolgerebbe il suo ruolo di discriminare ogni volta che, dunque, vi sarebbe un *deficit* tra tipicità del fatto e

---

<sup>281</sup> M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. Dir.*, cit..

<sup>282</sup> Così FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 478.

lesione dell'oggetto giuridico, ma, tuttavia questa visione sembra non superare tre essenziali obiezioni. La prima parte dal rilevare che «l'art. 49 non informando in alcun modo sulla natura degli interessi tutelati, di per sé non può riuscire d'ausilio nello stabilire quando sussista la lesione o la messa in pericolo del bene protetto : per cui è necessario desumere l'interesse tutelato dalle singole fattispecie incriminatrici. Ma proprio a questo punto la tesi in esame – ed ecco la seconda obiezione – cade in una contraddizione logica : se il bene protetto deve essere desunto ... dalla «intima struttura della fattispecie», ne consegue allora che riesce impossibile ipotizzare un fatto conforme a quest'ultima, ma non lesivo del primo»<sup>283</sup>. La

---

<sup>283</sup> Così FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte*

terza è la cosiddetta obiezione della «*circolarità dell'argomentazione*», vale a dire che, chiedendosi dove ricavare il bene giuridico se non all'interno della stessa norma, allora, l'ipotizzata divergenza tra tipicità ed offesa diviene astrattamente impossibile, e dunque si riduce a semplice scopo della norma<sup>284</sup>.

In conclusione ci permettiamo solo di notare che la concezione realistica assegna un ruolo estremamente rilevante nella scelta dei

---

*generale*, cit., p. 479.

<sup>284</sup> In tal senso CANESTRARI – CORNACCHIA – DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2008, pp. 209 ss., secondo cui una via per superare l'obiezione della circolarità dell'argomentazione ci sarebbe, vale dire se si considerasse il bene giuridico tutelato come ricavabile non dalla norma stessa, ma dall'esterno, cioè al di fuori della norma, ovvero considerando il bene giuridico come un dato "prepositivo" rispetto alla norma incriminatrice ed in questo solco, dunque, riafferma la teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata di Bricola (si veda in tal senso il capitolo precedente).

comportamenti da penalizzare al legislatore ordinario, il quale, in forza di maggioranze anche esigue<sup>285</sup>, potrebbe arrivare a selezionare oggetti di tutela non accolti da tutti i consociati: in questo senso una lettura costituzionalmente orientata, assegnando ad una fonte terza, la Costituzione, il fondamentale ruolo per l'individuazione dei beni giuridici oggetto di tutela e per le scelte delle tecniche di attuazione della stessa tutela penale<sup>286</sup>, sembrerebbe almeno astrattamente

---

<sup>285</sup> E con il sistema maggioritario, questo tipo di prospettiva, risulta ancora piú preoccupante attesa la sua caratteristica di consentire che la maggioranza in parlamento non rappresenti la maggioranza degli elettori.

<sup>286</sup> In realtà la "teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata" secondo la dottrina ha due distinte letture (si veda CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 210 e 211) : una «negativa», secondo cui la Costituzione prescrive solo in negativo i limiti alle scelte di criminalizzazione del legislatore, ed un'altra «positiva» secondo cui,

offrire una sorta di maggior garanzia democratica, malgrado, anche la Costituzione, possa esser oggetto di revisione e quindi neutralizzare gli effetti di questa funzione.

Malgrado ci si interroghi da tempo sulle reali capacità del bene giuridico di assolvere la funzione selettiva e quella di vincolo nelle scelte del legislatore, ad oggi non sembra

---

invece, la Norma fondamentale prescrive positivamente quali sono gli oggetti da tutelare, gli interessi che non solo non devono essere colpiti, ma a cui offrire una specifica protezione attraverso lo strumento penale oltre ad indicare anche le stesse tecniche di tutela al cui ricorso il legislatore sarebbe autorizzato. Con questa seconda lettura la Costituzione stessa viene assunta quale fondamento dell'intervento penale, una distinzione decisiva che consente di comprendere meglio il valore ed il significato – per tale dottrina – del principio di offensività rispetto agli altri principi che governano il diritto penale, in tal senso BRICOLA, *legalità e crisi. L'Art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70* in *Scritti di diritto penale*, Vol. I, T.II, Milano, 1997, pp. 1276 ss.; ripresa ed ampliata da DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, pp. 27 ss..

ancora essere emersa una valida alternativa a tale parametro, un'alternativa capace di sopperire efficacemente ai limiti che da tempo ha mostrato tale teoria e, al contempo, di offrire le medesime garanzie<sup>287</sup>.

La discussione sul tema è ancora viva ed aperta, tuttavia, va assolutamente sottolineato

---

<sup>287</sup> Circa la cosiddetta crisi del concetto stesso e di teoria del bene giuridico ed il relativo dibattito si vedano su tutti DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, pp. 140 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 74 ss., 129 ss.; nel panorama tedesco si vedano HEFENDEHEL – VON HIRSCH – WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003, *passim*; HEFENDEHEL, *Mit langem Atem: der Begriff des Rechtsguts. Oder: was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah*, in *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht*, 2007, 1. Sulla recente rivalutazione del bene giuridico soprattutto nel suo aspetto funzionale come possibile strumento di individuazione di nuove fattispecie non ancora tipizzate si veda DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, in DONINI – CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, pp. 243 ss.

come a muoversi verso una sostanziale identità tra tipicità ed offensività sia proprio la Corte Costituzionale, la quale partendo dal presupposto che l'offensività sia un vero e proprio canone interpretativo da cui originerebbe un "dovere" dapprima di enucleazione e, di poi, di accertamento e verifica «in concreto» dell'offesa così come descritta nella norma che si assume come violata: la Consulta specifica infatti che «L'art.25 della Costituzione postula ... un ininterrotto operare del principio di offensività dal momento della sua astratta predisposizione normativa a quello della applicazione concreta del giudice, con conseguente distribuzione dei poteri conformativi tra giudice delle leggi e l'autorità

giudiziaria, alla quale soltanto compete di impedire con prudente apprezzamento della lesività in concreto, una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale»<sup>288</sup>.

#### **4. Offensività, «principio del danno» e funzione della pena.**

Il principio del danno, di ordine teorico, è una trasposizione diretta derivazione dell'antico e celebre principio del "*neminem laedere*", il

---

<sup>288</sup> C.Cost. sent. n. 263/2000.

quale, successivamente reinterpretato alla luce delle dottrine liberali di metà '800 precedentemente illustrate, avrebbe come conseguenza di ordine fattuale la preclusione al legislatore della possibilità di sacrificare la libertà dei cittadini qualora le condotte di questi non cagionano un "*harm to the others*", un danno a terzi<sup>289</sup>: il c.d. *harm principle*<sup>290</sup>,

---

<sup>289</sup> Si vedano in proposito le considerazioni espresse nel precedente capitolo in tema di diritto penale d'autore secondo cui è la stessa inclinazione interiore, la volontà contraria al volere della collettività organizzata il cuore stesso del reato.

<sup>289</sup> Così MILL, *On liberty*, trad.it. di MOLLICA, Milano, 2000, pp. 212 ss., il vero spunto della riflessione di questo filosofo morale era ben diverso, partiva dalla considerazione che fosse irragionevole imporre attraverso la minaccia di una sanzione atteggiamenti meritori rispondenti a doveri che ognuno ha verso se stesso, come parimenti era irragionevole fare altrettanto per vietare ad un adulto *compos sui* di farsi del male, imponendo una sorta di dovere di migliorarsi soprattutto in campo morale. Da questa dottrina venne derivato il principio dell'offesa.

<sup>290</sup> Sul principio del danno o dell'offesa si veda l'intenso dibattito che ha attraversato soprattutto il

come detto già nel precedente capitolo, espressione ultima di un diritto penale laicizzato.

Tale principio sorse sulla base di una elementare considerazione, vale a dire come fosse difficilmente condivisibile vietare *ex lege* di arrecarsi "danno", ponendo una sorta di obbligo morale all'automiglioramento degli individui.

Dall'elaborazione del principio del danno e dalle considerazioni svolte in epoca liberale, già ricordate precedentemente, derivò anche il principio di offensività, il cui confronto è ancora uno spunto attuale in prospettiva non

---

mondo anglosassone, cfr. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law*, vol. I, *harm to Others*, New York - Oxford, 1984, pp. 3 e ss., specialmente pp. 31 ss.; SIMESTER-SULLIVAN, *Criminal Law. Theory and Doctrine*<sup>2</sup>, Oxford, 2000, pp. 8 ss..

solo *de jure condendo*, ma anche *de jure condito*.

Il dibattito sui *principio di offensività* e quello *del danno* è stato riportato al centro del critica penalistica soprattutto all'inizio di questo secolo in ambito statunitense, in relazione ai c.d. *limiti morali del diritto penale*<sup>291</sup>.

Nel corso di tali recenti studi la questione si è incentrata principalmente sulla circostanza di come, malgrado oltreoceano venisse esaltato *l'harm principle* come strumento idoneo a limitare la potestà punitiva in considerazione dell'invasività dello strumento penale - ossia del «marchio di censura e condanna che lascia

---

<sup>291</sup> Cfr. ad esempio, nel quadro della legislazione italiana, il testo della Relazione presentata al Convegno "La legittimazione del diritto penale tra *harm principle* e teoria del bene giuridico", Trapani, 19-20 ottobre 2007 ed i relativi atti consultabili presso il sito [www.isisc.it](http://www.isisc.it).

in effetti chi lo subisce in uno stato di disgrazia permanente»<sup>292</sup> - in realtà sia stato dedicato scarso rilievo alla diversa tipologia delle sanzioni applicabili in risposta alle offese<sup>293</sup>, limitandosi a trattare la sola "funzione espressiva della pena"<sup>294</sup>.

Tali studi tracciano una netta linea di confine tra pena, *punishment*, e punizione, *penalty*<sup>295</sup>: queste forme di sanzione si presentano entrambe con un tratto comune, quello di essere privazioni d'autorità per una mancanza,

---

<sup>292</sup> Così FEINBERG, *Harm to the Others. The moral limits of the Criminal Law*, New York, 1984, p. 24.

<sup>293</sup> Così FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008 p. 597; BEDAU, *Feinberg's Liberal Theory of Punishment*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 5, 2002,, p. 108

<sup>294</sup> In tal senso FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in *Doing and Deserving*, Princeton, NJ, 1970, p. 96 ss.

<sup>295</sup> Nella traduzione di FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, cit., p. 599.

«*authoritative deprivations for failures*», ma, delle due, solo i *punishments*, le pene vere e proprie, avrebbero una “funzione espressiva”<sup>296</sup>, simbolica<sup>297</sup>.

Il cuore, dunque, di questo studio risiede nel rilievo che sia il “rimprovero”, che la durezza

---

<sup>296</sup> Scrive esplicitamente l'Autore : «punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgements of disapproval and reprobation, on the part either of the punishing authority himself or of those “in whose name” the punishment is inflicted. Punishment, in short, has a *symbolic significance* largely missing from other kinds of penalties», così FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in *Doing and Deserving*, cit., p. 96 ss., letteralmente traducibile «la punizione è un dispositivo convenzionale per l'espressione di atteggiamenti di risentimento e indignazione, e di giudizi di disapprovazione e rimprovero, da parte sia dell'autorità legittimata a punirlo o sia di quelli "in nome della quale" la pena è inflitta. Punizione, in breve, ha un significato simbolico in gran parte mancante da altri tipi di sanzioni». La traduzione del termine *reprobation* con rimprovero è di FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, cit., p. 598. Si veda altresì FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in *Doing and Deserving*, cit., p. 96 ss..

<sup>297</sup> Si veda precedente **Cap. I, § ...** .

della conseguenza<sup>298</sup>, *hard treatment*,

---

<sup>298</sup> Lo spunto sono sempre le riflessioni di Mill che culminano col famoso "principio di autoprotezione", *self-protection*, «L'unico fine per cui gli uomini sono autorizzati, individualmente o collettivamente, a interferire con la libertà di azione di ciascuno, è l'autoprotezione; l'unico motivo per cui il potere può essere legittimamente esercitato su qualsiasi membro della comunità civilizzata, contro la sua volontà, è quello di prevenire un danno agli altri. Il bene dell'individuo, sia fisico, sia morale, non costituisce una giustificazione sufficiente all'interferenza. Un individuo non può essere costretto o impedito a fare qualcosa per il fatto che ciò sarebbe meglio per lui, o perché ciò lo renderebbe felice, oppure perché agire così, almeno secondo l'opinione degli altri sarebbe persino saggio e persino giusto. Queste sono buone ragioni per fargli qualche rimostranza, per ragionare con lui cercando di persuaderlo o di scongiurarlo, ma non per costringerlo o procurargli un danno quando agisce diversamente. Interventi di questo tipo si giustificano quando la condotta da cui si intende farlo desistere è ritenuta tale da nuocere a qualcun altro. Il solo aspetto della condotta per cui si è responsabili di fronte alla società è quello che concerne gli altri. Per la parte che riguarda solo se stesso, l'indipendenza dell'individuo è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente l'individuo è sovrano», testualmente MILL, *On Liberty*, cit. p. 55. Viene specificato che la dottrina dell'autoprotezione deve applicarsi solo agli esseri umani nel pieno delle loro facoltà, escludendone minori, ed in ogni caso «la libertà,

l'afflittività<sup>299</sup>, sono i due elementi della pena che dovrebbero avere funzione *selettiva* in senso tecnico sia dei valori-beni giuridici da proteggere che della loro importanza per i consociati, ma che ciò che la caratterizza davvero è solo il primo, soltanto il «*reprobative symbolism*», mentre la seconda,

---

come principio, non si applica a quello stato di cose (lett. *state of things*, tradotto anche "situazioni" da FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, cit., p. 617) che precede il momento in cui gli uomini diventano capaci di progredire in virtù della discussione libera e tra eguali ... Ma non appena gli uomini avranno acquisito la capacità di essere guidati nel loro progresso dalla convinzione o dalla persuasione (condizioni già da lungo tempo raggiunta da tutte le nazioni di cui dobbiamo occuparci), allora la costrizione, tanto in forma diretta quanto attraverso pene e sanzioni a chi non si adegua, non è più ammissibile come mezzo per raggiungere il proprio bene ed è giustificabile solo per la sicurezza degli altri», così ancora MILL, *op.cit.*, p. 57.

<sup>299</sup> Nei termini di FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, cit., p. 598.

lo farebbe solo in via "convenzionale"<sup>300</sup>.

L'essenza, dunque, della punizione prende corpo nell'espressione di "disapprovazione sociale" che deve essere, piú ancora della

---

<sup>300</sup> Specifica l'autore : «To say that the very physical treatment itself expresses condemnation is to say simply that certain forms of hard treatment have become the conventional symbols of public reprobation. Reprobation is itself painful, whether or not it is accompanied by *further* "hard treatment", and hard treatment, such as fine or imprisonment, because of its conventional symbolism, can itself be reprobatory. Still , we can conceive of ritualistic condemnation unaccompanied by any further hard treatment, and of inflictions and deprivations which, because of different symbolic conventions, have no reprobative force», («Per dire che il trattamento estremamente fisico da solo esprima condanna é dire semplicemente che certe forme di trattamento duro sono diventate il simbolo convenzionale della riprovazione pubblica. Il rimprovero è doloroso di per sé, anche se non è accompagnato da altro "trattamento duro", e il trattamento duro, come la multa o la reclusione, per la sua simbologia convenzionale, può essere di per sé di rimprovero. Ancora, si può concepire una condanna rituale senza che sia accompagnata da alcun ulteriore trattamento duro, e da afflizioni e privazioni che, a causa di diverse convenzioni simboliche, non hanno forza di rimprovero»), così FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in *Doing and Deserving*, cit., p. 96 .

pena, in concreto irrogata e che deve corrispondere in termini proporzionali al crimine commesso<sup>301</sup>: «la sofferenza della pena deve corrispondere alla colpevolezza solo nei limiti in cui la sua inflizione è veicolo simbolico della pubblica condanna»<sup>302</sup>.

Nel medesimo frangente è la stessa teoria del principio del danno ad offrire un'ulteriore profilo necessario a caratterizzare i valori meritevoli di tutela, il principio dell'offesa (*offence principle*)<sup>303</sup> per «conseguire adeguatezza morale».

Il principio del danno, è stato autorevolmente

---

<sup>301</sup> Così FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, cit., p. 600.

<sup>302</sup> così FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in *Doing and Deserving*, cit., p. 118 .

<sup>303</sup> Così FEINBERG, *Harm to the Others. The moral limits of the Criminal Law*, cit. p. 14, in cui l'Autore richiama le riflessioni di John Stuart Mill.

sostenuto<sup>304</sup>, potrebbe esser riassunto nel seguente enunciato : «il danno a persone diverse dal soggetto (su cui grava il divieto di agire) è sempre un buon motivo a sostegno della legislazione penale, probabilmente esso sarebbe efficace nella prevenzione (eliminazione, riduzione) e non vi è probabilmente nessun altro mezzo che sia ugualmente efficace, senza alcun maggior sacrificio per gli altri valori»<sup>305</sup>.

Il concetto cardine di questa teoria americana è quello di danno illecito, *wrongfull harm*, in

---

<sup>304</sup> FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, cit., p. 609.

<sup>305</sup> Testualmente «it is always a good reason in support penal legislation that it would probably be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) and there is probably no other means that is equally effective at no greater cost to other values», FEINBERG, *Harm to the Others. The moral limits of the Criminal Law*, cit. p. 45.

cui un danno, per potersi realmente dirsi tale<sup>306</sup>, deve necessariamente rispondere a dei requisiti, di cui il primo ad emergere è

---

<sup>306</sup> Secondo Feinberg, l'agente «A» danneggia il soggetto passivo «B» nell'ipotesi in cui «1. A act ... 2. in a manner which is defective or faulty in respect to the risks it creates to B, that is, with the intention of producing the consequences for B that follow, or similiary adverse ones, or with negligence or recklessness in respect to those consequence; and 3. A's acting in that manner is morally indefensible, that is, neither excusable nor justifiable; and 4. A's action is the cause of setback to B's interests, wich is also 5. a violation of B's right. In a short, A wrongs B (definied by conditions 1, 2, 3 and 5) and harms his interests (condition 4)», (FEINBERG, *Harm to the Others. The moral limits of the Criminal Law*, cit. pp. 105 e 106) vale a dire 1. un atto 2. che si presenti in un modo che sia difettoso (manchevole diremmo) o colpevole rispetto ai rischi che si creano a B, cioè con l'intenzione di produrre le conseguenze per B che seguono, o similmente effetti negativi, o per negligenza o imprudenza in relazione a tali conseguenze; e 3. l'agire di A in tal modo è moralmente indifendibile, cioè, né giustificabile né scusabile e 4. l'azione di A è la causa del pregiudizio agli interessi di B, che è anche 5. Una violazione del diritto di B. In breve, A fa un torto a B (definito dalle condizioni 1, 2, 3 e 5) e danneggia i suoi interessi (condizione 4) ».

senz'altro la sua rimproverabilità<sup>307</sup>, il suo essere «*morally indefensible*», moralmente indifendibile: «un fatto illecito scusato giustificato non é piú nemmeno un fatto illecito, se non è illecito non c'è nemmeno un danno per grave esso sia»<sup>308</sup>.

Le speculazioni nate da questa teoria hanno portato ad una sintesi di come debba, pertanto, essere un fatto offensivo e dannoso per esser meritevole di pena.

Partendo, dunque dal presupposto che la pena ha come essenziale portato quello di una condanna morale<sup>309</sup>, e altresì posto che tale condanna provochi «un immenso impatto distruttivo sugli interessi umani»,

---

<sup>307</sup> FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, cit., p. 609.

<sup>308</sup> Così FEINBERG, *Harm to the Others. The moral limits of the Criminal Law*, cit., p. 109.

<sup>309</sup> FEINBERG, *Harm to the Others*, cit., p. 24.

presentandosi «come un grave illecito morale laddove si superi i limiti di legittimità morale»<sup>310</sup>, ne deriverebbe necessariamente che sia moralmente inaccettabile punire ciò che non sia un danno illecito o un'offesa illecita ad altri<sup>311</sup>.

Da tale considerazione discenderebbe, pertanto, che si deve far ricorso alla pena, che, in tale ottica è prima di tutto un simbolo o una espressione di disapprovazione sociale, solo quando è assolutamente indispensabile come rimedio per quelle situazioni in cui si è provocato un danno illecito, "moralmente

---

<sup>310</sup> FEINBERG, *op. ult. cit.*, p. 4.

<sup>311</sup> Questa l'analisi di EDMUNDSON, *Comments on Richard Arnenson's "Joel Feinberg And the Justification Of Hard Paternalism"*, in *Legal Theory*, 11, 2005, 285-291.

indifendibile”, cioè rimproverabile<sup>312</sup>, vale a dire, tradotto, dunque, nel nostro linguaggio, non fermare l’analisi alla sola valutazione sul disvalore dell’evento, ma spostare l’accento sul disvalore della condotta con cui si è procurato il danno o l’offesa<sup>313</sup>.

---

<sup>312</sup> É stato in tal senso acutamente osservato che «se nella ricostruzione feimberghiana gli effetti “moralì” della pena ne impongono una riduzione dell’ambito applicativo attraverso il principio del danno, essi sono anche quelli che delimitano la rilevanza penale del danno a quello che sia stato cagionato illecitamente. Nel linguaggio del diritto penale italiano: non é pensabile che la sanzione penale si faccia veicolo di un rimprovero rispetto a fatti la cui realizzazione non sia personalmente rimproverabile al soggetto; se, dunque, al disvalore di evento non si accompagna anche un disvalore di azione. La tutela degli interessi per mezzo della sanzione penale può trovare quindi legittimazione solo in termini personalistici», in tal senso FORTI, *Principio del danno e legittimazione “personalistica” della tutela penale*, cit., p. 614.

<sup>313</sup> L’Autore ravvisa in questa ricostruzione il limite di demarcazione tra liberalismo e paternalismo nel consenso del danneggiato, il *volenti* (tratto dal brocardo latino *volenti non fit iniuria*, FEINBERG, *Harm to the Others*, cit., p.11), lo spunto attiene al negare la caratteristica di illecito al danno provocato ad una persona che lo desidera, perché

tale danno non sarebbe né ingiusto né illecito (p. 115).

« Whereas the harm principle is understood to employ the word "harm" in the sense of "wrongful injury" (so that "to harm" means in part "to wrong"), legal paternalism, as defined in section 1 of this chapter, employs the word "harm" in the sense of simple setback to interest whether "wrongful" or not. It follows that the harm principle is mediated in its application by the *Volenti* maxim whereas legal paternalism is not. B's consent to A's action, even though that action harmful or dangerous to B's interests, exempts A from criminal liability under the harm principle but does not exempt him under indirect legal paternalism.

Consider how these distinctions work out in practice. Suppose that A and B have agreed that A, either as a gift or for a price, will do something that seems to endanger B's interests. The danger of harm to B is treated in significantly different ways by rules derived from the harm principle alone and rules derived from legal paternalism.

The harm principle says in effect to A, "You may not do anything that will probably harm B", and then adds, "except (of course) with B's consent". The exceptive clause indicates that "harms" is used partly in the sense of "wrong", and that the harm principle, is mediated by *volenti*, which decrees that for the purpose of the principle, consented-to harm is not to count as harm.

Indirect legal paternalism says in effect to B, "A may not do what you wish him to do (are willing to have him do) if it will probably harm you", and then adds, "whether you consent or not". "In order to protect you from your own bad judgement (in consenting) and from A's harmful act, the law may threaten A with criminal liability if he does what

you, in your foolishness, wish (or are willing for) him to do": The denial of exonerating effect to B's consent indicates that this principle employs the word "harm" in the sense of simple damage to interests, and is not mediated by volenti», così FEINBERG, *Harm to Self*, New York, 1986, p. 11.

Testualmente traducibile: « Considerando che il principio del danno si intende impiegare il termine "danno" nel senso di "lesione illecita" (così che "danneggiare" voglia dire in parte "fare un torto illecito"), il paternalismo giuridico, così come definito nel paragrafo 1 del presente capitolo, impiega la locuzione "danno" nel senso di semplice pregiudizio (lesione) ad un interesse sia esso "illecito" o meno. Ne consegue che il principio del danno subisce una deroga nella sua applicazione a fronte della massima del *volenti* (*volenti non fit iniuria*). Il consenso di B all'azione A, anche se tale azione sia nociva (nel testo *harmful*) o pericolosa per gli interessi di B, alla luce del principio del danno esenta A dalla responsabilità penale, ma non lo esenta ai sensi, invece, del paternalismo giuridico indiretto (nel testo detto con l'espressione: *does not exempt him under indirect legal paternalism*).

Si consideri come queste distinzioni funzionano nella pratica. Si supponga che A e B abbiano convenuto che A, tanto a titolo gratuito quanto a titolo oneroso, faccia qualcosa che sembra minacciare gli interessi B. Il pericolo di un danno a B è trattato in modo significativamente diverso dalle regole derivate dal solo principio del danno rispetto al modo previsto dalle regole derivato dal paternalismo giuridico.

Il principio del danno dice in sostanza ad A, "tu non puoi fare nulla che probabilmente danneggerà B", e poi aggiunge, "ad eccezione (ovviamente) di

Secondo tale pensiero, dunque, la legittimazione morale della potestà punitiva risiede non semplicemente nell'astratta idoneità di una condotta a provocare un danno o un'offesa, ma che sia altresì rimproverabile, con l'unico limite del consenso espresso del

---

ciò che ti consente B". La clausola limitativa indica che "danno" è utilizzato in parte nel senso di "danno illecito-torto" (testualmente: *wrong*), e che il principio del danno, subisce una deroga nella sua applicazione a fronte della massima del *volenti non fit iniuria*, il quale stabilisce che, ai fini del principio, il consenso al danno non fa sí che non sia qualificabile come danno (letteralmente : *which decrees that for the purpose of the principle, consented-to harm is not to count as harm*).

Il paternalismo giuridico indiretto dice in sostanza a B, "A non può fare quello che ti vuoi egli faccia (che sei disposto a fargli fare) se è probabile che ciò ti danneggi", e poi aggiunge, "malgrado tu acconsenta o meno". "Al fine di proteggerti dal tuo cattivo giudizio (nell'acconsentire) e da atto dannosi di A, la legge può minacciare A con la responsabilità penale se fa quello che, nella vostra stoltezza, desideri (o sei disposto) che lui faccia" : La negazione a legittimare la validità di consenso di B indica che questo principio impiega il termine "danno" nel senso di semplice pregiudizio-lesione agli interessi, e subisce una deroga nella sua applicazione a fronte della massima del *volenti non fit iniuria*».

titolare degli interessi pregiudicati da tale condotta<sup>314</sup>.

Nella teoria del principio del danno sembrerebbe essere emersa questa particolare accezione di "danno rimproverabile"<sup>315</sup> in cui risiederebbe l'esigenza di trasmettere

---

<sup>314</sup> Per invalidare tale assunto si è utilizzato l'esempio che potrebbero esservi situazioni dannose malgrado il consenso prestato nel caso in cui l'agente disponesse di informazioni «nemmeno remotamente ... accessibili» al danneggiato, conoscenze che non si poteva supporre che questi non avesse o che non si poteva ragionevolmente prevedere che avesse, in questo caso, nel pensiero dell'Autore, non si potrebbe ragionevolmente parlare di consenso volontario, «il consenso dovrebbe essere pienamente volontario e il consenso della persona é pienamente volontario solo quando essa é una persona adulta competente e integra, non minacciata, fuorviata o ingannata su fatti rilevanti, né manipolata da sottili forme di condizionamento» (FEINBERG, *Harm to the Others*, cit., p.116), in cui chi scrive sembra scorgere la vecchia categoria giuridica dei vizi del consenso (dolo, violenza, errore).

<sup>315</sup> Se la sanzione altresì contiene, come esplicitamente sostiene Feinberg, un giudizio di rimprovero, allora ecco che la pena deve avere una "legittimazione personalistica", cfr. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, cit., p. 623.

all'agente il senso della gravità della violazione e, di conseguenza, di appartenenza alla comunità<sup>316</sup>, ma per quanto tale teoria abbia destato molteplici note critiche, ha anche fornito lo spunto per due sviluppi in tema di meritevolezza ed essenza della pena e di sussidiarietà del diritto penale.

Una simile teoria della pena fondata sul principio del danno di matrice statunitense, da un lato, sembra implicare il riferimento a certi modelli di condotta, vale a dire che se la pena ha come sua caratteristica la funzione

---

<sup>316</sup>In tal senso FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, cit., p. 624, richiamando il pensiero di Bennett secondo cui «la visione denunciatoria della pena é dunque fondata su un'espressione di attenzione e rispetto nei confronti dell'autore del reato, considerato "come uno di noi", come uno partecipe ad un progetto condiviso», così BENNETT, *State Denunciation of Crime*, in *Journal of Modern Philosophy*, 2006, pp. 299-300.

espressiva di un rimprovero, rimprovero personale, dunque non può che avere come corollario quello che meritevole di pena sia non il danno, ma bensì "il torto morale"<sup>317</sup>. Correlativamente, da tale teoria è stata tratta un'ulteriore dimostrazione della assoluta necessità di inquadrare la sanzione penale

---

<sup>317</sup> Osservava in tal senso Bennett «it is the fact of moral wrongdoing, and not the causing of harm, that gives the state sufficient reason to have an institution for expressing collective condemnation ... this makes the sense on a view of the criminal law as part of a collective attempt to live up to certain standards behavior, rather than one on which the criminal law simply an efficient technique for reducing harm and promoting security», così BENNETT, *State Denunciation of Crime*, in *Journal of Modern Philosophy*, cit., p. 304, testualmente «a dare una ragione di stato sufficiente per avere un istituto per esprimere una condanna collettiva é il torto/illecito morale, e non il causare il danno, ... questo rivela una visione del diritto penale come parte di un tentativo collettivo di vivere su certi standards di comportamento, piuttosto che un diritto penale che sia semplicemente un efficiente tecnica per ridurre i danni e promuovere la sicurezza», in tal senso cfr. altresì FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, cit., p. 626.

come *extrema ratio* nell'intervento del legislatore, postulando che da essa sia ulteriormente inferibile il dato che non si dovrebbe procedere all'emanazione di norme incriminatrici a fronte di situazioni in cui il rimprovero personale non fosse assolutamente necessario alla tutela e, altresì, quando tale manifestazione di condanna della collettività non sia idonea ad orientare scelte responsabili tra i destinatari che non siano dunque condizionate solo da valutazioni afferenti la mera afflittività della conseguenza edittalmente prevista<sup>318</sup>.

Ne deriverebbe pertanto una visione residuale e relativa del diritto penale<sup>319</sup> in cui il

---

<sup>318</sup> In tal senso FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, cit., p. 625.

<sup>319</sup> FORTI, *loc.ult.cit.*, p. 628.

l'offensività ed il bene giuridico ne diventano i parametri selettivi, mentre il ricorso alla pena diventerebbe solo una delle vie percorribili per la risoluzione delle contingenze all'attenzione del legislatore.

Quel che però, in conclusione, ci sembra di poter scorgere nell'analisi del principio del danno e dei suoi rapporti col principio di offensività, e dei risvolti di questo confronto in termini di pena, è che presti un po' il fianco alla critica che la teoria dell'*harm principle* difficilmente sembra distinguere tra "danno" civile, "offesa" penale e "torto morale", spostando l'analisi del dover essere dell'ordinamento da un piano squisitamente giuridico ad uno eminentemente etico-filosofico.

I tre concetti appena richiamati hanno un portato ed una matrice che li rende assolutamente diversi, in quanto i primi due istituti appartenenti al mondo del diritto e tra loro, a loro volta, con contenuti, limiti e funzioni diversissime, il terzo, invece, del tutto estraneo ad un sistema giuridico laico e secolarizzato, mondato altresì dalla memoria del concetto di Stato etico.

## **5. Le principali dottrine sulla distinzione tra offesa e danno.**

Danno<sup>320</sup> ed offesa hanno di certo un tratto

---

<sup>320</sup> Pare opportuno tenere presente che il nostro

---

sistema risarcitorio civile comprende diverse categorie di danni, raggruppati in due grandi gruppi: i danni patrimoniali e i danni non patrimoniali. Dal 2003, la giurisprudenza di legittimità ha ricondotto alla categoria non patrimoniale anche il danno biologico, ed attualmente si può quindi affermare che fanno parte del gruppo non patrimoniale: a) il danno morale soggettivo; b) il danno biologico; c) il danno esistenziale. Parte della dottrina e una giurisprudenza minoritaria non utilizzano la definizione di danno esistenziale, preferendo ricorrere a denominazioni alternative come danno da lesione di valori della persona (per tutti si veda PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *D.Resp.*, 2004, pp. 5 ss.; ID., *Una "nuova" stagione del danno non patrimoniale? Le Sezioni Unite e il caso Seveso*, in *D. Resp.*, 2004, pp. 502-504) o danno non patrimoniale (in tal senso MONATERI - BONA - OLIVA *Il nuovo danno non patrimoniale*, Milano, 2004, *passim*). Possono essere ricondotti al danno non patrimoniale anche il danno tanatologico o danno da morte iure proprio, che allo stato, però, non viene riconosciuto dalla giurisprudenza e che si identifica nel danno patito direttamente dall'ucciso. Della categoria patrimoniale fanno invece parte le tradizionali categorie del danno emergente e del lucro cessante o mancato guadagno. La perdita di chances è una voce particolare di pregiudizio, che può riguardare tanto un danno patrimoniale (la perdita delle chances di conseguire un lucro) che un danno non patrimoniale (la perdita di chances di guarigione). La perdita di chances identifica la perdita delle possibilità di conseguire un risultato. Il danno patrimoniale va identificato con il

---

pregiudizio di natura economica, ossia quel pregiudizio che il danneggiato risente nella sua sfera patrimoniale. Il risarcimento del danno patrimoniale ha come scopo quello di colmare la differenza tra la situazione economica attuale del danneggiato e quella in cui si sarebbe trovato se l'illecito o l'inadempimento non vi fossero stati. L'art. 1223 c.c. distingue i danni patrimoniali nella perdita e il mancato guadagno, tradizionalmente identificati nel danno emergente e nel lucro cessante. La distinzione tra le due principali categorie di danno patrimoniale rimane valida ed ha radici antiche. Risalente, ma ancor valida dottrina (cfr. DE CUPIS, *Il danno*, Milano 1954, pp. 150 ss.; ID., *I fatti illeciti*, Vallardi, Como, 1970, *passim*) affermava che il fondamento della distinzione tra le due categorie di danno patrimoniale risiede nell'attualità, o meno dell'interesse: se oggetto del danno è un interesse attuale, ovverosia l'interesse relativo a un bene già spettante ad una persona nel tempo in cui il danno medesimo è cagionato, si ha un danno emergente; se, viceversa, oggetto del danno è un interesse futuro, ovverosia l'interesse relativo a un bene non ancora spettante a una persona, si ha un lucro cessante. Va però precisato che le nozioni di danno emergente e lucro cessante non coincidono con quelle di danno presente e danno futuro, distinzione che riguarda invece la verifica - o meno - di un danno al momento in cui ce se ne occupa. Il danno morale viene tradizionalmente identificato con il patema d'animo, la sofferenza interiore, l'ingiusta sofferenza causata dall'illecito altrui. Il danno morale va quindi sicuramente riferito al complesso dei sentimenti, delle affezioni, e dello stato d'animo del danneggiato. Il danno biologico, o danno alla salute, nato in ambito

---

dottrinario ha avuto grande sviluppo dopo che la Corte costituzionale, in una nota sentenza (Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184, *FI*, 1986, I, 2053; *NGCC*, 1986, I, 534; *RCP*, 1986, 520) affermò il diritto al risarcimento del danno alla salute (danno biologico), fondandolo sul combinato disposto dell'art. 2043 c.c. e dell'art. 32 Cost. Il danno biologico è stato oggetto di diverse definizioni legislative, seppure settoriali: il d.lg. 23.2.2000 n. 38 per il risarcimento del danno biologico in ambito INAIL, la l. 5.3.2001 n. 57 per il risarcimento delle microlesioni da sinistro stradale e, più recentemente, l'art. 138, 2° co., del Codice delle assicurazioni, per cui costituisce danno biologico la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito. Tutte queste definizioni concordano nell'identificare il danno biologico come un danno alla salute medicalmente accertabile. Al danno biologico è riconducibile anche la sua variante del danno psichico, inteso come il danno all'integrità psico-fisica consistente in una malattia di natura psichiatrica. Il danno esistenziale è stato inizialmente inteso come categorie ricomprendente i danni a tutti i diritti fondamentali della persona diversi dal diritto alla salute, che per l'interpretazione più restrittiva vanno individuati nei diritti tutelati dalla Costituzione; attualmente la definizione più autorevole è quella offerta dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza 24 marzo 2006, n. 6572 (in *Giur.It.*, 2006, 1359; *Resp.Civ.Prev.*, 2006, 1041) per cui il danno

comune, l'elemento della lesione, ma sono entità giuridicamente diverse, che operano su piani diversi e con conseguenze distinte nel contenuto, nei limiti, nella funzione e pertanto anche nella finalità: «risarcimento del danno e pena, storicamente figli della medesima idea, sono diventati estranei nel corso del

---

esistenziale va identificato in ogni pregiudizio che l'illecito provoca sul fare areddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. Come ha osservato la dottrina (in tal senso CENDON, *Danno esistenziale ed ossessioni negazioniste*, in *Resp.Civ.Prev.*, 2007, pp. 284 ss., Id. CENDON, *Danno esistenziale: segreti e bugie*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2006, pp. 86 ss.), il danno esistenziale costituisce un danno che riguarda il fuori della persona, e ciò lo distingue dal danno morale, che invece riguarda il dentro ; sul tema si vedano anche PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell'art. 2059 esclude il danno esistenziale*, in *Nuova Giur.Civ.Comm.*, 2007, I, pp. 784 ss.; TRAVAGLINO, *Danno esistenziale tra metafisica e diritto*, in *Foro.It.*, 2007, I, pp. 71 ss..

tempo»<sup>321</sup>.

Il concetto di "offesa", si è visto, nel linguaggio della scienza penale, attualmente incarna e coincide, quantomeno tendenzialmente, con la lesione o messa in pericolo di un bene-interesse-valore giuridicamente tutelato da una norma penale: la coincidenza è tendenziale perché il reato potrebbe sempre tornare ad esser concepito, costruito o riconosciuto anche secondo parametri alternativi a quello della tutela di beni<sup>322</sup>, ad esempio, potrebbe tornare ad esser inquadrato in categorie morali e divenire una semplice violazione doveri etici e, in un approccio di tipo formalistico, ridursi a mera disubbidienza o

---

<sup>321</sup> Così HORTEN, *Schadenersatz und Strafe*, Wien, 1905, p. 5.

<sup>322</sup> Così DONINI, *"Danno" ed "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 1549.

non uniformità a pretesi o imposti modelli comportamentali<sup>323</sup>.

Sempre più diffuse sono, infatti, oggi le forme di reato che sembrano imporre modelli di comportamento orientati alla prudenza, alla correttezza, alla precauzione, senza che si arrivi anche solo a metter in pericolo un bene giuridico: non è mancato, dunque, chi in tale quadro, autorevolmente non abbia esitato a parlare di *diritto penale del comportamento*<sup>324</sup> per indicare appunto questo tipo di orientamento che parrebbe aver assunto la moderna legislazione: un diritto che, in nome di una forma di tutela preventiva, sembra

---

<sup>323</sup> Ovviamente ciò imporrebbe una radicale modifica del dettato costituzionale, in quanto quell'inciso "nessuno può esser punito per un *fatto*", art. 25 II comma Cost., attualmente non lo consentirebbe.

<sup>324</sup> Per tutti si veda STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, pp. 523 ss.

anche aver dimenticato l'essenza stessa del proprio strumentario<sup>325</sup>, che in nome della prevenzione dei "danni", portando all'assurda conseguenza che pare ormai si stia rischiando di punire anche prima dell'«offesa» in senso stretto.

In termini meramente oggettivi, infatti, seppur l'offesa al bene giuridico venga tecnicamente chiamata anche "*danno criminale*"<sup>326</sup>, il

---

<sup>325</sup> Una prevenzione cercata sempre attraverso la pena, cioè con uno strumento che del reato ne è comunque conseguenza, ostinarsi nella contraddittorietà di prevenire solo "dopo" il reato.

<sup>326</sup> In tal proposito circa un secolo fa l'Autore del nostro codice aveva operato una famosa tripartizione, «distinguendo tra: *a) il danno immediato*, vale a dire l'offesa, il danno criminale [in senso stretto, in tal senso anche DONINI, "*Danno*" ed "*offesa*" nella *c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 1550], consistente appunto nella lesione o nella esposizione a pericolo dell'interesse protetto; *b) il danno sociale*, consistente nella lesione dell'interesse dello Stato al mantenimento delle condizioni della propria esistenza *c) il pericolo sociale*, consistente nel pericolo di futuri reati derivanti dal reato

---

commesso; pericolo che viene considerate come un effetto psico-sociale del reato e si concreta nella possibilità di recidiva da parte del reo, di vendetta criminali private e di pubbliche rappresaglie [ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giudica penale*, cit., *passim*]. Contro il pericolo sociale si é obbiettato che esso, pur essendo tutt'altro che privo di importanza, non può essere assunto a nota caratteristica del reato, sia perché per la sua estrema variabilità non é suscettibile di accertamento rigoroso, sia perché nei reati minimi non si presenta o si presenta trascurabile, sia perché allarme sociale può derivare, anche da illeciti extra-penali. Quanto al c.d. *danno sociale*, dipendendo la sua configurazione dalla impostazione conferitagli dagli scritti di Rocco, il quale ravvisava due oggetti giuridici sostanziali (l'interesse aggredito e l'interesse alla tutela giuridica) ... [si veda *retro*, precedente nota n. 142], esso non può accogliersi *sic et simpliciter*, poiché l'interesse dello Stato alla tutela giuridica non costituisce un vero oggetto del reato. Secondo autorevole dottrina contraria, infatti, per *danno sociale* devono intendersi fenomeni di privilegio sociale nascente dal reato, in tal senso conseguenti al reato e potevano a giusto titolo esser definite a pieno titolo come danni (così ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, cit. p. 103), la violazione dell'interesse dello Stato al mantenimento delle condizioni di esistenza della società avrebbe invece costituito la «ragione del divieto» (*op.ult.cit.*, p. 102). Tuttavia in esso é stata ravvisata l'intuizione di una profonda verità, in quanto nel reato esiste sempre, oltre al danno particolare, un danno pubblico o sociale, il quale soltanto spiega l'intervento dello Stato con la sanzione punitive; intervento che, fra l'altro, si

legislatore, quando parla di danno, ragionevolmente sembrerebbe alludere in genere al danno<sup>327</sup> in altro senso, vale a dire in senso civilistico, patrimoniale o non patrimoniale, ne sarebbero un esempio gli artt. 62, n. 6 (circostanza attenuante del risarcimento del *danno* e della attenuazione o eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato), 165 (riparazione del danno o eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose come condizione per la concessione della sospensione condizionale della pena), e 185, 2° co. (l'obbligo per chi ha commesso un reato che abbia cagionato un

---

effettua in modo obbiettivo, senza che al private sia lasciato, di regola, alcun potere per la realizzazione delle conseguenze giuridiche» così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit. p. 204.

<sup>327</sup> Per il significato attribuito al concetto di danno dalla dottrina italiana *infra*.

danno anche non patrimoniale al risarcimento)<sup>328</sup>.

---

<sup>328</sup> Sull'argomento PAOLI, *Il reato, il risarcimento e la riparazione*, Bologna 1925; CARNELUTTI, *Il danno ed il reato*, cit.; ANTOLISEI, *L'offesa ed il danno nel reato*, Bergamo, 1930; FROSALI, *Reato, danno e sanzione*, Padova, 1932. Si veda altresì CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1931, pp. 171 ss.; DE MARSICO, *Contributo alla determinazione del concetto di danni risarcibili*, in *Annali dir.proc.pen.*, 1933, pp. 425 ss.; DALIA, *L'archiviazione e il problema della risarcibilità dei danni non patrimoniali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1964, pp. 714 ss.; TAGLIARINI, *Il risarcimento del danno. Profili storici ed evoluzione attuale*, in *Ind.pen.*, 1973, pp. 475 ss.; PISANI, *Il risarcimento del danno da reato nell'ordinamento*, *ivi*, 1974, pp. 5 ss.; GREVI, *Risarcimento dei danni da reato e lavoro penitenziario*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1975, pp. 55 ss.; CORBETTA, *La risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Dir.pen.proc.*, 1996, pp. 369 ss.; GUERINI, *Le sanzioni civili*, in BRICOLA - ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Parte generale*, Torino, 1996, pp. 93 ss.; DE CARO, voce *Responsabile civile*, in *Dig.disc.pen.*, XII, 1997, Torino, pp. 93 ss.; PENNISI, voce *Parte civile*, in *Enc.dir.*, Agg. I, Milano, 1997, pp. 783 ss.; ZENO ZENCOVICH, voce *Sanzioni civili conseguenti al reato*, in *Dig.disc.pen.*, XII, Torino, 1997, pp. 1 ss.; RIZZO, *Il risarcimento del danno come possibile risposta*

Relativamente di recente, tuttavia, il vocabolario del legislatore sembrerebbe essersi arricchito di questa consapevolezza: la legislazione, infatti, parrebbe tradire ultimamente un ricorso ai termini "danno" e "pericolo" conseguenza della condotta anche nel senso di offesa al bene tutelato, vale a dire nell'accezione proprio di effettiva aggressione al bene giuridico, di lesione o minaccia dell'interesse protetto<sup>329</sup>.

L'art. 34 del D.lgs. 274 del 2000, in tema di particolare tenuità del fatto per i reati di competenza del giudice di pace, si esprime in termini sia di danno cagionato col reato, vale a

---

*penale?*, in *Dir.pen.proc.*, 1997, pp. 1171 ss.; FIORDALISI, *il danno criminale*; Torino, 2006.

<sup>329</sup> FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, pp. 51 ss.; in tal senso anche DONINI, "Danno" ed "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti, cit., p. 1551.

dire il danno nei termini classici del diritto civile e nel senso proprio di effetto o risultato naturalisticamente dannoso o pericoloso alla condotta, e sia come lesione e minaccia all'oggetto di tutela conseguente al reato, insomma, evocando quello che, come noto, veniva definito nella tradizione illuministica come "danno criminale", o piú semplicemente offesa.

Sono d'altra parte le stesse espressioni del codice penale a sottolineare come l'«*offesa*», dunque, sia concetto afferente a tutt'altre situazioni rispetto a quelle cui, invece, si riferisce il termine «*danno*»: le locuzioni "evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato", artt. 40, 42, 43, 49 c.p., è di tutta evidenza abbiano ad oggetto

l'«evento»<sup>330</sup> in senso naturalistico tipicamente previsto dalla fattispecie, mentre quello di «offesa», anche per il legislatore, evocherebbe situazioni che riguardano proprio all'effettiva lesione o messa in pericolo, a seconda della tipizzazione della fattispecie, del

---

<sup>330</sup> Per la *concezione naturalistica* dell'evento, vale a dire dottrina secondo cui la locuzione "evento" usata dal legislatore avrebbe come significato quello di effetto naturale della condotta umana tipicamente descritto nella norma incriminatrice (così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit. p. 133), e la sua contrapposizione alla *concezione giuridica*, per cui l'evento sarebbe la lesione o messa in pericolo dell'interesse giuridicamente protetto ad essa legato logicamente da un nesso di causalità (così F. MANTOVANI, *op.ult.cit cit.*, p. 134), si veda: ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, pp. 73 ss.; ID., *L'evento ed il nuovo codice penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1938, pp. 3 ss.; GRISPIGNI, *L'evento come elemento costitutivo del reato*, in *Annali dir.proc.pen.*, 1934, pp. 857 ss.; SANTAMARIA, voce *Evento*, in *Enc.dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, pp. 118 ss.; STELLA, *La «descrizione» dell'evento*, Milano, 1970; MAZZACUVA, *Il disvalore dell'evento*, cit.; ID., voce *Evento*, in *Dig.disc.pen.*, vol. IV, Torino, 1990, pp. 445 ss.; CARACCIOLI, voce *Evento*, in *Enc.giur.*, vol. XIII, Roma, 1989, pp. xxx

bene giuridico, si pensi esemplificativamente all'art. 82 c.p.<sup>331</sup>, in questo senso, è stato osservato che «il lessico legislativo è persino piú pregnante e suggestivo di quello dottrinale: l'offesa penale è costituita dalle

---

<sup>331</sup> Sul reato aberrante si rimanda a BETTIOL, *Sul reato aberrante*, in *Studi Massari*, Napoli, 1938; DE MARSICO, *Colpa per inosservanza di legge e reato aberrante*, in *Annali.dir.proc.pen.*, 1940, pp. 237 ss.; DELITALA, *In tema di «aberratio ictus»: unità o pluralità di reati?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1948, pp. 322; CONTI, voce *Aberratio (ictus, delicti, causae)*, in *Noviss.dig.it.*, Vol. I, Torino, 1957, pp. 37 ss.; M. GALLO, voce *Aberratio*, in *Enc.dir.*, Vol. I, Milano, , 1958, pp. 58 ss.; M. ROMANO, *Contributo all'analisi dell'«aberratio ictus»*, Milano, 1970; REGINA, *Il reato aberrante*, Milano, 1970; ID. Voce *Reato aberrante*, in *Enc.giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991; PATRONO, *Rilievi sulla c.d. «aberratio ictus» plurilesiva*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1973, pp. 86 ss.; BOScareLLI, *Riflessioni in tema di responsabilità penale anomala*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, pp. 893 ss.; DE SIMONE, *Ancora sul concetto di evento nell'aberratio delicti*, in *Foro it.*, 1988, II, pp. 175 ss.; CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, in *Dig.disc.pen.*, vol. XI, Torino, 1996, pp. 166; G.A. DE FRANCESCO, *Aberratio, Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino, 1998; TRAPANI, *La divergenza tra il «voluto» e «realizzato»*, Torino, 2006.

“conseguenze dannose o pericolose del reato”, dall’esigenza che il reato ... abbia, dunque, conseguenze dannose o pericolose»<sup>332</sup>.

Il reato dunque è essenzialmente offesa ad un bene giuridico, senza che necessariamente debba esserci anche un danno inteso in termini civili: concettualmente appartengono a due “mondi” diversi, il danno si manifesta sul piano naturalistico, è conseguenza del fatto di reato<sup>333</sup> che ne genera altre positivamente determinate<sup>334</sup> eliminabili con le forme di

---

<sup>332</sup> Così DONINI, *"Danno" ed "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 1552, il quale rimanda anche, «per uno schizzo di storia dogmatica al riguardo» a DONINI, *Teoria del reato*, in Dig.disc.pen., vol. XIV, Torino, 1999, pp. 265-270.

<sup>333</sup> Per tale distinzione si veda DE MATTEIS, *Danno «evento» e danno «conseguenza»*, in CENDON (a cura di), *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, vol. I, Torino, 2005, pp. 171-199.

<sup>334</sup> Il danno, secondo la Suprema Corte, costituisce una delle componenti dell'illecito civile, nozione complessa, articolata in più elementi

estinzione proprie delle obbligazioni: l'offesa opera invece su un altro piano, quello squisitamente giuridico e dà luogo ad altre conseguenze, come ad esempio alla pena, e, pertanto, anche ad altre forme di riparazione.

---

tradizionalmente identificati nel fatto, nell'elemento soggettivo, nel nesso di causalità, nell'evento e, per l'appunto, nel danno. Secondo la teoria che postulava l'esistenza di danni-evento contrapposti a danno-conseguenza, in determinati casi danno ed evento coincidono, ma la Cassazione al contrario ha precisato che nella struttura della responsabilità aquiliana il danno, sia esso patrimoniale che non patrimoniale, non si identifica con l'evento illecito, ma è una conseguenza dello stesso, cioè un pregiudizio subito dal danneggiato (Cass., ord., 1 dicembre 2004 n. 22586, *LCC*; Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, *DResp*, 2006, 269). La Cassazione ricostruisce quindi il danno come una conseguenza dell'evento, e quindi come elemento esterno all'illecito. Se sussiste solo il fatto lesivo, ma non vi è un danno conseguenza, non c'è obbligo di risarcimento. Altro corollario dell'abbandono della distinzione tra danni-evento e danni-conseguenza è l'autonoma risarcibilità del danno morale anche in assenza di un danno biologico, sancita dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza 21 febbraio 2002, n. 2515 (*FI*, 2002, I, 999; *RCP*, 2002, 726). Precedentemente infatti alcuni affermavano che il danno morale era risarcibile come conseguenza del danno biologico, danno-evento per eccellenza.

Si può immaginare un reato senza danno, ed un danno senza reato, ma non è ipotizzabile un reato senza offesa o un offesa in senso tecnico senza reato: l'offesa è un elemento essenziale del reato, il danno ne è uno meramente accidentale.

L'offesa penale, non è meramente risarcibile in termini economico-civilistici come il danno, non può dar luogo a nessuna forma di riparazione che, se voglia davvero avere una effettiva funzione di neutralizzazione dei suoi effetti negativi, non passi attraverso la risocializzazione del reo<sup>335</sup>.

Nel linguaggio della scienza penale, dunque,

---

<sup>335</sup> Non solo dove il bene giuridicamente tutelato sia un valore economicamente valutabile, ma anche quando l'offesa ed il danno sono sovrapponibili e coincidenti, in tal senso anche DONINI, *Teoria generale del reato. Una introduzione*, cit., p. 57.

una certa attenzione merita il concetto di “*danno*”, in quanto storicamente ha avuto un iter che necessita di una trattazione particolare, attesa la diversità assunte dalla dottrina in relazione a tale concetto.

a) Una prima autorevole teoria attribuisce al “*danno*” una particolare connotazione, lo descrive come «lesione di un interesse», interesse che a sua volta consiste in una situazione «obbiettiva di impiego e di godimento di beni»<sup>336</sup>, il *danno risarcibile* ed *l'atto illecito* sarebbero dunque «due facce di un medesimo prisma: la lesione di un interesse si considera un atto illecito in quanto il diritto proibisce l'atto, che la cagiona; si considera come danno risarcibile in quanto il

---

<sup>336</sup> Così CARNELUTTI, *Il danno ed il reato*, cit., p. 13 ss.; in tal senso anche FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 110.

diritto dispone la eliminazione delle conseguenze dell'atto medesimo»<sup>337</sup>. Il danno, forma di un piú generico concetto di *torto*, però, a sua volta assumerebbe due forme, quella del *danno risarcibile*, relativo ad un pregiudizio materiale, e quella del *danno riparabile*, relativo ad un pregiudizio spirituale<sup>338</sup>, suscettibili di produrre conseguenze giuridiche ben diverse.

---

<sup>337</sup> CARNELUTTI, op.ult.cit., p. 21.

<sup>338</sup> CARNELUTTI, op.ult.cit., p. 15, e proseguendo nella trattazione l'Autore arriva anche a definire come suddette forme di danno possano presentarsi anche congiuntamente all'interno del medesimo fatto : «uno stesso torto può pigliar colore di reato, di danno risarcibile, di danno riparabile, secondo che vi si proietti la sanzione penale o quella, invece, che costituisce la riparazione o il risarcimento» (p. 31). La nozione di danno di Carnelutti, pertanto, é estremamente vasta, tanto «estesa da descrivere un concetto camaleontico dai confini così duttili, da modificare il proprio contenuto a seconda della struttura dell'«atto illecito» ed in particolare di quell'«atto illecito» che é il reato», così FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 113.

Tale teoria del danno, dunque, giungeva a tre essenziali conclusioni : a) ogni reato, in quanto atto illecito, può anche esser visto come danno, b) il danno è presente sempre in ogni reato e colpisce sia in via diretta la persona offesa, che in via indiretta anche terzi<sup>339</sup>, c) il danno è quasi sempre riparabile o risarcibile<sup>340</sup>; da ciò discendeva che il reato

---

<sup>339</sup> A norma del codice Zanardelli il diritto alla restituzione ed il risarcimento che spettavano alla persona offesa ed al danneggiato era riconosciuto «non solo verso colui che ne fu colpito direttamente, ma anche verso coloro che ebbero a soffrirne indirettamente», così CRIVELLARI, *Il codice penale per il regno d'Italia*, III vol. Torino, 1892, p. 139, nota 192.

<sup>340</sup> Quando ciò non accade, come nel caso del furto di un acino di uva da una vigna, un valore tanto irrisorio da non esser quantificabile, la conseguenza sarebbe l'inammissibilità della costituzione di parte civile o, in ogni caso, il mancato risarcimento del danno o la non applicabilità della riparazione pecuniaria, invece, «l'ipotesi che il fatto non abbia cagionato danno deve intendersi ... nel senso che non abbia cagionato danno risarcibile, cioè che il danno non ammetta risarcimento » (CARNELUTTI, op.ult.cit.,

fosse il titolo da cui nasceva il diritto ad esercitare l'azione civile, in quanto «insieme colpa e danno»<sup>341</sup>.

Una cosa però ci sentiamo di notare in tale dottrina: sullo sfondo essa viene dominata da un'idea che, malgrado i molti lustri trascorsi, ci pare ancora straordinaria, vale a dire quella secondo cui la norma tutelerebbe anche «l'interesse alla composizione del conflitto», pilastro su cui poggia il «mantenimento delle condizioni di pacifica convivenza», «motivo» della creazione della norma incriminatrice»<sup>342</sup>, risultato raggiungibile non soltanto con sanzioni di natura afflittiva, infatti, «la pena

---

p. 40), da tenere presente che, vigente il codice di procedura penale del 1913, la riparazione pecuniaria aveva vera e propria natura di pena.

<sup>341</sup> CARNELUTTI, op.ult.cit., p. 66.

<sup>342</sup> CARNELUTTI, op.ult.cit., p. 52 e 93; FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., pp. 119 e 120.

può anche consistere nella imposizione di obblighi anziché nel semplice assoggettamento forzato del reo a certi mali. Il c.d. *obbligo penale*, in tutto analogo all'obbligo al risarcimento, può perfino esaurire, in certi casi, l'intero contenuto della pena»<sup>343</sup>.

β) Da una critica alla precedente visione del danno nel diritto penale prendeva e prende tuttora spunto un'altra visione di tale istituto, vale a dire sul rilievo che vi sia «la necessità di non confondere in un concetto unico, in una sola nozione, tutti i mali, i pregiudizi inerenti al reato e connessi con lo stesso», si distingueva pertanto il nocumento che è insito nel reato, al quale attribuisce *nomen iuris* di "offesa", dalle conseguenze nocive di esso, ovvero il "danno" in senso proprio, lo «svantaggio particolare»

---

<sup>343</sup> CARNELUTTI, op.ult.cit., pp. 50, 52 e 93..

titolo per chiedere il risarcimento<sup>344</sup>. L'offesa è la caratteristica di quella forma particolare di illecito che è il reato ed assume due forme ben precise la "Verletzung", anche detta «pregiudizio effettivo», lesione vera e propria, o la "Gefährdung", anche detto «pregiudizio potenziale», la messa in pericolo<sup>345</sup>.

Il danno avrebbe una natura ben diversa dunque: la dimostrazione starebbe nel fatto che il risarcimento, che corrisponde ad un compenso per il nocumento subito, ne è la conseguenza, rappresenta un'obbligazione nuova per l'agente, che ha ad oggetto le

---

<sup>344</sup> Così ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., p. 16. Nel prosieguo del testo, l'Autore precisa altresì che con il termine «L'offesa ... è una cosa diversa dalle sue conseguenze nocive, dal danno vero e proprio, che viene designato col termine usuale nel diritto tedesco di 'Schaden'. Lo 'Schaden' non può confondersi con l'Angriff» cioè l'offesa.

<sup>345</sup> Cfr. ANTOLISEI, op.ult.cit., p. 38.

conseguenze nocive del reato, solo eventuali e causalmente connesse al reato<sup>346</sup>. Il danno è soltanto la condizione per l'applicabilità della sanzione civile del risarcimento<sup>347</sup>. Il passaggio innovativo di tale teoria è considerare l'*offesa* come essenza del reato che deve necessariamente realizzarsi: «il reato secondo il tipo astratto configurato dal legislatore, contiene immancabilmente l'*offesa* di un interesse»<sup>348</sup>.

---

<sup>346</sup> Il danno non può coincidere con il pregiudizio contenuto nel reato, poiché ne è un effetto. Cosa diversa invece è l'evento, in ordine ai reati per cui è necessario, esso fa parte del "torto", mentre il danno, che rimane elemento accidentale, rimane all'esterno del reato, così ANTOLISEI, op.ult.cit., pp. 49, 53, 66..

<sup>347</sup> Così ANTOLISEI, op.ult.cit., p. 69. Il quale distingue ancora tra sanzione civile del risarcimento e riparazione pecuniaria di cui all'art. 38 del codice Zanardelli, la quale attesa la sua natura di pena, prescindeva dalla causazione di un danno civilistico e ne era comunque cumulabile.

<sup>348</sup> ANTOLISEI, op.ult.cit., p. 137, nota n. 1. L'Autore ,comunque ,sostiene che in ipotesi

L'offesa, dunque, si presenterebbe come «male irreparabile», cui l'ordinamento può reagire soltanto con la pena, ma il danno, invece, sarebbe una situazione reversibile tramite una sorta di autentica ristorazione che lo estinguerebbe, sarebbe, dunque, civilisticamente risolvibile e sanabile con le forme proprie del il risarcimento<sup>349</sup>.

---

eccezionali, il reato si possa presentare come fatto non nocivo, ma tale situazione non svuotava l'affermato principio, in quanto si reggeva sull'identificazione dell'offensività con la tipicità, così FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 126.

<sup>349</sup> Per dirla con l'Autore : «nel senso che si può fare qualcosa che equivalga al loro annullamento», «L'offesa non é in alcun modo e con alcun mezzo eliminabile, può solo essere attenuate e non sempre. Ciò avviene allorché , dopo il suo verificarsi, é ancora possibile l'adempimento dell'obbligo ... L'esecuzione rende meno grave la portata dell'offesa, ma non la riduce al nulla», (ANTOLISEI, op.ult.cit., pp. 143 e 144). Antialisei sembra proseguire affermando, con notevole anticipo sui tempi, quel che oggi diremmo la *sussidiarietà del diritto penale*: per l'Autore esistono infatti, come precedentemente riportato,

---

delle situazioni in cui «il male è irreparabile» (in cui oltre ovviamente l'omicidio, nel novero rientra anche, per questo Maestro, «lo stupro», op.ult.cit., p. 153), ed altre invece in cui il reato non si presenti come nocivo, ad esempio, se «il male del fatto trova la sua complete espressione nel danno, la sanzione del risarcimento, d'ordinario, é ritenuta sufficiente; se l'offesa non é riflessa e assorbita nel danno, ma costituisce un pregiudizio a sé, il risarcimento non basta e occorre nella reazione qualcosa di piú, come qualcosa di piú é nel fatto. Questo *plus* di reazione in generale é la pena. Allorché, infine, il danno non esiste e il male del torto si concreta tutto nell'offesa, la sanzione del risarcimento non può applicarsi e occorre la pena, a meno che il legislatore non reputi sufficiente una sanzione piú mite di altra natura, come, ad esempio, una sanzione amministrativa» (op.ult.cit., p. 148). Il risarcimento dunque appare per l'Autore insufficiente di per sé a bilanciare gli effetti del reato, in quanto, ad esempio, inadeguato a "riparare" l'offesa e, inoltre, perché il vantaggio conseguito personalmente dall'agente violando la norma potrebbe essere superiore alla perdita civilistica riportata dal danneggiato titolare dell'interesse offeso, *a fortiori* se si ipotizza inoltre che il reo sia anche privo di disponibilità idonee a provvedere all'eventuale obbligazione risarcitoria (op.ult.cit., p. 150, conformemente anche CARNELUTTI, *Il danno ed il reato*, cit., p. 36 ss.). In un caso il risarcimento in veste sanzionatoria potrebbe esser una misura adeguata, nei casi di quelli che l'Autore chiama i *delitti meramente patrimoniali*, ovvero illeciti penali che aggrediscono soltanto interessi patrimoniali in cui «il male del torto consiste tutto nel danno» (op.ult.cit., pp. 148 ss.), perché si consumerebbero senza alcuna

In questa visione, risarcimento e pena, dunque, riflettono la natura e le identità, estremamente diverse, che hanno le situazioni cui conseguono<sup>350</sup>: il risarcimento è una prestazione proporzionata alla misura oggettiva del danno sofferto<sup>351</sup> e, in quanto tale, volontariamente eseguibile anche da terzi estranei alla vicenda; la pena, invece, ha natura soggettiva e personale, è un *pati*, un'afflizione «proporzionata al grado di

---

modalità violenta, fisica o compulsiva, per evidenti connotazioni plurioffensive che assumerebbe in quel caso. A fianco a questa ipotesi, ed a sostegno della sua tesi, Antolisei, ne coglie altre in cui, invece, mancherebbe un danno rilevabile a fronte dell'esistenza di un'offesa, come nella maggior parte delle contravvenzioni, in cui la pena sarebbe l'unico strumento esperibile, proprio perché la pena, *extrema ratio* dell'ordinamento, può esser "corrispettivo" soltanto dell'offesa, mentre il risarcimento *del mero danno*.

<sup>350</sup> Lo schema è esattamente quello della «conseguenza condizionata» ad una «premessa condizionante» di Hans Kelsen.

<sup>351</sup> Danno emergente e lucro cessante.

colpevolezza»<sup>352</sup>, che coinvolge solo e necessariamente la persona del reo<sup>353</sup>.

y) La terza teoria circa il danno nel diritto penale, si contrappone per un dato essenziale, essa prende corpo sotto la vigenza del codice Rocco. Muove da una definizione che è essenziale per questa visione, ovvero che l'interesse è la tendenza di un soggetto a conseguire l'utilità di un oggetto<sup>354</sup>, ed, in funzione di tale definizione, il «danno giuridico illecito è privazione od ostacolo al soddisfacimento dell'interesse altrui, in violazione di una norma giuridica»<sup>355</sup>.

---

<sup>352</sup> Così ANTOLISEI, op.ult.cit., p. 159.

<sup>353</sup> In tal senso BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd.I, *Normen und Strafgesetze*, 3 Aufl., Leipzig, 1916, pp. 288 ss.

<sup>354</sup> Così FROSALI, *Reato, danno e sanzione*, cit., p. 29.

<sup>355</sup> Secondo tale visione, dunque, «lo Stato ha per primo diritto e dovere il proteggere se stesso», la

Il danno, secondo tale lettura riassume, quindi, una sorta di doppia veste, diviene il sacrificio dell'interesse protetto dalla norma<sup>356</sup>, in cui lo Stato, «società giuridicamente organizzata»<sup>357</sup>, è sempre e comunque soggetto passivo. In tale visione dunque, torna una commistione tra i concetti di danno e

---

protezione dei consociati ha ragion d'essere ulteriore, ovvero, in armonia con l'ideologia di quegli anni, solo nella misura in cui è utile allo Stato stesso, pertanto ogni norma avrebbe come specifico interesse lo scopo sociale e proteggerebbe comunque un interesse dello Stato: « non esiste un reato in cui sia offesa una cosa sulla quale abbiano interesse i soli individui pazienti del reato», persino nei reati procedibili a querela, secondo tale dottrina «il bene cui lo Stato ha interesse è l'interesse del private al bene immediatamente considerate dalla norma», «lo Stato non pone norme inutile, ne deriva che ogni norma rivela la esistenza di un interesse dello Stato ed ogni violazione di norma indica la realizzazione di un danno per lo Stato» (in tal senso FROSALI, op.ult.cit., pp. 39 ss., in particolare p. 43, 45 e 52).

<sup>356</sup> FROSALI, op.ult.cit., p. 45.

<sup>357</sup> Così ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giudica penale*, cit., p. 186 nota n. 47 e 555 nota n.178.

offesa, data anche dal fatto che detto interesse è anche scopo delle norme<sup>358</sup>.

L'individuo, in questa ottica, può solo eventualmente essere danneggiato, il «danno privato» *strictu sensu* mancherebbe se il singolo non subisse sacrifici a causa del reato<sup>359</sup>, invece sarebbe comunque sempre presente un «danno pubblico», corrispondente alla lesione dell'interesse specifico<sup>360</sup>, che cagiona anche un «danno sociale»<sup>361</sup>, il quale

---

<sup>358</sup> «le norme comandano che quelle norme siano mantenute», «L'interesse è la mantenimento delle condizioni necessarie: ogni norma prende per oggetto il mantenimento di qualche condizione; ma appunto perché la somma delle norme ha per oggetto tale interesse da ciascuna di esse frazionatamente considerate, l'interesse stesso fa parte dell'oggetto di ciascuna norma» (così FROSALI, op.ult.cit., p. 50).

<sup>359</sup> FROSALI, op.ult.cit., p. 55.

<sup>360</sup> Mentre all'interesse generici corrisponderebbe il c.d. *danno indiretto*. Si veda *retro* precedente nota n. 125.

<sup>361</sup> Nella accezione propria che ne dette Rocco, cfr. *retro* precedente nota n. 154.

a sua volta assumerebbe anche una forma *indiretta*, vale a dire quella del «pericolo sociale»<sup>362</sup>, che in sé recherebbe il c.d. «danno attuale ... danno rappresentato dal sacrificio<sup>363</sup> dell'interesse sociale alla sicurezza della vita in comune ... il danno, allora, è allarme sociale»<sup>364</sup>.

Il danno che investirebbe, invece, lo Stato mostrerebbe due distinti volti: *penale*, nel senso classico di *danno criminale*, vale a dire se coincide col danno per cui una norma commina tecnicamente una pena, il quale «è

---

<sup>362</sup> Inteso come la possibilità di nuovi reati nell'avvenire.

<sup>363</sup> Sempre nel significato che ha per questa teoria di «danno giuridico illecito è privazione od ostacolo al soddisfacimento dell'interesse altrui, in violazione di una norma giuridica», in cui l'interesse è la tendenza di un soggetto a conseguire l'utilità di un oggetto, (così FROSALI, *op.ult.cit.*, p. 59).

<sup>364</sup> FROSALI, *ibidem*.

sempre principalmente, essenzialmente pubblico», eventualmente, ma non necessariamente, patrimoniale; e *non penale*, qualora dia luogo per l'ordinamento ad una conseguenza che, seppur afflittiva, non rientri nel catalogo delle sanzioni penali, in questa accezione rientrerebbero anche il *danno civile pubblico*, cioè un danno a scapito delle «amministrazioni» dello Stato<sup>365</sup>.

In questo schema concettuale, il pericolo è «danno», poiché consiste nella lesione di un interesse e, al contempo, nella minaccia di un altro interesse: *l'interesse leso* coincide con il pacifico soddisfacimento dell'interesse, che è minacciato di lesione<sup>366</sup>; il pericolo, dunque, viene visto come difficoltà, derivata

---

<sup>365</sup> FROSALI, op.ult.cit., p. 65.

<sup>366</sup> Così FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 144.

dall'interferenza della condotta criminale, nel soddisfacimento dell'interesse minacciato, che è messo appunto in pericolo perché non può più esser «pacificamente soddisfatto»<sup>367</sup>.

Il «danno da reato» dunque diviene il c.d. *danno specifico*, quello cioè che investirebbe l'*oggetto sostanziale specifico*<sup>368</sup>: esso, dunque, consisterebbe in un pregiudizio che colpisce gli individui soggetti passivi della condotta criminale.

D'altro canto, l'*offesa* diviene, invece, il c.d. danno criminale che non colpisce direttamente i soggetti passivi, per questo il *danno da reato* ha come conseguenza il risarcimento, cioè una sanzione *non penale*, che, pertanto, avrebbe

---

<sup>367</sup> FROSALI, op.ult.cit., p. 73.

<sup>368</sup> L'Autore sposa e pienamente fa proprie le teorie di Rocco sugli "oggetti" del reato, *retro* precedente nota '???'.

solo carattere *civile*<sup>369</sup>.

Il danno statale, ovvero il danno derivato allo Stato dalla condotta del criminale, quindi, investe sia l'*oggetto formale* del reato<sup>370</sup>, consistente nel *diritto* dello Stato all'obbedienza alle proprie norme, e l'*oggetto sostanziale generico*<sup>371</sup>, incarnato dall'*interesse* dello Stato a conservare le condizioni della propria esistenza, non potrebbe essere compensato in nessun modo, sarebbe ontologicamente irrisarcibile<sup>372</sup>.

---

<sup>369</sup> FROSALI, op.ult.cit., p. 75.

<sup>370</sup> Per Rocco *oggetto giuridico formale*, si rimanda alla nota 125.

<sup>371</sup> Per Rocco *oggetto giuridico sostanziale, retro* precedente nota n. 125.

<sup>372</sup> La risarcibilità del danno, secondo l'Autore, sarebbe a volte insita nel fatto costitutivo di reato (ad es. furto di somma di denaro, peculato), a volte sarebbe conseguenza del fatto di reato. Nella prima ipotesi, infatti, il danno sarebbe risarcibile, ma poiché senza diminuzione del patrimonio non ci

## 6. Differenze ontologiche tra danno e offesa.

Attualmente il termine «danno» in senso proprio, nel vocabolario della disciplina penale (sostanziale e processuale), è riconducibile alla figura di danno che, ai sensi dell'art. 185 c.p., è oggetto del risarcimento nell'ambito delle «sanzioni civili»<sup>373</sup>, nelle forme tanto del

---

sarebbe reato, nel caso in questione la lesione sarebbe un danno sia penale che civile; nel secondo caso, invece, (ad es. spese per le terapie necessarie per curare una malattia che sia conseguenza del fatto di reato), invece, sarebbe risarcibile il danno cagionato in conseguenza al reato (in tal senso FROSALI, op.ult.cit., pp. 104 ss.).

<sup>373</sup> Così FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 208. L'Autore specifica come, al danneggiato, il codice di procedura penale riconosce la legittimazione alla costituzione di parte civile (art. 74 c.p.p.), che è preordinata a far

danno patrimoniale che del danno non patrimoniale<sup>374</sup>.

A palesare la profonda differenza di piani su cui opera il danno rispetto all'offesa sono la stessa struttura reintegratoria del rimedio proprio del danno, e ancora, il suo limite intrinseco<sup>375</sup> in tema di danni patrimoniali del «quanto perduto o non guadagnato»<sup>376</sup> e

---

valere nel processo penale la pretesa risarcitoria relativa al danno patrimoniale e non patrimoniale conseguente al reato. Per il concetto di danno patrimoniale si rinvia a ... , per quello non patrimoniale.

Per la differenza processuale tra persona offesa e danneggiato si veda M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale* in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1993, pp. 865 ss., in particolare, sulla distinzione tra danno (civile) ed offesa (penale) pp. 882-888.

<sup>374</sup> Per il danno non patrimoniale nel diritto penale si rimanda a FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., pp. 208 ss..

<sup>375</sup> In tal senso M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, cit., pp. 875 ss.

<sup>376</sup> Cioè il *quantum mihi abest* ed il *quantum lucrari potest* per dirla con il celebre brocardo di Paolo.

quello del «quanto sofferto» fisicamente e moralmente in ambito di danno non patrimoniale che concentra la vicenda sulla vittima del reato e non sul reo<sup>377</sup>.

L'offesa è istituto proprio del diritto penale e dell'etica<sup>378</sup> e non trova alcun *habitat* nel diritto civile, a differenza del danno che invece è oggetto di specifiche statuizioni in entrambi i codici.

Un danno non necessariamente nasce da un'*offesa*, né necessariamente da essa discende, il danno può esser conseguente ad un fatto di reato, ma possono esservi anche reati senza danno, come nei reati di pericolo, o nei delitti tentati ad esempio.

Il danno conseguente ad una condotta,

---

<sup>377</sup> Così M. ROMANO, *loc. ult. cit.*

<sup>378</sup> Si pensi ad esempio ad Aristotele, *Ethica nichomachea*, Milano, 2000, *passim*.

dunque, sembra riguardare esclusivamente i rapporti tra il singolo ed il suo prossimo nella sfera dell'avere delle cose, esso non è necessariamente il prodotto diretto dell'agire di un essere umano<sup>379</sup>, e può non esser colpevole<sup>380</sup>, si mostra come eliminabile mediante risarcimento, conseguenza la cui entità é calcolata indipendentemente da qualunque coefficiente di colpevolezza abbia caratterizzato il fatto. Del reato, dunque, non è che un elemento accidentale, e anche quando si presenta, come ricordato, ne resta

---

<sup>379</sup> Ad esempio eventuali danni provocati da animali in stato di randagismo o, meglio ancora da animali selvatici.

<sup>380</sup> Si pensi ad esempio al danno emergente prodotto al creditore da un inadempimento del debitore causato da un incolpevole ed improvviso stato di insolvenza (ad esempio perimento a seguito di calamità naturale dell'edificio che costituiva l'intera azienda dell'attività alberghiera svolta dal debitore), il danno c'è, ma non *offesa* nel linguaggio penalistico.

sempre e comunque all'esterno<sup>381</sup>.

Il danno, dunque, sembra pertinente all'avere dei beni.

L'offesa, invece, sembrerebbe attenersi ai rapporti tra uomo e uomo e tra uomo e «società giuridicamente organizzata»<sup>382</sup>, sembra operare nella sfera dell'essere degli individui, e non dell'avere, per questo di per sé si mostra come ineliminabile dal risarcimento civilistico, ma, seppur limitatamente, appare "riparabile" attraverso la pena conseguenza diretta alla rieducazione del reo e proporzionata sia al grado dell'offesa e sia alla misura della colpevolezza.

---

<sup>381</sup> Così ANTOLISEI, *L'offesa ed il danno nel reato*, cit. 66, *contra* CARNELUTTI, *Il danno ed il reato*, cit., p. 71 che invece ritiene danno risarcibile e offesa coincidenti, ma si pensi ai reati di pericolo in cui di certo l'elemento naturalistic di un danno conseguente ad un evento non c'è.

<sup>382</sup> Vedi *retro* precedente nota n.185.

L'offesa, a parere di chi scrive, dunque, sembrerebbe pertinente all'essere degli individui.

L'offesa, in questa ottica, si presenterebbe con un netto carattere distintivo rispetto al *danno*, assumerebbe la fisionomia di atto umano colpevole lacerante l'intero ordine sociale, di una condotta rimproverabile che rappresenta un concreta minaccia al «mantenimento delle condizioni di pacifica convivenza», «motivo» della creazione della norma incriminatrice<sup>383</sup>.

Il danno in ogni caso, concettualmente, sembra staccato dall'offesa in quanto, seppur tangenti in talune fattispecie di reato dove,

---

<sup>383</sup>Che, secondo autorevole dottrina, recherebbe necessariamente con sé «l'interesse alla composizione del conflitto» CARNELUTTI, op.ult.cit., p. 52 e 93; FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., pp. 119 e 120, vedi retro p. 51.

necessariamente, come nel caso in cui la lesione del bene giuridico si realizza con la diminuzione del patrimonio, concettualmente, questi due momenti, rimangono comunque separati, avendo ad oggetto entità diverse e dando luogo, l'una, a conseguenze squisitamente penali come la pena, con le implicazioni teleologiche che ne discendono dalla Costituzione, l'altro, sia esso patrimoniale o non patrimoniale, che dà luogo a conseguenze non necessariamente di rilievo penale, rimane aspetto meramente eventuale del reato, una situazione che, laddove non si presentasse, non renderebbe affatto inesistente il reato.

Sono istituti giuridici a tangenza o convergenza eventuale nel diritto penale del

fatto, perché una condotta penalmente rilevante potrebbe anche astrattamente non creare nessun danno in senso strettamente civilistico; seppur in talune ipotesi, «offesa e danno paiono sovrapporsi e coincidere: in realtà essi non coincidono mai integralmente»<sup>384</sup>.

Il danno appare essere, dunque, una depauperazione patrimoniale verso il quale il risarcimento assume le vesti di una sorta di prezzo corrispondente in termini di "controvalore" o di "spesa": il risarcimento, ci sia consentito, è il "costo" del danno.

Di converso, l'offesa appare come la svalutazione personale dell'agente di un bene giuridico, come simbolo di un episodio in cui

---

<sup>384</sup> Così DONINI, *Teoria generale del reato. Una introduzione*, cit., p. 57.

non gli si è attribuito quel valore che la comunità organizzata, lo Stato, gli ha attribuito, tutelandolo col presidio della pena.

## 7. L'offesa e gli interessi economici

Sul finire degli anni '70 in Italia venne acutamente osservato che «non esiste una "giusta pena" in assoluto, ma soltanto pene "giuste" in relazione ad un determinato fine»<sup>385</sup>, tale giudizio non può non suscitare alcune riflessioni sulle caratteristiche che è venuto ad assumere l'intero vigente sistema

---

<sup>385</sup> L'Autore specifica che il termine "giuste" debba intendersi per "esatte ... adeguate", così DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, pag. 77.

penale, sui valori che si sono voluti tutelare nel corso delle molteplici riforme che si sono susseguite ed, in particolare, in materia di criminalità economica<sup>386</sup> in generale a seguito delle continue riforme cui é stato esposto in questi anni. Ricorrendo sempre alla legislazione speciale parrebbe essersi venuto a creare un sistema sproporzionato e disarmonico che lascia profondi dubbi sulla propria ragionevolezza, conformità al principio di uguaglianza ed al finalismo rieducativo della pena sanciti dalla Costituzione<sup>387</sup>.

Da sempre la norma penale è il presidio privilegiato per la tutela di quelle situazioni essenziali alla vita dei consociati, «il diritto

---

<sup>386</sup> Così Pedrazzi, *Interessi economici e tutela penale* in Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, pp. 295 ss.

<sup>387</sup> Per la trattazione di questo aspetto in particolare si rimanda ad altra sede

protegge interessi umani»<sup>388</sup> e nessun dubbio, pertanto, può sorgere circa l' idoneità di interessi squisitamente economici a prestarsi come categoria valoriale da tutelare

Per attribuire la qualifica di "economicità" ad un fenomeno criminale, a parere di autorevole Dottrina, vi sarebbero due approcci, uno "funzionale" di impronta sociologica, che evidenzia l'aspetto occupazionale del fenomeno<sup>389</sup>, ed uno "effettuale", che definisce

---

<sup>388</sup> VON LISZT, *der Begriff des Rechtsgutes*, cit. p. 42.

<sup>389</sup> «in quanto incentrato sul ruolo del soggetto agente nel processo economico-sociale ... sottolinea la componente ambientale dell'episodio criminale e stimola la ricerca dei fattori criminogeni immanenti alle strutture economiche. E il taglio preferito dai criminologi, i quali costituiscono una gamma di figure più o meno ampie a seconda delle rispettive preoccupazioni e finalità. All'ormai classico *white collar crime*, che sottolinea l'appartenenza al reo agli strati superiori della società, si contrappone la nozione universale di *occupational crime* (Quinney); più restrittiva la definizione del *business crime* (Conklin), che

---

esclude le attività economiche estranee ai settori industriali e commerciale, mentre il concetto di *corporate crime* (Clinard) concentra l'attenzione sulla grande impresa come protagonista di manifestazioni delittuose», in tal senso PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale* in Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 295 e 296, corsivi dell'autore.

Per il concetto di *white collar crime*, si rimanda a SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, Milano, 1987; in particolare a p. 8 si legge: violazioni della legge commesse da persone di elevate condizione socio-economica sono definite per comodità "crimine dei colletti bianchi", «violations of law by persons in upper socio-economic class are, for convenience, called white collar crimes».

Per il concetto di *occupational crime* si veda QUINNEY, *The study of white collar crime: toward a reorientation in theory and research*, in *Journ. of Crim. Law and police science*, vol. 55, 1964, p. 209; si veda altresì CLINARD-QUINNEY, *Criminal Behaviour system. A typology*, 1967, p. 131 ss.

Per il concetto di *business crime* cfr. CONKLIN, *Illegal but not criminal*, 1977, p. 13, in cui viene esplicitato il significato di tale perifrasi : «business crime is an illegal act, punishable by a criminal sanction, which is committed by an individual or a corporation in the course of a legitimate occupation or pursuit in the industrial or commercial sector for the purpose of obtaining business or personal advantages», il crimine negli affari è un atto illecito, punibile con una sanzione penale, che viene commesso da un individuo o una società nel corso di una professione o di un affare lecito nel

il reato economico in base all'offesa a "interessi economici", che ha come caratteristica saliente l'oggetto materiale del reato, vale a dire è quella che ritiene criminalità economica quella che va a colpire direttamente interessi economici in senso stretto<sup>390</sup>.

---

settore industriale o commerciale al fine di ottenere vantaggi personali o d'impresa.

Per il richiamato concetto di *corporate crime* si rimanda a CLINARD-YAEGER, *corporate crime*, 1980, in cui si legge «Corporate crime actually is organizational crime occurring in the contest of complex relationships and expectations among boards of directors, executives, and managers, on the one hand, and among parent corporations, corporate divisions, and subsidiaries, on the other» p.17 (i reati societari sono in realtà la criminalità organizzata che si presenta nel contesto di relazioni complesse e aspettative tra consigli di amministrazione, dirigenti e amministratori, da un lato, tra la società controllante, scissioni aziendali, e filiali, dall'altro).

<sup>390</sup> «guarda all'incidenza offensiva del reato, vale a dire all'oggettività giuridica, e porta a definire il reato economico in ragione della lesione di interessi economici, sulla falsariga del criterio classificatorio familiare tanto alla scienza giuridico-

Il problema cui in genere ci si imbatte in questo modo di interpretare il concetto in analisi è dato dalla apparente evanescenza di significato che può assumere e dalla poliedricità di interessi che può rientrare nella locuzione in analisi, tuttavia, non è affatto trascurabile che, la disciplina penale è prima di tutto volta alla difesa di valori superindividuali, tra i quali di certo rientrano tutti quelli esplicitamente riconosciuti e garantiti dalla Costituzione e, tra essi, quelli sanciti nell'art. 41<sup>391</sup> cui fanno da contraltare

---

penale che alle moderne codification» in tal senso PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale* in Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 296.

<sup>391</sup> «l'inconveniente del "taglio" effettuale è dato nel nostro campo, dalla scarsa concretezza del concetto di base, dalla molteplicità ed eterogeneità degli interessi riconducibili alla sfera economica. La classificazione tra i delitti contro l'economia dice ben poco sull'effettivo contenuto lesivo di una

“condizionante” quelli inerenti la sicurezza, la libertà, la dignità umana<sup>392</sup>.

Tuttavia non sembra prestarsi a dubbio alcuno l'ipotesi di poter declinare la categoria degli “interessi economici”, più ancora di ordine collettivo, che individuale, in termini di bene giuridico, soprattutto atteso l'importanza assunta dai meccanismi finanziari nell'economia reale.

---

figura» PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale* in Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 296 e 299.

<sup>392</sup> Per una trattazione approfondita di tale divergenza concettuale cfr SGUBBI, *Tutela penale di «interessi diffusi»*, *Quest.crim.*, 1975, p. 439.



## Capitolo IV

### **La riforma degli abusi di mercato del 2005: risparmio, integrità ed affidabilità dei mercati**

1. La Direttiva 2003/6/CE. 2. Aspirazioni europee e scelte punitive nazionali. 3. Offensività in astratto degli *abus di mercato*. 4. Gli abusi di mercato come «tutela del risparmio». 5. «Risparmio» e «integrità del mercato», alternativi o complementari. 6. L'integrità del mercato come bene giuridico specifico, ulteriore e strumentale rispetto al risparmio. 7. La credibilità ed affidabilità del mercato finanziario come "scopo della norma" nelle Ll. nn. 62 e 262 del 2005. 8. Affidabilità dei mercati europei e tutela dell'affidamento nei mercati finanziari. 9. L'aggravante della "rilevante offensività" del fatto: un'ipotesi di aggravante indefinita?.

«Coloro invece che misurano ogni cosa dai propri profitti e vantaggi e non vogliono che l'onesto prevalga, sono soliti confrontare nelle decisioni l'onesto con ciò che ritengono utile»<sup>393</sup>

## 1. La Direttiva 2003/6/CE.

Con la Direttiva 2003/6/CE, il Parlamento Europeo ha indicato agli Stati membri l'assoluta necessità di reprimere, attraverso una comune linea d'intervento legislativo, i c.d. "abusi di mercato". Tale disposizione, in Italia, ha portato alla riforma delle fattispecie di insider trading e di manipolazione di mercato (artt. 184, 187 *bis*,

---

<sup>393</sup> «Qui autem omnia metiuntur emolumentis et commodis neque ea volunt praeponderari honestate, ii solent in deliberando honestum cu meo, quod utile putant, comparare, boni viri non solent», CICERONE, *I doveri*, Milano, 2007 p. 329.

185, 187 *ter* D.Lgs. 58/1998), punite in quanto, si dice esplicitamente nella Direttiva *de qua*, lesive dell'integrità del mercato, intesa come suo regolare e corretto funzionamento<sup>394</sup>. Tale orientamento, affermato in dottrina, ha trovato ampi consensi, infatti, venne immediatamente osservato che un mercato finanziario regolarmente funzionante è quello nel quale i titoli sono scambiati ad un «prezzo giusto, formatosi cioè in virtù del naturale meccanismo della domanda e della offerta» a seguito di una corretta combinazione tra il momento

---

<sup>394</sup> In questo senso, *ex multis*, si veda MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo, op.cit.*, p. 1466. In senso conforme, in giurisprudenza, v. Trib. Brescia, 25 giugno 2002, Gnutti e altri, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, 708 ss.; v. altresì Trib. Milano, 14 febbraio 2004, M.M. e altri c. Intesa Bci s.p.a. e altri, in *Le società*, n.1, 2005, 110 ss.; v. altresì Corte di Giustizia europea, Grande sezione, 22 novembre 2005, Pres Skouris, rel. Von Bahr, ric. Commissione Knud Grøngaard e altri, in *Diritto e giustizia*, n. 97, , 2005, 92 ss..

informativo e quello valutativo<sup>395</sup>, espressione di quel principio che trova esplicita legittimazione costituzionale nell'art. 47<sup>396</sup>.

A parere di chi scrive, tuttavia, nel testo della Direttiva in esame, il concetto di integrità del mercato appare assumere una *triplice valenza*,

---

<sup>395</sup> Così SEMINARA, "La tutela penale del mercato finanziario" in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II ed. agg., Bologna, 2000, p. 622 ss., Sul tema precedentemente alle riforme del 2005 si vedano BRICOLA, *Profili penali della disciplina del mercato finanziario*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1990, pp. 16 ss., ora anche su *Scritti di diritto penale*, vol. II, Milano, 1997, pp. 3426 ss.; PEDRAZZI, voce *Mercati Finanziari (disciplina penale)*, in *Dig.disc.pen.*, IV, vol. VII, Torino 1993, pp. 652 ss., ora anche su *Diritto penale*, vol. IV, Milano, 2003, pp. 149 ss.; Id., voce *Mercati Finanziari (nuova disciplina penale)*, in *Dig.disc.pen.*, IV, aggiornamento, Torino, 2000, pp. 453 ss., ora anche su *Diritto penale*, cit., pp. 183 ss. ; per un punto di vista diverso da quello proprio del diritto penale si veda MASCIANDARO, *Moneta, banca e finanza degli abusi di mercato*, Milano 2001; Id., *Mercati ed illegalità*, Milano, 1999; Id., *Criminalità ed intermediazione finanziaria*, Roma, 1997.

<sup>396</sup> In tal senso, tra i molti, PEDRAZZI, voce *Mercati finanziari (nuova disciplina penale)*, cit..

infatti, sembra essere indicato sia come essenziale elemento costitutivo «di un mercato unico dei servizi finanziari» della CE, così secondo il considerando introduttivo alla Direttiva 2003/6/CE nn. 1 e 2, sia come oggetto giuridico sovra-individuale e pubblico-istituzionale<sup>397</sup> da tutelare<sup>398</sup> così invece nei considerando introduttivi alla Direttiva 2003/6/CE nn. 2 e 11, sia come scopo della norma<sup>399</sup> unitamente all'accrescimento della fiducia degli investitori nei mercati così infine nel considerando introduttivo alla Direttiva

---

<sup>397</sup> Inteso come bene o interesse tutelato dalla norma incriminatrice (dei vari Stati membri) – in tal senso F.MANTOVANI, *L'oggetto giuridico del reato*, in *Diritto Penale*, cit., 204 ss.

<sup>398</sup> Secondo una *definizione giuspositivistica*, in tal senso, Bindhing definisce il bene giuridico come "tutto ciò che agli occhi del Legislatore ha valore come condizione per una sana vita dei consociati", *ivi*, 207 .

<sup>399</sup> Scopo della norma che si identificherebbe esso stesso, secondo la c.d. *concezione metodologico-teleologica*, nel bene giuridico, *ivi*, 207.

2003/6/CE n. 12.

Mettendo a confronto i principi costituzionali espressi negli artt. 3, 27, 47 e 117 Cost., le riforme in tema di criminalità dei mercati finanziari<sup>400</sup> e quelle che hanno investito il resto del diritto penale dell'impresa, potrebbe sembrare di scorgere preoccupanti insufficienze e regressioni delle norme che hanno dato attuazione alla Direttiva del 2003, con la L. 62 del 2005, soprattutto circa l'afferrabilità certa e concreta dell'interesse superindividuale che si intendeva proteggere, cosa che sarebbe

---

<sup>400</sup> Sulla riforma invece si veda in generale AMATI, in MAZZACUVA-AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit.; PLANTAMURA (a cura di MANNA), *Corso di diritto penale dell'impresa*, cit.; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit.; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit.; PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit.; MUSCO (Con la collaborazione di Masullo), *I nuovi reati societari*, cit..

suscettibile, laddove dimostrato, di esser indice indiscutibile di una certa iniquità della politica criminale<sup>401</sup> e che segnerebbe una preoccupante regressione delle acquisizioni garantistiche operate nel corso degli ultimi due secoli.

Il dato certo da cui partire per l'indagine è senz'altro il trattamento sanzionatorio per questi crimini, infatti, le riforme varate nel 2005 con le Leggi nn. 62 e 262 (c.d. legge sulla tutela del risparmio) hanno portato le sanzioni previste per

---

<sup>401</sup>Per definire il concetto di "politica criminale" si veda ZIPF, *Kriminalpolitik*, Heidelberg – Karlsruhe 1980, p. 7, per il quale con tale espressione si deve intendere "produzione e realizzazione dei principi dell'ordinamento nel campo della giustizia penale"; oppure SIEVERTS, *Kriminalpolitik*, in SIEVERTS (a cura di), *Handwörterbuch der Kriminologie*, II, Berlino, 1977, p. 1, il quale, invece, ne estende il significato definendo politica criminale "insieme delle valutazioni e misure della società, aventi come scopo di ridurre il numero delle offese all'ordinamento giuridico penale"; CABALLERO, *L'altro squilibrio e la crisi finanziaria*, Roma, 2009.

i c.d. abusi di mercato<sup>402</sup> ad estremi edittali<sup>403</sup>

---

<sup>402</sup> In dottrina si veda SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario*, cit.; SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. Pen. Proc.* 2006, p. 9 ss. PALIERO, *Market abuse e legislazione penale: un connubio tormentato*, in *Corr. Mer.*, 2005, 809 ss.; AMATI, *La disciplina degli abusi di mercato*, in INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 206 ss.; ZANNOTTI, *La tutela penale del mercato finanziario*, Torino, 1997; in particolare per i rapporti tra questo tipo di illeciti ed il sistema dei controlli si veda NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009.

<sup>403</sup> Ci riferiamo e all'ipotesi prevista dal III comma dell'art. 184 e dal II comma dell'art. 185 del D.Lgs 58 del 24 febbraio 1998, in cui viene espressamente previsto che, oltre alla reclusione da due a dodici anni, la multa prevista, già di per sé elevata, possa ulteriormente essere aumentate fino al triplo del massimo edittale o "fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dal reato quando, per la rilevante offensività del fatto, per le qualità personali del colpevole, per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato esse appaiano inadeguate se applicate nel massimo", e all'ipotesi di illecito amministrativo previsto dal V dell'art 187 bis e dal V dell'art 187 ter del medesimo decreto, in cui le sanzioni amministrative pecuniarie previste possono anch'esse ugualmente essere aumentate fino al triplo o "fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dal reato quando per le qualità personali del colpevole, per

sconosciuti ancora oggi al resto dell'intera normativa del diritto penale dell'economia<sup>404</sup> ed aspramente criticati<sup>405</sup>, alla loro introduzione nel catalogo dei reati presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato<sup>406</sup>, ed hanno mostrato, a

---

l'entità del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito ovvero per gli effetti prodotti sul mercato esse appaiano inadeguate se applicate nel massimo” .

<sup>404</sup> In tal senso si veda ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia, op. cit.*, p. 358, in cui l'A. non esita a definire l'attuale quadro punitivo degli abusi di mercato quale esasperato con “livelli quasi terroristici delle pene”.

<sup>405</sup> Vedi infra § 2.

<sup>406</sup> In generale sulla c.d. responsabilità degli enti, oltre alla manualistica in tema di diritto penale dell'economia in generale, si veda RONCO, voce *responsabilità delle persone giuridiche. Diritto penale* in *Enc. Giur. agg.*, Roma, 2003, pp. 2 ss.; FIORELLA, voce *Responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE, Milano, 2006, pp. 5101 ss.; PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: d'ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, pp. 845 ss.; MARINUCCI, “*Societas puniri potest*”: uno sguardo di insieme sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. Dir. Pen. Proc.*, 2002, p. 1214; PULITANÓ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv.it.dir.proc.pe.*,

nostro parere, una qualche scarsa attitudine ad offrire in modo chiaro, quale bene giuridico, nel senso dei suoi contenuti, limiti e funzioni, fosse esattamente quel che si intendeva tutelare.

Quello che *ictu oculi* parrebbe poter emergere ad un prima superficiale disamina sarebbe l'assoluta carenza di chiarezza cui verrebbe condannato il sistema sanzionatorio dell'intero diritto penale dei mercati finanziari e più in generale quello dell'economia nel suo complesso: facendo la semplicissima considerazione che attualmente le ipotesi di criminalità dei mercati finanziari sono contrastate con tre ordini di sanzioni (penale, amministrativa e responsabilità degli enti), la frequentissima criminalità societaria con una

---

2002, pp. 415 ss; BARTOLOMUCCI, *Market abuse e "le" responsabilità amministrative degli emittenti*, in *Le società*, 2005, n. 7, p. 919 ss.

blandissima disciplina codicistica<sup>407</sup> e con quella prevista dal D.Lgs. 231/01, ed infine, quella ambientale<sup>408</sup>, frequentissima in ambito d'impresa, dove dilagano le contravvenzioni e per cui solo di recente è stata introdotta nel catalogo dei reati suscettibili di dar luogo ad una responsabilità amministrativa per l'ente; questo dato darebbe sostegno alla critica di costituire un *corpus* di leggi speciali disarmoniche le quali, ove non fossero oltretutto giustificate da esigenze di tutela di beni giuridici afferrabili ed essenziali,

---

<sup>407</sup> Di cui venne perspicacemente compiata la scomparsa già all'alba del millennio, cfr. PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, in Riv. Soc., 2001, p. 1372.

<sup>408</sup> Illuminanti le considerazioni di Hans Jonas sulla natura come "valore in se" vulnerabile ed insostituibile in quanto condizione per la creazione della vita ben superiore all'economia ed al mercato, contro la quale un uso irresponsabile della tecnologia diventa una violenza distruttiva, anche per l'uomo stesso, cfr. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, tr.it., Torino, 2002, p. 10 e ss.,

mostrerebbero il loro essere un mero esercizio d'autorità; un problema preconizzato, nascente dal maldestro tentativo di scansare «l'ineludibile dialettica fra codice penale e legislazione speciale»<sup>409</sup>, l'irrazionalità di sistema del diritto penale dell'economia, e, più in generale, dell'intero diritto penale, che rappresenterebbe un ossimoro legislativo che mostrando indiscutibilmente i connotati dell'irragionevolezza lascia interrogati sotto molti profili, primo fra tutti quello della sua costituzionalità.

## **2. Aspirazioni europee e scelte punitive**

---

<sup>409</sup> Profonde e lungimiranti le riflessioni sul punto di DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare*, Padova, 2000 p. 11 ss.

## nazionali.

La direttiva ispiratrice della prima riforma operata con la L. 62 del 2005, espressione del Financial Services Action Plan<sup>410</sup>, è cosa ben conosciuta ormai che lasciasse agli Stati membri la libertà di scegliere se ricorrere o meno alla pena, ponendo come unico obbligo quello che le sanzioni adottate, intese certamente come conseguenze afflittive a violazioni poste a presupposto della condanna, ma che per il Legislatore europeo non dovevano essere

---

<sup>410</sup> Di cui ne sono attuative le Direttive 2003/6, 2003/124 e 2003/125, 2004/39, 2006/73 CE, approvato dal Consiglio Europeo nel 2000 e volte, sul piano normativo, a colmare le carenze ed a superare le barriere ad una integrazione dei mercati finanziari dell'unione Europea, con l'obiettivo di creare un mercato unico dei servizi *wholesail*, un mercato unico per i servizi finanziari *retail*, un sistema di vigilanza e norme efficaci, richiamate anche in premessa.

necessariamente penali, unico parametro era che tali sanzioni fossero soltanto «proporzionate alla gravità della violazione ed agli utili realizzati»<sup>411</sup>.

Il Legislatore italiano, optò, imitando quello francese<sup>412</sup>, per una duplice prospettazione, quella del reato di pericolo concreto punito dagli artt. 184 e 185 D. Lgs 58/98 e quella dell'illecito amministrativo, sanzionato dagli artt. 187 *bis* e *ter* del medesimo testo normativo (che, anche per ragioni di deflazione del carico processuale, in Francia è di competenza tanto del Giudice quanto dell'organismo di vigilanza dei mercati finanziari<sup>413</sup>) e portando le pene edittali previste a livelli molto elevati, trascendenti la stessa

---

<sup>411</sup> Cfr. Considerando n. 38 della Dir. 2003/6/CE.

<sup>412</sup> L. n. 89-531 del 1989.

<sup>413</sup> Si tratta dell'Autorité des Marchés Financiers (AMF), si veda DUCOULUX-FAVARD-PERNAZZA, *Sanzioni e procedure sanzionatorie alla luce della Direttiva europea n. 6/2003*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2005, p. 159 ss.

dimensione economica del reato<sup>414</sup>.

A determinare le scelte della reazione violenta<sup>415</sup>

e del draconiano incremento delle pene fu,

successivamente con la L. 262 denominata

“legge per la tutela del risparmio”, molto

probabilmente solo un bisogno politico<sup>416</sup> del

---

<sup>414</sup> In tal senso ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in AA.VV., *La responsabilità dell'impresa*, Milano, 2006, p. 241.

<sup>415</sup> Così Zannotti, *op.cit.*, pag. 419.

<sup>416</sup> Più che la sola consapevolezza della necessità di dover dare un'adeguata tutela e un'energica risposta ad una situazione che stava creando serissimi problemi anche sul piano internazionale, o più che l'eccessivo zelo nel recepire le direttive comunitarie che volevano evitare o reprimere eventuali future criticità analoghe a quelle che stavano emergendo in tutto l'occidente a seguito degli scandali finanziari di quel periodo, dunque, di ispirazione alla riforma è immediatamente parsa essere la necessità “politica” di porsi al riparo, nel modo più evidente e meno impegnativo possibile, l'ormai tristemente usuale ricorso a leggi di aggravamento delle sanzioni, - si vedano le acute riflessioni in tal senso di ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la tutela penale del risparmio*, in AA.VV. (a cura di Abbadessa – Cesarini), Bologna, 2007, p. 186 e ss - da eventuali accuse di inazione o lassismo a fronte degli effetti disastrosi che, soprattutto gli scandali Cirio e Parmalat, stavano dispiegando, effetti i quali,

momento<sup>417</sup>, ma, non la censurabilità dell'operato del Legislatore italiano è però qui in analisi, bensì quale sia il bene, l'interesse o valore giuridicamente tutelato con la tipizzazione degli abusi di mercato e se esso, così come risultante da questo studio possa essere concepito come tale alla luce dei criteri ermeneutici affrontati e descritti nei capitoli precedenti.

---

é cronaca, colpirono migliaia di piccoli risparmiatori (*rectius* migliaia di elettori), nell'imminenza delle elezioni politiche della primavera del 2006.

<sup>417</sup> Il periodo 2002-2004 é stato caratterizzato da una serie di scandali finanziari che hanno riguardato sia gli Stati Uniti (Enron e Worldcom), che l'Europa (Ahold, Adecco, Vivendi, e le nostre Cirio e Parmalat), che non solo comportarono il crollo dei listini di borsa, ma che mostrarono come gran parte dei risparmi degli investitori fossero stati oggetto di autentica predazione ad opera di alcuni soggetti professionali, che evidenzió l'ormai irrinunciabile esigenza di costruzione e protezione di un mercato integrato che non poteva prescindere da una armonizzazione delle regole, in tal senso, in tema di abusi di mercato, PEDERZINI, *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, p. 974.

Le scelte operate in sede legislativa, dunque, tipizzando formalmente due forme di responsabilità, penale ed amministrativa<sup>418</sup>, con massimi edittali estremamente elevati tra esse non alternative<sup>419</sup>, ma concorrenti<sup>420</sup>, cui eventualmente può aggiungersi anche quella ex D.Lgs 231/01<sup>421</sup>, determinando la possibilità in

---

<sup>418</sup> Sulla diversa natura tra le sanzioni interdittive penali e quelle amministrative vedi MUCCIARELLI, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio*, Dir. Pen. Proc. 2006, p. 140.

<sup>419</sup>In dottrina anche "responsabilità aggiuntiva", accessoria o concorrente, così ZANNOTTI, *op.cit.*, p. 56.

<sup>420</sup> Nello stesso senso MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto ed illecito amministrativo*, cit., p. 1473; PALIERO, "Market abuse" e legislazione penale, *op. cit.*, p. 810.

<sup>421</sup> In generale sulla c.d. responsabilità degli enti si veda RONCO, voce *responsabilità delle persone giuridiche*. *Diritto penale* in *Enc.Giur.aggcit*, p.2 ss.; FIORELLA, voce *Responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE, cit., p. 5101 ss.; PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: d'ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, cit., p. 845 ss.; MARINUCCI, "Societas puniri potest": uno sguardo di insieme sui fenomeni e sulle discipline

concreto che un medesimo fatto di reato possa essere punito contemporaneamente con entrambe le sanzioni, penale ed amministrativa per gli autori materiali, e con due all'ente<sup>422</sup> per l'illecito amministrativo conseguente, ha di fatto creato una situazione connotata da una forte

---

*contemporanee*, cit., p. 1214; PULITANÓ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, cit., p. 415 ss; BARTOLOMUCCI, *Market abuse e "le" responsabilità amministrative degli emittenti*, cit., n. 7, p. 919 ss.

<sup>422</sup> In via di ipotesi, qualora un soggetto, in c.d. "posizione apicale" all'interno di una società di capitali commettesse un abuso di informazioni privilegiate che andasse *anche* a vantaggio della società, e che, a questi, si affiancasse inconsapevolmente un insider secondario, e che, infine, a fronte di tale situazione, la società non riuscisse a dimostrare in sede processuale l'elusione fraudolenta dei "protocolli preventivi destinati ad impedire" quel reato o che l'organismo di vigilanza abbia operato diligentemente (ex art. 6 D.Lgs 231/2001), a rigor di legge si verrebbe ad avere una quadruplici condanna per un solo fatto, una all'insider primario, una a quello secondario, e due ex D.Lgs 231/01 alla società.

“rigorosità sanzionatoria”<sup>423</sup>, una “iperpenalizzazione” del tutto originale, che non sembra avere omologhi nel resto della disciplina del diritto penale dell’economia e che ha destato, da subito, le aspre e condivisibili critiche della dottrina<sup>424</sup> e che sarebbero giustificate solo alla luce di due parametri essenziali, vale a dire, rilevanza del bene giuridico e grado dell’offesa in astratto: tale volume di sanzioni è decisamente “insolito”, se non unico, soprattutto se paragonato alle pene previste per altre condotte tipiche della criminalità economica, le quali non sono certo meno offensive, né meno accessibili,

---

<sup>423</sup> Così MEZZETTI, *op.cit.*, p. 107, e BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell’amministratore di società e sanzioni*, Milano, 2006, p. 303.

<sup>424</sup> Si vedano i rilievi di PALIERO, *la riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Corr.Mer.*, 2006, n. 5, p. 615 ss.

né meno frequenti o dannose<sup>425</sup>: una situazione questa formalmente ineccepibile, ma che lascia non poche perplessità circa la ragionevolezza e la proporzionalità di un simile trattamento sanzionatorio, soprattutto se raffrontata alle ben più tenui comminatorie previste per altre fattispecie, ben più diffuse, parimenti offensive, ugualmente dannose e in alcuni casi rese di fatto, poi, addirittura non punibili in via quanto meno "prasseologica o fattuale"<sup>426</sup>.

Gli interrogativi che dunque genera il quadro ora delineato sono diversi ad iniziare dal più banale,

---

<sup>425</sup> Per la differenza tra offensività e dannosità nel reato si rimandano alle considerazioni espresse nel capitolo precedente ed in dottrina, *ex multis*, per tutti si veda Carnelutti, *L'offesa ed il danno nel reato*, cit., pp. 71 ss.

<sup>426</sup> Così FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, p. 63, il quale parla esplicitamente di un "codice occulto" che in pratica garantisce una sostanziale esclusione della punibilità per talune fattispecie di reato.

cioè se sia ragionevole e condivisibile, alla luce della teoria del bene giuridico, un sistema sanzionatorio in cui talune ipotesi difficilmente accessibili, decisamente meno frequenti, estremamente offensive e dannose, come gli abusi di mercato sono sanzionate in modo tanto severo, mentre per altre diffusissime, molto dannose ed altrettanto offensive si sanciscono l'inoperatività di fatto<sup>427</sup> o, ad esempio, si concede la via della estinzione per prescrizione<sup>428</sup> prima quasi sconosciuta; verrebbe altresì altresì da domandarsi, di conseguenza, quali siano le effettive potenzialità di contrasto alla dilagante criminalità di un ordinamento caratterizzato da tali evidenti

---

<sup>427</sup> come per i reati societari all'indomani della riforma del 2002.

<sup>428</sup> come per le ipotesi di bancarotta, di fatto imprescrivibili prima della L. 251/2006.

squilibri e profonde irrazionalità, se sia idoneo a garantire quella uguaglianza e quel finalismo rieducativo della pena imposti dalla Costituzione, ma in questa sede cuore dell'analisi sono l' *"an et quia puniri"* degli abusi di mercato.

### **3. Offensività in astratto degli abusi di mercato.**

Non sempre, in dottrina, si è affermato che tutti gli abusi di mercato fossero necessariamente da criminalizzare, in quanto non necessariamente "nocivi" per il mercato. La scuola economica liberale statunitense (meglio conosciuta come

*Chicago School*<sup>429</sup> ravvisava nell'insider trading, non solo un carattere fisiologico del mercato ed un modo del tutto lecito per motivare i dirigenti delle società consentendo loro di ottenere dei guadagni "extra"<sup>430</sup>, ma addirittura qualcosa di benefico per il benessere del mercato stesso, addirittura ravvisando negli *insiders* due utili funzioni : di indirizzo per gli altri investitori<sup>431</sup>, e di prevenzione dalle brusche oscillazioni dei prezzi dei titoli<sup>432</sup>.

Le tesi ora esposte rappresentano, però, il punto di vista solo di una ben determinata corrente di

---

<sup>429</sup> Scuola economica americana che vede nei suoi esponenti di spicco fra gli altri Gary Becker, Henry Manne, Richard Posner e George Stigler.

<sup>430</sup> In questo senso: MANNE, *Insider Trading and the law professors*, in *Vanderbilt Law Review*, 1970, 547 ss..

<sup>431</sup> In questo senso: MANNE, *Insider trading and the Stock Market*, 1966.

<sup>432</sup> In questo senso: WU, *An economist looks at Section 16 of the Securities Exchange Act of 1934*, in *Columbia Law Review*, 1968, pp. 260 ss..

studiosi e sono state ampiamente criticate<sup>433</sup>: in particolare, si è rilevato come l'opera di velocizzazione nella trasmissione e diffusione delle informazioni potrebbe essere totalmente annientata da operazioni di segno contrario rispetto a quelle compiute, ad esempio dall'*insider*, operazioni poste in essere da operatori del mercato spinti a ciò proprio da una congiuntura loro favorevole venutasi a creare a seguito delle operazioni poste in essere

---

<sup>433</sup> In particolare, all'opera di Manne seguirono le repliche da parte di JENNINGS, *Insider Trading and the stock market, by H.G. Manne*, in *California Law Review*, 1967, pp. 1229 ss., Kripke *Insider Trading and the stock market, by H.G. Manne* in *New York University Law Review*, 1967, pp. 212 ss. , Mendelson, *The Economics of Insider Trading Reconsidered*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1969. pp. 70 ss., SCHOTLAND, *Unsafe at any price: A Reply to Manne, Insider Trading and the Stock Market* in *Virginia Law Review*, 1967, pp. 1425 ss..

dall'*insider*<sup>434</sup>; senza contare che l'operazione compiuta dall'*insider* potrebbe confondersi tra decine di altre operazioni poste in essere unicamente per un fine meramente speculativo e, alla stregua di queste, venire ignorata dal pubblico degli investitori; venne inoltre rilevato che solitamente una siffatta operazione, per quanto consistente possa essere, esercita sull'intero mercato un effetto del tutto trascurabile e, perciò, incapace di stabilizzare il mercato limitando le oscillazioni dei prezzi dei titoli<sup>435</sup>.

Gli oppositori alle tesi portate avanti dagli studiosi della Chicago School fanno invece notare quanto siano destabilizzanti per il mercato questi

---

<sup>434</sup> In questo senso: MENDELSON, *The Economics of Insider Trading Reconsidered*, op. cit.

<sup>435</sup> In questo senso BAINBRIDGE, *The Insider Trading Prohibition: a Legal and Economic Enigma*, in *University of Florida Law Review*, 1986, 45 ss..

comportamenti.

Tra questi vi è chi ha posto l'accento sull'importanza della trasparenza dell'informazione in quanto «pre-requisito dell'efficienza allocazionale del mercato»<sup>436</sup>: ove infatti mancasse la trasparenza nelle informazioni messe a conoscenza del pubblico degli investitori, si verificherebbe per questi ultimi un aumento nel margine di rischio, con conseguente obbligo di sostenere costi aggiuntivi per colmare il loro deficit conoscitivo e che causerebbero quindi la necessità di profitti maggiori per coprirne i costi. Si innescherebbe così una dinamica che porterebbe il mercato ad una situazione di inefficienza dovuta alla necessità per le società di un aumento del

---

<sup>436</sup> In tal senso ROSSI, *La scalata del mercato. La borsa e i valori mobiliari*, Bologna, 1986, 19.

capitale, al quale conseguirebbe un rallentamento nel funzionamento del mercato e una riduzione della liquidità<sup>437</sup>.

Tuttavia, in passato si era sostenuto come nessuno dei predetti orientamenti potesse realmente considerarsi decisivo per orientare il legislatore<sup>438</sup> poiché nessuno di essi forniva elementi che fossero in grado di costituire un fondamento teorico forte a sostegno della liceità o, viceversa, dell'illiceità degli abusi di mercato: fondare la criminalizzazione degli abusi *de quo* sul danno all'efficienza del mercato, derivato dalla presenza di questi fenomeni, secondo questa dottrina, era un assunto niente affatto

---

<sup>437</sup> In questo senso: FAMA, *Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work*, in *The Journal of Finance*, 1970, 383 ss..

<sup>438</sup> In questo senso LINCIANO-MACCHIATI, *Insider Trading. Una regolazione difficile*, Bologna, 2002, p. 53.

dimostrato alla luce della considerazione che, nel periodo in cui tale teoria veniva pubblicata, in presenza di una legislazione debole che non era riuscita a contrastare questi fenomeni, la *performance* dei mercati era stata brillante e fortissima era stata la domanda di titoli da parte dei risparmiatori.

Ma, a nostro parere, tale tesi – pubblicata nel 2002 - andrebbe forse verificata alla luce degli scandali finanziari del 2003/2004 e del crollo dei mercati che si è registrato nel settembre del 2008 a seguito soprattutto dell'esplosione della bolla dei derivati e della crisi dei debiti sovrani: è fatto acclarato che alla base dell'attuale crisi del mercato finanziario, ad esempio, vi siano state anche reiterate e diffuse pratiche delittuose ad opera di alcuni professionisti della finanza, i quali

si sono resi autori di clamorose "frodi" che, come negli U.S.A., malgrado le rapidissime e «splendide» condanne<sup>439</sup>, hanno contribuito al crollo dei listini e alla conseguente ennesima perdita di fiducia del pubblico nei mercati finanziari.

Il mercato, in quanto essenziale per l'economia pubblica, va tutelato, aspetto questo, già colto dal Legislatore del '30<sup>440</sup>. Il mercato, in particolare quello "dei servizi finanziari", andrebbe dunque difeso dagli abusi *de quo* in quanto elemento "necessario per l'autorealizzazione"<sup>441</sup> economica dei consociati i

---

<sup>439</sup> Sul concetto di "splendore dei supplizi" inteso come spettacolarizzazione del provvedimento di condanna si veda FOCAULT, *Sorvegliare e Punire*, trad. it, Torino, 1976, 5 ss.

<sup>440</sup> Cfr. ad esempio il Titolo VIII, Libro II del codice penale.

<sup>441</sup> Così sulla definizione di bene giuridico MARX, *Zur Definition des Begriff «Rechtsgut»*, cit., 62 ss.

quali, attraverso gli abusi di mercato, verrebbero danneggiati sia in una dimensione super-individuale - con la lesione della *market integrity* - che nel patrimonio se, come risparmiatori ed investitori, i titoli posseduti fossero resi oggetto di un abuso di informazioni privilegiate o di un fatto di manipolazione del mercato. Inoltre, non si può non notare che, poiché in genere espressione di una criminalità dei ceti di elevata condizione, queste condotte rientrano a pieno titolo tra i "maggiori delitti", in quanto opera di soggetti la cui "influenza ... agisce ad una maggior distanza e con maggior vigore, distruggendo" nella società "le idee di giustizia e di dovere, e sostituendo quelle del diritto del più forte"<sup>442</sup>.

---

<sup>442</sup> In questo senso BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, op. cit., 48.

Nella scienza penalistica è consolidata l'opinione che l'offensività di un fatto di reato non riguardi l'aggressione, sotto forma di lesione o di messa in pericolo, ad un bene particolare ed individuale, l'oggetto materiale del reato, ma a qualcosa di superindividuale legittimato alla luce della lettura costituzionalmente orientata del bene giuridico che può anche essere inquadrato come bene collettivo<sup>443</sup>, inteso tanto come bene facente capo alle istituzioni dello stato quale loro attribuzioni o proprietà, quanto come beni propri di un interesse diffuso<sup>444</sup> tra i membri della

---

<sup>443</sup> Si pensi all'economia, all'ambiente, la pubblica amministrazione, l'amministrazione della giustizia o l'incolumità pubblica: su tale punto interessanti le riflessioni sul rapporto tra incolumità individuale e pubblica, ergo, comune di GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, su GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, vol. IX, tomo I, Milano, 2008, pp. 164 ss.

<sup>444</sup> SGUBBI, *Tutela penale di "interessi diffusi"*, cit., pp. 439 ss.; *Id.*, *Il reato come rischio sociale*.

collettività o tra vasti gruppi o categorie di consociati.

In tal senso dunque, il mercato e la sua integrità, sono idonei ad assurgere a bene giuridico in quanto valori costituzionalmente protetti quantomeno dall'art. 41 Cost: infatti è impensabile tutelare la libertà dell'iniziativa economica privata senza ipotizzare l'esistenza di un autentico mercato, ovvero fondato unicamente dalla cosiddetta "legge della domanda e dell'offerta".

Il mercato come concetto, come luogo astratto, è di certo un bene o valore strumentale e funzionale indispensabile, esso è condizione esistenziale per qualunque società organizzata, serve alla coesistenza tra i consociati in quanto

---

*Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità,*  
Bologna, 1990.

via lecita allo sviluppo ed al miglioramento della qualità della vita attraverso l'incremento dei loro patrimoni: esso non va letto quale tutela del diritto di arricchirsi e scalare le posizioni della piramide sociale, ma come protezione della concreta opportunità di potervi riuscire attraverso merito ed impegno che nel mercato trovano il luogo ove estrinsecarsi.

In una lettura del delitto come comportamento che offende «le condizioni esistenziali di ogni società organizzate ... e che attengono non a questo e non a quel tipo di socialità, ma alla «socialità» *tout court*»<sup>445</sup> un mercato integro, in cui il successo delle negoziazioni, delle operazioni

---

<sup>445</sup> Così F.MANTOVANI, *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità*, intervento al convegno tenutosi a Macerata nel 2005 dal titolo "Silete poenolgi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi", pubblicato su *Riv.it.dir.proc.pen.*, 3, 2005, p. 869.

di acquisto o cessione di strumenti finanziari o il meccanismo di formazione del prezzo integrante il corretto andamento o funzionamento del mercato non sia frutto di un "abuso", è di certo condizione esistenziale di una società organizzata.

Non è ipotizzabile alcuna libertà di «iniziativa economica privata» se la vita del mercato è condizionata da pratiche legate a vantaggi informativi di taluni competitori su altri o dalle conseguenze della diffusione di notizie inattendibili, infondate (*rectius* "false, esagerate o tendenziose") atte a alterare artificiosamente i prezzi di un indice, una valuta o una merce, diviene una attività economica vincolata da tali pratiche ed il mercato cessa la sua insostituibile funzione di campo di gara tra i vari antagonisti

sacrificando i benefici propri della concorrenza: in pratica la lesione del mercato e della sua integrità comporta necessariamente il venir meno dell'irrinunciabile ruolo di selezione delle offerte migliori presenti determinando inevitabilmente uno scadere da un regime di concorrenza, essenziale per una sano sistema capitalistico, ad un oligopolio nocivo e pernicioso dove taluni partecipanti sono liberi di determinare il successo o l'insuccesso, l'ingresso o l'uscita dei concorrenti unicamente grazie a posizioni di vantaggio informativo, operativo, divulgativo o di posizione, a discapito degli altri operatori e dei cittadini risparmiatori ed investitori, ma prima ancora consumatori ed acquirenti.

Nel codice spagnolo, gli abusi di mercato sono

considerati reati «contro il libero mercato e la libera concorrenza»<sup>446</sup>, ed in particolare, la rubrica del reato equivalente alla manipolazione di mercato, il 284, viene espresso il principio che i prezzi degli strumenti finanziari dovrebbero risultare «da libera concorrenza».

Gli effetti sul patrimonio, privato o pubblico, sono il motore dell'iniziativa economica, anch'esso è un'entità dinamica, mutevole nel tempo, suscettibile di variazioni in aumento o in diminuzione: con la sua attitudine ed idoneità a variare nell'entità e nelle dimensioni il patrimonio trova nel mercato il terreno su cui realizzare concretamente tale attitudine, se però il mercato

---

<sup>446</sup> Cfr. MARTINEZ BUJAN PEREZ-SUAREZ MIRA RODRIGUEZ- FARALDO CABANA BRANDARIZ GARCIA- PUENTE ABA, *Derecho penal economico*, Valencia, 2002, pp. 106-128. Nell'omologo spagnolo rientra anche l'ipotesi di aggrottaggio perpetrato attraverso l'uso della violenza o della minaccia.

è vittima della inarginabile libertà altrui di dar luogo a pratiche abusive, *insider trading* o manipolazione, o minatorie, o ancora violente, il mercato perde questa caratteristica facendo così venir meno la possibilità di incrementare il patrimonio con pratiche lecite ed inoffensive anche per l'economia pubblica<sup>447</sup>.

Il mercato e la sua necessaria integrità sembrano mostrare tutte le caratteristiche per essere un bene giuridico: sembrano dunque esser degni di protezione in quanto elevato a tale rango da una lettura implicita della norma ed in quanto dotati di quelle caratteristiche intrinseche, quali

---

<sup>447</sup> Non a caso un illustre Autore evidenziava come il decremento patrimoniale subito dal singolo non è mai isolato, costituendo null'altro che il riflesso, sul patrimonio individuale, di una dispersione di ricchezza collettiva: così PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l'economia*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, p. 350 e ss..

superindividualità, afferrabilità, offendibilità ed essenzialità per la vita della comunità organizzata<sup>448</sup> che li renderebbero tali.

#### **4. Gli abusi di mercato come «tutela del risparmio».**

A determinare le esposte scelte della più dura repressione e del notevole incremento delle pene fu molto probabilmente solo il bisogno politico del di recuperare consenso e credibilità, più che il

---

<sup>448</sup> Così anche nella dottrina spagnola la quale inoltre specifica che il "soggetto passivo" degli abusi di mercato va sempre e necessariamente inteso in termini collettivi, cfr. MARTINEZ BUJAN PEREZ-SUAREZ MIRA RODRIGUEZ- FARALDO CABANA BRANDARIZ GARCIA- PUENTE ABA, *op.cit.*, p. 108.

desiderio di ribadire la protezione ad un bene di rango costituzionale, ma non è la censurabilità dell'*animus* che spinse il Legislatore qui in analisi, bensì le conseguenze cui si è giunti in tema di tutela dell'interesse protetto e se esso sia da solo idoneo a costituire oggetto della tutela giuridica.

Il legislatore italiano, con la seconda riforma operata nel 2005 con la L. 262, ha scelto di dare una connotazione teleologica, seppur tacciata dalla Dottrina di simbolismo<sup>449</sup>, ben precisa all'attuale quadro normativo degli abusi di mercato, declamato già nella rubrica della legge che ha riformato definitivamente le disposizioni

---

<sup>449</sup> ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la tutela penale del risparmio*, in *La legge per la tutela del risparmio*, cit.; in tal senso anche ZAVARTELLI, *Un primo commento riassuntivo al ddl del risparmio recentemente approvato in via definitiva*, su [www.penale.it](http://www.penale.it).

in materia di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato<sup>450</sup>.

*Appare difficilmente controvertibile, alla luce della lettura classificatoria e sistematica della teoria del bene giuridico<sup>451</sup>, che la legge 28 dicembre 2005, n. 262 denominata esplicitamente "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 301 del 28 dicembre 2005 sembri dichiarare che l'oggetto della tutela giuridica penale non sia tout court «integrità del mercato», ma il risparmio<sup>452</sup>:*

---

<sup>450</sup> Su tale argomento si veda ANNUNZIATA, *Abusi di mercato e tutela del risparmio*, Torino, 2006.

<sup>451</sup> Secondo lo schema di ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 6., in tal senso si veda il precedente capitolo I, § 2.

<sup>452</sup> In tal senso MANNA, *Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione di mercato a seguito della Legge comunitaria del 2004*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 3, 2005, pp. 659 ss., in

il problema a questo punto è cosa debba intendersi con detta locuzione ed in che rapporto si ponga con i mercati finanziari e la loro auspicata integrità.

Per delineare cosa debba intendersi col concetto di risparmio e le sue inevitabili conseguenze sul piano giuridico non si può prescindere, a parere di chi scrive, dal dato semantico e dal suo contenuto economico-patrimoniale: in economia per risparmio si intende la parte dei guadagni o delle entrate di soggetto economico, sia esso persona fisica o ente giuridico pubblico o privato che non viene utilizzato nel periodo in cui tale utilità è guadagnata, ma è conservato e capitalizzato per essere utilizzato in un momento

---

particolare p. 663, e NIGRO-SANTORO, *La tutela del risparmio*, Torino, 2007.

successivo<sup>453</sup>: la finalità del risparmio, dunque, sarebbe quella di disporre in un momento futuro di redditi accantonati e non spesi.

Il risparmio assume a sua volta diverse forme, esso infatti può presentarsi come a) il disavanzo attivo tra prodotto interno di una Nazione e consumi della popolazione, che è detto "risparmio nazionale" e sarebbe poi identico alla somma degli investimenti interni al netto del saldo debitore o creditore verso il resto del mondo<sup>454</sup>; b) per "risparmio pubblico" si intende risparmio conseguito dalla Pubblica Amministrazione (Stato Centrale, enti locali, enti pubblici in generale) ed infine c) il "risparmio privato", ovvero la somma di quanto accumulato

---

<sup>453</sup> Così EINAUDI, *Saggi sul risparmio e l'imposta*, Torino, 1941; DELL'AMORE, *Economia del risparmio familiare*, Milano, 1972.

<sup>454</sup> In tal senso FUÀ, *Lo Stato e il risparmio privato*, Torino, 1961.

da famiglie (risparmio familiare) e imprese (risparmio d'impresa).

Quest'ultimo tipo di risparmio può esser affidato ad un soggetto terzo specializzato il quale, sulla scorta di precisi accordi ed istruzioni convenzionalmente stabiliti, si offre di gestirlo o amministrarlo in qualità di operatore professionale dando luogo al cosiddetto risparmio gestito ed al risparmio amministrato<sup>455</sup>.

Da questa prima sommaria trattazione emerge dunque che il termine "risparmio" ha una doppia accezione, una pubblica ed una privata, una

---

<sup>455</sup> Sul tali concetti si vedano *ONADO, Risparmio gestito in Italia. Caratteristiche generali e problemi di regolamentazione*, in *Consob "Quaderni di finanza"*, n. 21, 1997; *BANFI-Di BATTISTA* (a cura di), *Tendenze e prospettive del risparmio gestito*, Bologna, 1998; *FABRIZI, La struttura del risparmio privato. Strategie, performances, distribuzione e comunicazione*, Roma, 2000; *QUIRICI, La gestione collettiva del risparmio alla luce del TUF e dei successivi decreti attuativi*, in *CAPARVI* (a cura di), *Il mercato mobiliare italiano. Strutture e tendenze evolutive*, Milano, 2003.

assoluta ed una relativa, vale a dire una, pubblica ed assoluta, intesa nel senso di concetto superindividuale ed ulteriore alle esigenze particolari del singolo, ed altra privata e relativa, una accezione legata alla sfera patrimoniale particolare del singolo investitore-risparmiatore, sia esso persona fisica o impresa, tanto piccola quanto grande, entrambe tuttavia estremamente rilevanti nell'articolato quadro del mercato finanziario.

Il concetto di "risparmio" è un ente giuridico in Italia fin dall'alba dell'ordinamento repubblicano, esso è citato come esplicito oggetto di tutela dell'ordinamento già nell'art. 47 della Costituzione la cui potestà legislativa è di esclusiva competenza dello Stato, così come sancito nel successivo art. 117, ma che ha subito

una profonda evoluzione nel suo contenuto.

Quel che la Costituente aveva a cuore di tutelare non era certo il risparmio nel senso di capitale investibile in tipi di enti che erano ancora del tutto estranei all'ordinamento italiano, come le società di investimento a capitale variabile, o le società di gestione del risparmio, o ancora gli organismi di investimento collettivo del risparmio: quel cui ci si riferiva era senz'altro il «risparmio popolare»<sup>456</sup>, tuttavia anche questo tradizionalmente destinato ad esser investito, certamente in tipi altrettanto tradizionali di investimento come beni immobili, quali abitazioni o fondi, o a rimanere presso un conto di deposito bancario, in titoli obbligazionari, solo

---

<sup>456</sup> In tal senso GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. La società per azioni*, Padova 1988, pag. 49, secondo cui nell'intenzione dei Padri Costituenti vi era l'intento di tutelare il risparmio dai rischi dell'inflazione.

eccezionalmente anche nel capitale di rischio dei più importanti complessi industriali del Paese.

Quel che appare mutato, dunque, dall'alba della Costituzione non è il risparmio, ma *l'habitus* con cui è venuto ad ammantarsi nel modo d'investimento in questi anni: le caratteristiche del modo d'investimento tradizionale del risparmio popolare era il "lungo periodo" e il basso coefficiente di rischio a fronte di una bassa rendita in termine di ritorno economico, quello dell'attuale investitore-risparmiatore, almeno fino allo scoppiare della crisi, invece, è l'opposto, cioè investimenti "rapidi", di breve periodo, dotato di una alta esposizione al rischio, ma con rese decisamente elevate<sup>457</sup>.

---

<sup>457</sup> Da tale spunto, autorevole dottrina analizzando il mutato atteggiamento del risparmiatore-investitore, perviene alla conclusione, che il risparmio sia venuto ad assumere le caratteristiche del "consumo", di

Acutamente è stato osservato come difficilmente tra il 1946 ed il 1948 l'elevazione a bene di rango costituzionale<sup>458</sup> da tutelare del risparmio potesse ricomprendere fattispecie ulteriori rispetto alla difesa delle somme depositate presso istituti di credito da improvvise ed incontrollate impennate dell'inflazione, ma ciò non vuol dire che la formula usata dalla Costituente non permetta oggi di farvi rientrare anche ipotesi più moderne di rischi per il risparmio e per il mercato finanziario<sup>459</sup>.

---

come consideri, esattamente come avviene per il fare acquisti di generi di consumo, il negoziare strumenti finanziari un'attività ludica, giocosa, liquida e precaria propria dell'*homo ludens*, in tal senso SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *Giur. Comm.*, I, 2005, p. 343 ed anche in *Foro it.*, 2004, parte V, pp. c. 136 ss.

<sup>458</sup> Inevitabile a questo punto alla già più volte citata lettura costituzionalmente orientata della teoria del bene giuridico nella *teoria generale* di BRICOLA riportata nel precedente capitolo I § 7.

<sup>459</sup> Alla luce di tale considerazione appare inevitabile non concludere come da proteggere e tutelare

Detta considerazione sembra consentire di sciogliere qualunque nodo circa eventuali dubbi di costituzionalità e ma non su una presunta evanescenza relativa all'oggetto giuridico della tutela, essa infatti integra appieno quanto espresso dall'art. 47 Cost., sia nella sua dimensione statica, ovvero il risparmio inteso solo come quantità di reddito da metter via per costituire una riserva, che nella sua dimensione dinamica, ovvero quale strumento che, investito, consente la produzione di nuova ed ulteriore ricchezza ed in questa ottica si incontra col

---

giuridicamente sia qualsiasi forma del risparmio, sia «statica» cioè destinata al mero accantonamento sotto forma di riserva, che «dinamica» cioè utilizzata per l'investimento, ed il suo impiego da qualunque aggressione che corrisponda alle diverse tipizzazioni degli illeciti penali in analisi, così SARCINELLI, *La legge per la tutela del risparmio. Un anno dopo*, in *La legge per la tutela del risparmio*, a cura di ABBADESSA-CESARINI (a cura di), Bologna, 2007, p. 16 ss.

mercato finanziario, quale luogo in cui le aspirazioni di sviluppo ed arricchimento trovano l'opportunità di esprimersi e giungere a realizzazione, ma non è sufficiente.

Il problema sarebbe quel connaturato *deficit* di percepibilità e concretezza proprio del concetto di risparmio, che renderebbe tale valore costituzionale insuscettibile di renderlo inquadrabile quale bene giuridico specifico, in quanto privo delle necessarie caratteristiche per poter assurgere al ruolo di limite per il legislatore e, per il giudice, quale canone interpretativo<sup>460</sup>: sarebbe, da solo, una locuzione priva di quella consistenza necessaria a renderlo collegabile alla vita esteriore e, quindi, a renderlo da solo inidoneo ad incarnare la base su cui fondare

---

<sup>460</sup> Così ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la tutela penale del risparmio*, in *La legge per la tutela del risparmio*, cit., pp. 188 ss.

l'intero sistema penale dei mercati finanziari<sup>461</sup>; in questo senso però, il concetto di risparmio non perde il suo valore, ne muta in un certo senso il contenuto e la funzione, esso diverrebbe comunque idoneo a costituire sempre un "oggetto giuridico", ma sotto forma di "oggetto giuridico di categoria"<sup>462</sup>, un interesse finale che assolve ad una funzione sistematica per la cui protezione, tuttavia, sarebbe necessario tradurlo in altri interessi o valori specifici ed accessori ad esso strumentali, la cui tutela realizza la protezione del primo.

Tra la protezione del risparmio e quella dell'integrità di mercato dunque si stabilisce un legame, un rapporto di inaggirabile accessorietà

---

<sup>461</sup> In tal senso LOSAPPIO, *Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema*, Bari, 2004, pp. 44 ss.

<sup>462</sup> Così ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., p. 46.

del secondo rispetto al primo, dove tuttavia, però, entrambi sembrerebbero finalizzati ad assicurare qualcosa di ulteriore anche ad entrambi loro stessi

## **5. «Risparmio» e «integrità del mercato», alternativi o complementari.**

Nel corso del medesimo anno, il 2005 il legislatore con un agire che nell'ambito della disciplina penalistica apparve, più ancora che insolito, unico e discutibile, intervenne due volte sulle medesime fattispecie di reato, l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione di mercato apportando, in entrambe le occasioni,

alcune modificazioni delle norme e non solo sotto il profilo delle diverse comminatorie.

Il primo intervento avvenne con la Legge 18 aprile 2005, n. 62, "disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004" pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 96 del 27 aprile 2005 (che già andava a novellare la precedente legislazione in tema di mercati finanziari, di cui facevano parte anche la L. 17 maggio 1991 n. 157 che aveva introdotto per la prima volta l'*insider trading* nell'ordinamento italiano, la L. 149 del 1992 ed altre sparse in varie fonti di legislazione complementare), con la quale nell'art. 9 contenente, oltre a tutta una nuova serie di disposizioni in tema di comunicazioni al

pubblico, il Titolo I *-bis*, veniva introdotta tutta l'attuale disciplina in materia di *market abuses*, ivi compresa la attuale tipizzazione delle informazioni privilegiate su strumenti finanziari di cui agli artt. 180 e 181 D.Lgs. 58/98<sup>463</sup>: da subito, soprattutto l'analisi dei diversi «considerando» introduttivi alla legge comunitaria cui si dava attuazione, si disse che

---

<sup>463</sup> Circa i commenti "a caldo" su tale testo della Dottrina si vedano: MUCCIARELLI-LUNGHINI, *Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato: le norme della Comunitaria 2004 (II)*, in *Dir.pen.e proc.*, 12, 2005, pp.146 e ss.; MUCCIARELLI, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, cit., pp.137 e ss.; SEMINARA, *Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato: le norme della Comunitaria 2004 (III)*, in *Dir.pen.e proc.*, 1, 2006, pp. 9 e ss.; MANNA, *Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione di mercato a seguito della Legge comunitaria del 2004*, cit.; BELLACOSA, *"Insider trading": manipolazione, abusi di mercato e responsabilità*, in *Dir.prat.soc.*, 11, 2005, pp. 6 ss.; VIZZARDI, *Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?*, in *Riv.it.dir.pen.proc.*, 2, 2006, pp.704 ss..

l'oggetto giuridico nelle nuove formulazioni di detti reati fosse la cosiddetta *market integrity*, condizione indispensabile per l'efficienza di un sistema che si fonda sulla fiducia riposta dai risparmiatori che, in esso, trovano il luogo ove poter concretizzare legittime aspirazioni o desideri di migliorare le proprie condizioni economiche.

Pochi mesi dopo detta prima riforma, allo scoppiare di celeberrimi scandali finanziari che diffusero i loro disastrosi effetti sui patrimoni di molti risparmiatori-investitori ed in seguito alla naturale, vastissima ed incontrollabile sfiducia dei piccoli investitori nei mercati finanziari, venne emanata una ulteriore e parziale riforma della

precedente disciplina con la L. 262 del 2005<sup>464</sup>: detta disposizione, oltre a modificare in parte fattispecie già esistenti<sup>465</sup>, in realtà introduceva anche una vasta serie di reati prima sconosciuti nel nostro ordinamento<sup>466</sup>, ma soprattutto andava a raddoppiare la pena prevista

---

<sup>464</sup> SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir.Pen.Proc.*, 2006, p. 549 ss.; SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, *cit.*; PALIERO, *La riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, *cit.*

<sup>465</sup> Come ad esempio le false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. o il ricorso abusivo al credito ex art. 218 R.D. 267 del 1942, Omessa comunicazione degli incarichi di componente di organi di amministrazione e controllo, art. 193 D.Lgs. 58 del 1998.

<sup>466</sup> Quali ad esempio l'omessa comunicazione del conflitto d'interessi, art. 2629 -bis c.c., il mendacio bancario o Omessa comunicazione degli incarichi di componente di organi di amministrazione e controllo di cui agli artt. 132 e 137 D.Lgs, 385 del 1993, il falso in prospetto, Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione e False comunicazioni circa l'applicazione delle regole previste nei codici di comportamento delle società quotate di cui agli artt. 173, 175 e 192 D.lgs. 58 del 1998.

precedentemente per gli abusi di mercato e, nella propria rubrica dichiarava espressamente che oggetto giuridico della protezione non fosse proprio l'integrità del mercato, come invece si poteva dire della precedente riforma attuativa delle disposizioni comunitarie dell'anno precedente, ma il «risparmio»<sup>467</sup>.

Il risparmio pareva dunque assurgere a questo punto dell'evoluzione della disciplina a perno su cui ruotava l'asse delle possibili offese, in tema di abusi, penalmente rilevanti sotto forma di semplice messa in pericolo<sup>468</sup>: il risparmio

---

<sup>467</sup> Legge n. 262 del 2005, "Disposizioni per la *tutela del risparmio* e la disciplina dei mercati finanziari" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 301 del 28 dicembre 2005.

<sup>468</sup> Sui reati ad offesa di pericolo CATENACCI, *I reati di pericolo presunto, fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006, p. 415; PARODI GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *Ind.Pen.*, 2000, p. 686;

diventava, nella logica della difesa, ente prioritizzato all'iniziativa economica, veniva protetto, favorito ed incoraggiato in quanto utile e funzionale al bene sancito e garantito all'art. 47 della Costituzione<sup>469</sup>: in pratica, se prima il

---

ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit.; CANESTRARI, voce *Reati di pericolo*, in *Enc.Giur.*, vol XXVI, cit., p. 1; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit.; GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale. I reati di pericolo ed i reati di attentato*, cit., p. 689; RIZ, *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, cit., p. 495; ALEO, *il danno ed il pericolo nel reato*, Catania, 1983; FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, cit., p. 175; PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in cit., p. 644; DELITALA, *Reati di pericolo*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Vol.III, Milano, 1972, p. 1731; MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971; E.GALLO, *riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970; M.GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro Pen.*, 1969, p. 1; PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940; ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, cit..

<sup>469</sup> In realtà quel che animò la Costituente nel formulare la disposizione dell'art. 47 Cost. era più il timore legato al ritorno di preoccupanti fluttuazioni delle valute che altro, tuttavia, non sembra ravvisabile dalla dottrina alcuna ragione per cui non debba estendersi una tutela originariamente prevista

cuore della disciplina era il "sistema bancario", rispetto al quale le garanzie relative ad interessi dei singoli erano subordinate, con le riforme del 2005, ad esser protetto ora è il risparmio pubblico in ogni sua forma, assoluta e relativa, collettiva o individuale, statica e dinamica «la cui attuazione si sovrappone al perseguimento di una migliore efficienza del mercato»<sup>470</sup>.

Il rapporto tra "integrità del mercato" della Legge comunitaria del 2004 e "tutela del risparmio" del Legislatore nazionale segna il

---

a garanzia dei risparmi depositati anche per quelli investiti, così ALESSANDRI A., *Un esercizio di diritto penale simbolico: la tutela penale del risparmio*, in *La legge per la tutela del risparmio*, cit..

<sup>470</sup> Così ALESSANDRI, *Offerta di investimenti finanziari e tutela penale del risparmiatore*, in *Atti del Convegno "Mercato finanziario e disciplina penale"* organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale e dalla Fondazione Centro Internazionale su Diritto, Società ed Economia di Courmayeur, 1993, p. 203 e ss..

tramonto di una vecchia concezione del risparmio e dell'oggetto giuridico della tutela. Se in precedenza il risparmio per la legge era inquadrato in modo unicamente statico, quindi fermo presso i depositi bancari che ne erano il loro luogo naturale, ragionevole e legittimo che cuore della tutela fosse l'intero sistema bancario che custodiva l'intero risparmio collettivo: col cambiamento culturale della società, il risparmio, venendo ad assumere sempre più la dimensione dinamica di capitale da investire, fa sì che il Legislatore abbia spostato il suo presidio su di esso trasformandolo nel nuovo oggetto da garantire che necessita anche, per realizzare questa nuova vocazione di linfa per i mercati e per l'economia globalizzata, di veder garantito, come già detto, la "efficienza" degli stessi nel

senso di tutela del corretto e regolare funzionamento<sup>471</sup> o andamento<sup>472</sup> del mercato stesso sotto forma della *corretta formazione del prezzo* degli strumenti finanziari.

Il risparmio dunque sembrerebbe esser il vero oggetto della tutela aggredibile mediante utilizzazioni illecite di informazioni *price sensitive* o di pratiche manipolative abusive, o ancora di falso dei revisori, le quali però a loro volta sono suscettibili di ledere l'efficienza di quel sistema che è irrinunciabilmente complementare alla nuova vocazione assunta dal risparmio: assunte, dunque, le due vesti, l'una collettiva ed assoluta, come bene superindividuale, costituzionalmente orientato e tutelato, e l'altra individuale e

---

<sup>471</sup> Così MAZZACUVA, *Diritto Penale dell'economia*, cit., p. 409.

<sup>472</sup> In tal senso ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p.431.

relativa, di risparmio individuale e dinamico, potrebbe atteggiarsi apparentemente ad eventuale oggetto materiale del reato che, opportunamente protetto, si vorrebbe incoraggiare stimolandolo a rivolgersi a quel complesso sistema che va sotto il nome di "mercato", la cui efficienza e credibilità ne diviene quindi prerequisito affinché possa esercitare capacità attrattiva sul risparmio.

In una logica quindi più evoluta della visione del risparmio, non legata ad una visione dello stesso come somme depositate, ed a seguito dell'evoluzione subita dal concetto di ricchezza sempre meno realistica e sempre più finanziarizzata, diviene indispensabile per la tutela del risparmio nelle sue due dimensioni, collettiva e dinamica, l'esistenza di un "mercato

integro”, nel significato del legislatore europeo, vale a dire trasparente<sup>473</sup>, efficiente e realmente concorrenziale.

## **6. L'integrità del mercato come bene giuridico specifico, ulteriore e strumentale**

---

<sup>473</sup> Sarebbero infatti indiscutibile «le esigenze di tutela della trasparenza per le società che fanno appello al risparmio nei mercati regolamentati», in tal senso MONTAGNANI, «*il mercato chi è?*»: *prime osservazioni sulla riforma del diritto (penale) societario, scritta dai vincitori*, in *Riv.Soc.*, 5, 2002, pp.1139 ss.: titolo, avverte l'Autore ispirato alla disputa avvenuta tra Rossi e Pecorella, *Italia, un paradiso off-shore*, in *MicroMega*, 2001, p. 196 : «Il mercato chi è? Il mercato non è mica un soggetto fisico penale non è come il civile. Nel penale non è che io tutelo la correttezza, io tutelo gli interessi reali» (definita «ruvida sincerità» da ALESSANDRI, *La legge delega 366 del 2001 un congedo dal diritto penale societario*, in *Corr.giur.*, 2001, p. 1549, nota 20) e all'orgogliosa attribuzione di paternità al «vincitore» della riforma da parte di LANZI, *La riforma sceglie la risposta «civile» contro l'uso distorto dei reati societari*, in *Guida al dir.*, 2002, 16, pp. 9 ss. .

## **rispetto al risparmio.**

La dottrina tradizionale statunitense affermava che, l'interesse da tutelare, fosse una condizione di c.d. *equal access*, ossia di pari possibilità di accesso alle informazioni per tutti gli investitori (posizione, questa, condivisa anche da autorevole Dottrina italiana)<sup>474</sup>, ma il Legislatore comunitario ha invece optato, nel dichiarato intento di accrescere anche la fiducia degli investitori, per tutelare l'integrità di un mercato

---

<sup>474</sup> V. le dichiarazioni del Sen Prof. Marcello Gallo, che nell'ambito dei lavori della Commissione Giustizia del Senato ai tempi dell'elaborazione della prima legge italiana sull'insider trading ebbe a dichiarare : "il provvedimento mira a prevenire e reprimere comportamenti illeciti intendendo tutelare una reale *par condicio* tra tutti coloro che hanno accesso al mercato dei valori mobiliari" (Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, seduta del 19 luglio 1990).

finanziario in cui professionisti del settore sono sicuramente in grado di orientare le loro azioni grazie alla conoscenza di una quantità di informazioni sicuramente più consistente rispetto a quella di un qualsiasi investitore occasionale o, comunque, non professionista<sup>475</sup>.

La prevalente dottrina rinviene il bene giuridico tutelato non più in una prospettiva di statica mera affidabilità o accessibilità delle sole informazioni da parte degli investitori, interpreta il concetto di integrità del mercato in una più dinamica prospettiva di tutela del "regolare e corretto funzionamento del mercato"<sup>476</sup>, basilare

---

<sup>475</sup> In questo senso: BRANSON, *Securities Regulation After Entering the Competitive Era: the Securities Industry, SEC Policy and the Individual Investor*, in *Northwest University Law Review*, 1980, 858 ss.

<sup>476</sup> In questo senso: MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*" op. cit.; così anche ZANNOTTI, *Il*

per un'effettiva tutela del risparmio così come imposta dall'art. 47 della Costituzione. E' notorio, infatti, che il giusto prezzo dei titoli su un mercato funzionante debba formarsi esclusivamente in virtù del meccanismo della domanda e dell'offerta, le quali dovrebbero a loro volta formarsi a seguito di valutazioni nate dall'analisi delle informazioni reperibili sul mercato.

Se, invece, sul mercato venissero tollerati quei comportamenti che definiamo abusi, si innescherebbe quel meccanismo di sfiducia da parte degli investitori nei confronti del mercato che la Direttiva mirava ad evitare: i potenziali investitori verrebbero dissuasi dall'investire di fronte agli ingiusti guadagni degli insiders o dei

---

*nuovo diritto penale dell'economia – Reati societari e reati in materia di mercato finanziario, op. cit., 405.*

manipolatori determinando l'abbandono in massa dei risparmiatori dal mercato, i quali percepirebbero tali profitti come iniqui. Tutelare il mercato finanziario, che per sua natura è oggi un mercato privo di confini nazionali, comporta altresì la tutela direttamente della Comunità Europea: questa infatti, come organismo, proprio nel suo mercato ha la sua origine<sup>477</sup>. Il mercato della CE, è *l'ubi consistam* stesso di quel sistema sociale sovranazionale che gli Stati aderenti hanno voluto e che intendono difendere attraverso la repressione di tutti quei comportamenti che possano provocare un

---

<sup>477</sup> Al contempo momento essenziale ed indispensabile condizione d'esistenza per la stessa Comunità che dichiaratamente nasce proprio come Mercato Unico con la firma del Trattato di Roma del 1957 che, altresì, istituì anche i 4 organismi fondamentali della neonata Comunità: Commissione, Consiglio, Parlamento e Corte di Giustizia.

“disturbo”<sup>478</sup> al suo corretto e regolare funzionamento.

Non può non notarsi, inoltre, anche la forte connotazione etica che caratterizza le ragioni della punizione in questo ambito, gli abusi di mercato vengono criminalizzati per evitare che possa esservi sul mercato qualcuno che, agendo disonestamente sulla base di informazioni non reperibili dalla generalità degli investitori, o che diffondendo notizie false, realizzi profitti ingiusti e provochi alterazioni dei prezzi a seguito di pratiche scorrette se non criminali.

Quanto sopra ben fa comprendere come l'integrità del mercato, intesa come suo regolare e corretto funzionamento, abbia due intime

---

<sup>478</sup> Per usare le parole di AMELUNG, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., 330, che concepisce il reato proprio come “disturbo del funzionamento di un sistema sociale”.

connotazioni, da un lato incarna un limite critico<sup>479</sup> all'interno del sistema penale offrendo la misura dell'offensività dei fatti astrattamente sussumibili sotto tali fattispecie, dall'altro è momento di concretizzazione dell'incoraggiamento e della tutela del risparmio che i Padri Costituenti vollero. Garantire un mercato "integro", ove ciascuno agisca "senza" ledere gli altrui interessi tutelati, è attuazione piena della teoria della assenza di limiti all'accumulazione capitalistica<sup>480</sup>, oltre che risposta ad una criminalità che ha una "maggiore

---

<sup>479</sup> O "selettore" così PADOVANI, *In tema di bene giuridico*, in *Cass. Pen.*, 1987, 672.

<sup>480</sup> John Locke costruisce la teoria della assenza di limiti all'accumulazione capitalistica sull'idea che terre americane siano liberamente appropriabili in quanto incolte ed abbandonate e perciò appropriabili "senza pregiudizio di altri", cfr. LOCKE *Secondo trattato*, in *Due trattati sul governo*, trad.it. di L. PAREYSON, Torino, 1968, Cap. II, 33-36, 264 ss.; in tal senso anche FERRAJOLI: *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, 2004, p. 26.

dannosità sia economica, che sociale, e che gode di una sostanziale indifferenza dell'opinione pubblica e delle istituzioni"<sup>481</sup>.

Del resto, proprio in quanto autenticamente interpretabile quale elemento essenziale ed irrinunciabile per la realizzazione di un mercato finanziario unico, «integrato ed efficiente»<sup>482</sup>, considerato cruciale per la crescita economica e la creazione di posti di lavoro nella Comunità Europea, attraverso la tutela dell'integrità del mercato ed al fine di accrescere anche la fiducia degli investitori nei mercati<sup>483</sup>, è d'immediata percezione che l'integrità del mercato costituisca un interesse concreto, reale, pre-esistente alla

---

<sup>481</sup> In questo senso FORTI "La scoperta dei white collar crime" in *Manuale di Diritto Penale d'Impresa* a cura di ALESSANDRI, Torino, 2003, 60.

<sup>482</sup> Cfr. considerando introduttivi alla Direttiva 2003/6/CE n. 1 e 2.

<sup>483</sup> Cfr. considerando introduttivi alla Direttiva 2003/6/CE nn. 1, 2 e 12.

comminatoria penale riferibile a tutti i consociati<sup>484</sup>, «situazione di valore offendibile e tutelabile ... in cui si concretizzano i presupposti indispensabili della convivenza di un gruppo»<sup>485</sup>.

La *market integrity*, dunque, sembra prestarsi perfettamente, anche nella interpretazione più ampia di regolare e corretto funzionamento del mercato, ad esser il vero interesse da tutelare in quanto interesse della CE e dei singoli Stati membri «a conservare le condizioni della propria esistenza»<sup>486</sup> e non solo: il risparmio di massa, la sua difesa e promozione attraverso le nuove

---

<sup>484</sup> Così, in tema di bene giuridico, ALESSANDRI, *La tutela penale del mercato finanziario*, in PEDRAZZI – ALESSANDRI – FOFFANI – SEMINARA – SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, cit., 24.

<sup>485</sup> In tal senso ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristische Shulung*, 1966, 381 ss.

<sup>486</sup> Caratteristica questa dell' "oggetto giuridico sostanziale generico" in questo senso ROCCO, "L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale", cit., *passim*; in senso contrario si veda CARNELUTTI, *Il danno ed il reato*, cit., 51.

tutele che godono altresì di copertura costituzionale rendono l'integrità del mercato ancor più centrale nel sistema che si è venuto a creare in funzione del suo innegabile valore strumentale rispetto ad esso soprattutto in una economia globalizzata caratterizzata dalla finanziarizzazione della ricchezza e degli investimenti.

Ma il risparmio di per sé parrebbe difettare di un *quid* di concretezza per la difficoltà di percepire in esso un necessario substrato di valore<sup>487</sup> per assurgere esso stesso ad oggetto giuridico specifico della tutela che tuttavia può esser realizzato attraverso la tutela di beni o valori accessori ben più suscettibili di esser percepiti nella realtà esteriore come ad esempio il corretto

---

<sup>487</sup> ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la tutela penale del risparmio*, in *La legge per la tutela del risparmio*, cit., pp. 188 ss.

funzionamento, il buon andamento, la trasparenza e concorrenzialità quanto più prossima alla perfezione: inevitabile, dunque, non trarre da tale consapevolezza la conseguenza che la protezione del risparmio debba attuarsi tramite l’emanazione di norme poste a tutela di valori, beni o interessi giuridici ulteriori e strumentali, atte a delineare una disciplina finalizzata a garantire l’adeguamento degli operatori finanziari a *standards* comportamentali che integrino essi stessi la tutela del risparmio, individuale e collettivo, minacciato da prassi manipolative o abusive, in genere inquadrabile in vere e proprie induzioni dei comportamenti collettivi dei risparmiatori<sup>488</sup>.

---

<sup>488</sup> In tal senso SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, op. cit., p. 345 .

## **7. La credibilità ed affidabilità del mercato finanziario come “scopo della norma” nelle LI. nn. 62 e 262 del 2005.**

Per esplicita affermazione, l'integrità del mercato va anche letta come scopo che la Direttiva comunitaria<sup>489</sup> si prefigge di raggiungere: la Comunità intendeva chiaramente scoraggiare ogni pratica abusiva degli investitori, ma è doveroso chiedersi se la via della criminalizzazione sia la più idonea a garantire l'effettività di quell'interesse essenziale e innato nella CE che è l'integrità dei suoi mercati e quale fosse realmente lo scopo che il Legislatore comunitaria intendesse perseguire.

---

<sup>489</sup> Cfr. considerando introduttivi alla Direttiva 2003/6/CE nn. 1, 2 e 12, cit.

Il quadro sanzionatorio, venutosi a creare in Italia dopo l'avvento della L. 62/2005 (che dava esecuzione alla Direttiva 2003/6/Ce) e della L. 262/2005, ha lasciato molti dubbi circa la reale raggiungibilità dei fini cui le norme mirano, soprattutto alla luce della proporzione tra l'oggettiva gravità delle condotte di reato tipicamente individuate e l'entità delle pene per esse previste<sup>490</sup>.

La decisione di sanzionare in maniera così energica i c.d. *market abuses* invece di procedere ad una riforma organica, volta a

---

<sup>490</sup> La pena originaria della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro ventimila a euro tre milioni prevista a seguito della riforma operata dalla l. 18 aprile 2005, n. 62 è stata raddoppiata in forza dell'art. 39 l. 28 dicembre 2005, n. 262. La predetta disposizione prevede che la pena venga aumentata «entro i limiti posti per ciascun tipo di pena dal libro I, titolo II, capo II del codice penale», ma la pena della multa originariamente prevista era già ampiamente fuori dai limiti codicistici dell'art. 24 del c.p., potendosi così ritenere che nel caso di specie anche la pena della multa debba essere raddoppiata.

razionalizzare le sanzioni minacciate dalle fattispecie rientranti nell'ambito del diritto penale economico, appare difficilmente condivisibile (prova tangibile della sproporzione che sussiste tra le sanzioni minacciate per le varie fattispecie rientranti nell'ambito del diritto penale dell'economia, è costituita dalla fattispecie di false comunicazioni sociali, unanimemente considerato ben più grave rispetto a quello di abuso di informazioni privilegiate, eppure sanzionato in maniera molto più mite). Una situazione del genere altro non è se non uno degli effetti di una legislazione penale che procede sempre per riformulazioni parziali e stratificazioni legislative, fenomeno purtroppo frequente in un diritto penale, quale è quello odierno, che alcuni autori non hanno esitato a

definire "schizofrenico"<sup>491</sup>.

L'evidente irrazionalità del sistema sanzionatorio disposto per gli abusi di mercato da tali recenti modifiche si è immediatamente prestata a fondare condivisibili critiche di parte della Dottrina più accreditata che, in quei notevoli aggravii di pena, ha giustamente ravvisato un «rimedio ritagliato *ad hoc*» volto a riparare «però solo esteticamente, al vuoto ... di risposte concrete sul piano dei controlli e degli interventi anteriori alla deflagrazione»<sup>492</sup> di gravissime situazioni (salite poi alla ribalta delle cronache giudiziarie) nella speranza di acquietare l'opinione pubblica attraverso un aumento senza precedenti della pene edittali. A nostro parere,

---

<sup>491</sup> Per una analisi approfondita del tema in questione vedi MUSCO, *L'illusione penalistica*, 2004, p. 60.

<sup>492</sup> Così ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Manuale di Diritto Penale d'Impresa*, cit., 9.

detti aggravi "reattivi", però, rappresentano una sorta di pena simbolica, adattabile a manifesto, utile più a fini politici, che preventivi, la cui malcelata vocazione alla esemplarità, contro cui la dottrina tedesca da sempre si scaglia<sup>493</sup>, non è affatto in linea con lo stesso Stato di diritto<sup>494</sup>.

Ma questa riflessione sull'irrazionalità del sistema porta all'evidenza la vera domanda da porsi nello studio dell'attuale assetto punitivo dei c.d. abusi di mercato, cioè se sia davvero quella della sanzione penale la via migliore da percorrere al fine di raggiungere lo scopo che il Legislatore voleva perseguire e quale fosse questo scopo.

La pena deve sempre e necessariamente essere

---

<sup>493</sup> per le ragioni di tale ostilità P.J.A. FEUERBACH, *L'Anti-Hobbes*, Erfurt, 1798, *passim*, condivise da RADBRUCH *Eine Feuerbach-Gedenkre-de*, Tubinga, 1952, *passim*.

<sup>494</sup> Così CATTANEO *Presentazione all'Anti-Hobbes*, Milano, 1972, XXXIII ss.

l'ultima delle possibilità, soprattutto la pena limitativa della libertà personale, l'ultimo strumento da utilizzare per il Legislatore al fine di regolare la vita dei consociati tutelandone gli interessi. Sulla base delle moderne concezioni dei principi che governano il diritto penale (ossia inteso come strumento *sussidiario* di protezione *frammentaria* dei beni giuridici<sup>495</sup>), il legislatore dovrà optare per la scelta della sanzione penale soltanto come *extrema ratio*, dopo aver analizzato la sua intenzione alla luce di determinati principi: alcuni di ordine *contenutistico*, relativi cioè all'oggettività giuridica tutelata attraverso i precetti e al grado di offensività delle relative condotte, quali quello

---

<sup>495</sup> In questo senso, per questa definizione: PALIERO «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pp. 159 ss..

di "proporzione" e quello di "sussidiarietà" della risposta punitiva; altri di ordine "strutturale", relativi alle peculiarità sostanziali e processuali della sanzione penale, quali quello di "idoneità" della risposta punitiva.

È agevole quindi desumere che il Legislatore agisce nel rispetto del principio di proporzione quando abbia riservato la sanzione penale soltanto agli illeciti di maggiore gravità (avuto riguardo alla natura del bene giuridico tutelato e all'intensità dell'offesa arrecatagli) e, nel rispetto del principio di sussidiarietà, solo quando effettivamente non è altrimenti possibile prevenire e reprimere l'illecito in maniera altrettanto efficace<sup>496</sup>; inoltre, viene fatto notare in dottrina che questi due requisiti devono essere

---

<sup>496</sup> In questo senso: PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. Pen.*, 1986, p. 46.

entrambi presenti perché il legislatore possa optare per la sanzione penale, dovendosi viceversa ricorrere alla sanzione amministrativa quando ricorra soltanto uno e non entrambi i requisiti sopra citati<sup>497</sup>. In altre parole, si faccia ricorso al diritto penale soltanto nei casi in cui l'accertamento e la repressione dell'illecito richiedano un'ampiezza di poteri che ecceda quelli attribuiti per la repressione di illeciti amministrativi<sup>498</sup>.

Emerge dunque l'esigenza di ravvisare, nella scelta di criminalizzare una condotta, quel

---

<sup>497</sup> In questo senso: PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv.It.dir.proc.pen.*, 1984, p. 955.

<sup>498</sup> Per uno studio approfondito del principio di idoneità, si rimanda alle opere di DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Diritto penale in trasformazione* a cura di MARINUCCI – DOLCINI, Milano, 1985, p. 397 ss.; Id., *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, p. 777 ss..

requisito di “*necessità*” del diritto penale che è stato definito assiomatico e caratterizzante l’intero garantismo penale<sup>499</sup>, espresso nella massima *nulla lex poenalis sine necessitas*, unico argine alle odierne tendenze ipertrofiche del sistema, il quale impone che si punisca solo quando è necessario e con pene la cui efficacia sia concretamente rispondente alla necessità che l’ha generata. L’efficacia, si noti, è, per sua natura, concetto relazionale, cioè, capacità della norma di raggiungere i fini cui è indirizzata, efficacia della pena minacciata quindi che, nel tema *de quo*, va letta come capacità di garantire quel regolare e corretto funzionamento del mercato finanziario della CE che incarna il concetto di integrità dei mercati. Tuttavia già

---

<sup>499</sup> Così FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pagg. 71 ss.

Kant ammoniva che la «*poena forensis* non può mai venir decretata come un mezzo per giungere a un bene ... a profitto della società civile ... l'uomo non deve mai essere trattato come un mezzo in servizio dei fini di un altro»<sup>500</sup>, ma tale incontrastabile considerazione va bilanciata con le esigenze di tutela precedentemente evidenziate e con il carattere finalistico della pena che richiede che questa, affinché raggiunga lo scopo che la Costituzione italiana le affida, sia proporzionata, «razionale e giusta»<sup>501</sup>, riflessione questa che riverbera, secondo noi, l'eccessività dei limiti edittali attualmente previsti.

Nella società contemporanea, però, a causa degli stessi irrinunciabili bisogni del mercato, delle

---

<sup>500</sup> KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. it., cit., p 164 ss.

<sup>501</sup> Così NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tubinga, 1962, *passim*.

imprese e dei singoli consociati, «è la cosiddetta arroganza economica ... a creare una serie di spinte verso ... scorciatoie criminali»<sup>502</sup> che, a parere di chi scrive, rendono la norma penale l'unico mezzo in grado davvero di garantire il raggiungimento di quegli scopi che la Direttiva 2003/6/Ce e la L. 262 del 2005 si prefiggevano. L'analisi, dunque, va spostata necessariamente su quale, tra le sanzioni offerte dal sistema penale, sia la più adatta a fronteggiare questo tipo di reati che sono tipicamente crimini dei colletti bianchi<sup>503</sup>, nel rispetto dei principi di prevenzione generale e speciale voluti dal

---

<sup>502</sup> SCORDAMAGLIA, *Colpa responsabilità e pena*, Rassegna Convegni di Cultura Maria Cristina di Savoia, n. 3/4/5 Mag./Ott., 2002, 50 ss.

<sup>503</sup> Nel senso di "reato commesso da una persona rispettabile e di elevata condizione sociale nel corso della sua occupazione", in tal senso SUTHERLAND, *White collar crime. The uncut version*, New Haven e Londra, 1983, cit., Milano p. 8.

Legislatore del '30 e delle finalità rieducative sancite nella Costituzione e che uccidono la fiducia nei mercati.

Alla luce di quanto sin qui detto in tema di rapporti tra risparmio ed integrità del mercato, con il suo irrinunciabile portato di garantire ai consociati che i mercati finanziari siano un luogo governato da correttezza, trasparenza, efficienza, buon andamento e concorrenza, quel che il legislatore sembrava realmente avere in animo pare fosse raggiungere la protezione dell'affidamento<sup>504</sup> riposto dai risparmiatori-investitori nel mercato attraverso una disciplina che garantisse la "credibilità" ed "affidabilità" proprie del mercato stesso, vale a dire affermare

---

<sup>504</sup> Sul principio di affidamento nelle discipline penalistiche si veda F.MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009, pp. 536 ss.

la sua attitudine di poter rappresentare quel campo di gara dove, con merito e prudenza, poter migliorare le proprie condizioni di vita investendo i risparmi e senza dover temere che a regolare tale "partita" fosse la spregiudicatezza o l'abuso di taluni operatori, ed attraverso questa operazione, assicurare ai mercati finanziari l'afflusso di capitali, la cui fuga i continui e disastrosi scandali potevano comportare.

Quel che pare fosse realmente lo scopo perseguito, in realtà prima dal Legislatore europeo e poi da quello nazionale, era affermare la credibilità ed affidabilità dei mercati finanziari europei e proteggere questi ultimi dalla inevitabile sfiducia, da cui potevano esser investiti a seguito delle noti e citati *crack*<sup>505</sup>, attraverso la protezione dell'integrità di mercato

---

<sup>505</sup> Si veda precedente nota 59.

nel suo ampio significato a sua volta strumentale per proteggere il risparmio, sia in senso collettivo, che in senso individuale.

Alla luce di questa riflessione, dunque, emergerebbe anche l'inadeguatezza dei rimedi propri del diritto civile, i quali, considerati soprattutto i tempi del processo, e la nuova disciplina dei reati societari a dir poco ospitale per «operatori inclini alla penombra»<sup>506</sup> renderebbero di certo chimerica la pretesa di raggiungere in Italia il fine della Direttiva 2003/6/Ce e la tutela del risparmio attraverso una via diversa rispetto a quella della criminalizzazione: i soggetti che effettivamente sono nell'attuale possibilità di commettere un abuso di mercato, infatti, doverosa eccezione fatta

---

<sup>506</sup> Così PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, in *cit.*, p. 1370.

per le ipotesi minori, sono individui la cui posizione economica e sociale fa sì che attualmente solo la pena, tra le conseguenze negative tipiche del diritto, possa esercitare una qualche forza dissuasiva.

La norma penale, dunque, soprattutto in Italia dove i tempi del processo civile<sup>507</sup> da sempre rendono sostanzialmente ineffettivo il principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, risulta lo strumento di diritto ad oggi maggiormente idoneo a tutelare e garantire l'integrità del mercato, purché, però, venga messa realmente in condizione di raggiungere gli

---

<sup>507</sup> Definiti anche «coma» da MONTAGNANI, *«il mercato chi è?»: prime osservazioni sulla riforma del diritto (penale) societario, scritta dai vincitori*, cit., p. 1160; in tal senso altresì si veda CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 22 ss., ed anche i dati riportati in VERDE, *In favore di un processo normale*, ivi, c.56.

scopi cui è indirizzata. Forse proprio per l'evidenziato carattere di essenzialità per la CE, sarebbe il caso che gli Stati membri ipotizzassero, se non addirittura la creazione di un eventuale organo di giustizia superiore competente in tema di reati dagli effetti di portata comunitaria, l'istituzione di organismi di vigilanza, polizia e controllo, che abbiano la possibilità effettiva di adempiere alla loro funzione senza che siano limitati nell'azione dai confini degli Stati membri come "cani alla catena", in modo da far divenire l'Europa sempre più una Comunità unita nel diritto, dove il rispetto delle norme è misura di civiltà, e dove ciascuna nazione "multarum voluntate vim obligandi accepit"<sup>508</sup> a garanzia della "libertà"<sup>509</sup>

---

<sup>508</sup> Così GROZIO, *De jure belli ac pacis*, Parigi, 1625, lib I, cap. I, § XIV, 1, 30, in tema di *jus gentium*

di ciascun individuo.

## **8. Affidabilità dei mercati europei e tutela dell'affidamento nei mercati finanziari.**

Il cosiddetto "principio di affidamento" è una locuzione derivante dalle dottrine civilistiche, ma che già da diverso tempo ha trovato il suo naturale alveo penalistico nella teoria generale della colpa<sup>510</sup>: tale definizione sta ad indicare la tutelata consapevolezza di cui ciascun consociato

---

quale regolatore di una *universalis societas gentium* dove la forza del suo diritto dipende dal consenso degli Stati "*moratiores*", cioè più civili.

<sup>509</sup> «*Servi legum esse debemus ut liberi esse possimus*» così CICERONE *Epistulae ad Atticum*, 65-43 a.C., XII. 28.2.

<sup>510</sup> In generale *ex multis* si veda M.MANTOVANI, *Principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.

deve poter godere che il prossimo tenga un comportamento corretto, in particolare, rispettoso di regole cautelari, siano esse scritte o meno, relative alle diverse discipline, materie o attività caratterizzate da una certa attitudine al rischio, esercitate orientate a prevenire o a ridurre la portata di pericolo da queste ultime derivante<sup>511</sup>.

Tale teoria dunque presuppone l'analisi di quattro aspetti essenziali, di cui il primo è il tipo di attività che si svolge: esse possono essere attività rischiose autorizzate o non autorizzate<sup>512</sup>, per le seconde *nulla quaestio*,

---

<sup>511</sup> In tal senso F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, cit., p. 536.

<sup>512</sup> Rispetto alle prime si parla di rischio consentito, consentito in ragione dell'esigenza dello Stato di non porsi in contraddizione con se stesso, cosa che avverrebbe qualora si autorizzasse una attività rischiosa ma si ponesse in capo all'agente il fio del rischio, il problema tuttavia sta nella misura del

esse sono illecite e talora punite, come nel caso degli artt. 423 o 674 c.p., ma per le prime, esse sono subordinate a principi cautelari che si esprimono in discipline che impongono i presupposti ed il come esercitare l'attività rischiosa finanche all'astensione dallo svolgerla in determinate modalità, l'assunzione preliminare di determinate informazioni, la comunicazione delle regole cautelari a terzi che svolgono materialmente l'attività rischiosa, i criteri di scelta dei collaboratori e gli obblighi di controllo sull'operato degli stessi che potrebbero dar luogo ad ipotesi specifiche di *culpa in eligendo* e *culpa*

---

rischio consentito, vale a dire entro che limiti si opera all'interno dell'autorizzazione e quando invece al di fuori: tale dilemma è risolto con una duplice prospettazione, quella della predeterminazione legislativa delle regole cautelari da rispettare e quella delle autorizzazioni amministrative sempre però subordinate a determinate regole precauzionali, così F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, cit. p. 537.

*in vigilando*<sup>513</sup>.

Per quanto i settori dell'esistenza in cui tale principio dispiega i suoi effetti sia in via di crescente allargamento<sup>514</sup>, tuttora esso è gode di una certa omogeneità, difatti, sono tutti rientranti nel campo proprio della colpa: di certo, nei mercati finanziari è presente l'elemento del rischio, rischio proprio di qualunque

---

<sup>513</sup> F. MANTOVANI, *ivi*, p. 538; in particolare, per le ipotesi di violazione degli obblighi di controllo degli organismi ad esso preposti in ambito di mercati finanziari, abusi di mercato, società di capitali e posizione di garanzia si veda NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penali*, *op. cit.*

<sup>514</sup> In tal senso F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, *cit.* p. 539, il quale ricordando come tale dottrina sia sorta nel settore della circolazione stradale, si sia poi estesa ad altri ambiti di attività rischiosa, come quella della «collaborazione sincronica», sia essa orizzontale (come nel caso di *equipe* medica composta da persone di pari grado ed autonomia) o verticale (come nel caso di *equipe* composta di medici in diversa posizione gerarchica), e «collaborazione diacronica», cioè che avviene in tempi diversi (come nel caso dei medici di turno che si susseguono nella cura di un paziente).

investimento, ma, i delitti in analisi, non è previsto vengano imputati a titolo di colpa, meno che mai, che possano essere condotte ascrivibili nella categoria di abuso quelle che hanno provocato un semplice aumento del rischio di verifica di un pericolo conseguente alla mancata osservanza di una regola cautelare,, anche perché, se si volesse in futuro optare per una diversa prospettazione, ciò renderebbe vastissimo, quasi incontrollabile, l'ambito applicativo di tali fattispecie.

Gli abusi di mercato sono stati tipizzati come illeciti costruiti sul modello di condotte consapevolmente realizzate ma che non si sarebbero dovute tenere, come nel caso di fare un ordine di acquisto di un determinato titolo in forza di un vantaggio informativo dovuto alla

propria qualifica funzionale o il diffondere una informazione fuorviante in modo idoneo a far variare il valore di un indice, condotte queste inconciliabili con quelle tipicamente colpose.

Di certo si può parlare di tutela dell'affidabilità dei mercati finanziari, ma non in relazione ad una diretta protezione dei risparmiatori-investitori che tutti i concorrenti, gli operatori, gli interessati o coinvolti nel mercato si comportino secondo correttezza e nel rispetto di regole cautelari proprie del *principio di affidamento* come precedentemente esplicitato, ma come garanzia che il valore degli indici, valute, merci e titoli sia frutto soltanto della c.d. *legge della domanda e dell'offerta* e non di illecite pratiche manipolatorie o abusive, come nell'illecita traduzione di un vantaggio informativo in un

vantaggio patrimoniale, spogliando dunque il mercato della sua veste naturale di luogo in cui lecitamente migliorare le proprie condizioni economiche<sup>515</sup>.

Il problema della applicazione della teoria della tutela dell'affidamento in ambito finanziario, dunque, è che le fattispecie in analisi, gli abusi di mercato, essendo stati costruito *sub specie* di delitti punibili soltanto a titolo di dolo, seppur generico, sempre e solo dolo, difficilmente si può prospettare nella commissione di una delle fattispecie previste e punite nell'art. 184 e 185 T.u.f. una lesione dell'affidamento dei risparmiatori in senso tecnico, poiché, come visto, per parlare dogmaticamente di affidamento, bisogna trovarsi nel campo nella

---

<sup>515</sup> Su tale visione del mercato cfr. PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l'economia*, op.cit., p. 350

colpa e non in quello del dolo.

## **9. Aggravante della “rilevante offensività” del fatto: un’ipotesi di aggravante indefinita?**

Con la seconda riforma del 2005 è stata introdotta per ciascuno degli abusi di mercato una aggravante nella cui formulazione per la prima volta è stata positivizzata nell’ordinamento giuridico italiano il concetto di “offensività”, locuzione che non poteva mancare di suscitare dei dubbi circa il suo significato in senso applicativo nel senso di cosa debba intendersi per offensività, se qualcosa di astratto o qualcosa di concreto, qualcosa di afferente all’oggetto

giuridico tutelato o, forse, più coincidente col danno patrimoniale: quali siano, in sostanza, i parametri con cui verificare o riscontrare quando un fatto di *insider trading* o manipolazione di mercato sia da considerare tale da far apparire, «per la rilevante offensività», come inadeguata la pena edittale prevista nel massimo, vale a dire 12 anni e la multa milioni di euro.

Ci sembra da escludere che debba considerarsi come "offensività del fatto" qualcosa che afferisca al piano immateriale dell'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma e questo in ragione di una elementare constatazione, ovvero che non è possibile richiedere ad un Giudice un'opera interpretativa che abbia ad oggetto aspetti non appartenenti alla normazione positiva come il bene giuridico e la sua lesione in astratto,

soprattutto se accogliamo una lettura metapositivistica del primo: è la stessa mancanza di esplicita normatività dei due concetti e la conseguente carenza di concreti parametri valutativi a renderne impossibile l'accertamento in una sede che ha come ambito quello squisitamente concreto e non l'astrazione; del resto, in quanto aggravanti, queste non possono che legarsi al fatto nella sua materiale oggettività, ed è qui che la luce dell'indagine deve necessariamente esser spostata.

Quel che appare chiaro immediatamente è che l'espressione «rilevante offensività» di certo non può riferirsi al danno patrimoniale, atteso che questo aspetto non rientra nei concetti di offesa ed offensività se non in riferimento alle ipotesi di reati contro il patrimonio, che gli abusi di

mercato di certo non sono, e che inoltre sembra in parte esser richiamato dalla disposizione indicandolo come autonomo titolo di aggravamento della pena laddove fosse costituito dal prodotto o dal profitto della condotta e sia altresì di rilevante entità.

In passato, a fronte di tali circostanze, quelle circostanze cioè che presentano una certa assenza di determinazione legale dell'oggetto della valutazione in modo tale che i fattori di aggravamento, o di attenuazione, vengono messi insieme a comporre il fatto di volta in volta dal giudice, vennero denominate «circostanze indefinite»<sup>516</sup>, per cui la particolare variazione della pena in dipendenza della «particolare

---

<sup>516</sup> In tal senso CASALINUOVO, *Le circostanze aggravanti indefinite*, in *Riv.Pen.*, 1946, pp. 1211 ss.; altresì BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1964, p. 1038.

gravità del caso» o «nei casi di più grave responsabilità» o semplicemente «più gravi»<sup>517</sup> sarebbero rientranti nella «rosa di potere discrezionale che tali formule implicano» e afferirebbero alle espressioni proprie degli artt. 132 e 133 c.p.<sup>518</sup>: alla luce di tale considerazione dunque appare difficilmente controvertibile che l'espressione usata nel 3° comma dell'art. 184 e nel 2° del 185 T.u.f. non vadano che interpretate

---

<sup>517</sup> Espressioni che iniziarono ad esser utilizzate dalle leggi in tema di sanzioni contro il fascismo come, ad esempio, l'art. 2 D.Lg.Lt. 27 luglio 1944 n. 159 che puniva con l'ergastolo e, «nei casi di più grave responsabilità, con la *morte*» i membri del governo fascista ed i gerarchi del fascismo, colpevoli di aver annullato le garanzie costituzionali, distrutte le libertà popolari, creato il regime fascista, compromesse e tradite le sorti dell'Italia condotta alla catastrofe, si veda a tal proposito VASSALLI, *Intorno all'art. 2 della legge sulle sanzioni contro il fascismo*, in *Giur.Pen.*, 1947, II, cc. 663 ss. ed anche PEDRAZZI, nota a Cass. Sez. Un. 30 maggio 1959, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1960, pp. 209 ss..

<sup>518</sup> Così BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, *op.cit.*, p. 1042.

in concreto, ma non in riferimento al danno patrimoniale cagionato o al lesione provocata alla sfera di interessi delle eventuali persone offese, poiché questo aspetto è semmai oggetto di una certa autonoma prospettazione nella medesima circostanza.

Alla luce delle riflessioni sopraesposte, sembra di poter ragionevolmente concludere che tale locuzione, «rilevante offensività», possa esser letta soltanto in chiave materiale ed oggettiva, vale a dire nel senso di concreta e non comune "gravità del reato" considerato in ogni suo aspetto, e non solo, ad esempio per la notevole rilevanza dell'eventuale profitto o della straordinaria intensità del dolo, ma alla luce di tutti i parametri interpretativi offerti dall'art. 133 c.p., ivi compresi ovviamente quindi la gravità

del danno o del pericolo cagionato, la modalità dell'azione, i motivi a delinquere e, soprattutto, quelli in tema di colpevolezza.





# CONCLUSIONI

## **Gli abusi di mercato nella prospettiva delle nuove frontiere del diritto penale.**

Nell'economia dello studio effettuato ed esposto, il dato prepossente che, prima di tutto, emerge, cagione ed allo stesso tempo, deduzione di ogni disamina in merito agli abusi di mercato, quale cuore pulsante dell'intera indagine promossa, è l'attuale, evidente metamorfismo del diritto penale, che oggi più di ieri, grazie anche a determinate e specifiche consapevolezze acquisite, rivolge una differente attenzione alle dinamiche sociali, alle loro richieste, alle loro

esigenze, finanche alle ansie stesse dei consociati. Una società, quella contemporanea, particolarmente complessa, globalizzata ed a rischio<sup>519</sup>, in cui l'insicurezza diviene un fattore compulsivo, connaturato dinnanzi al prospettarsi della costante, eterna emergenza, assumendo una condizione di contrapposizione rispetto al lessico dei diritti, in cui, invece, la sicurezza sembra essersi saldamente insediata e, con la giustizia, risulta essere la vera condizione per il godimento effettivo delle libertà<sup>520</sup>. In questo scenario, è il conseguente incremento ed inasprimento delle fattispecie di illeciti penalmente rilevanti, - soprattutto nelle forme di

---

<sup>519</sup> Cfr., F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, op.cit., pagg. 6 ss.

<sup>520</sup> Tali espressioni concettuali sono rintracciabili in PULITANO', *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pagg. 547 ss.

criminalità organizzata - che, presentandosi sempre più frequentemente, richiama l'immediato accentuarsi dell'intervento statale al fine di prevenire e garantire la tutela dei diritti fondamentali<sup>521</sup>. Così, nell'ottica securitaria oggi diffusa, è appunto, proprio la sicurezza che, non solo viene invocata come problema della tutela dei diritti *stricto sensu* intesi, ma essa stessa è

---

<sup>521</sup> *Leitmotiv* dell'intera trattazione è l'ormai celebre frase pronunciata da Nuvolone nella sua relazione introduttiva al e durante il Convegno di Studio Enrico De Nicola, tenutosi ad Alghero nel 1974, della quale, anche in questa sede, non si ne può di certo privarne la citazione di un seppur molto breve, ma fortemente simbolico estratto: «prevenire il reato è compito imprescindibile dello Stato; compito che si pone come *prius* della potestà punitiva», NUVOLONE, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione: atti del convegno*, Milano, 1975, pag. 16. E da qui, d'obbligo ed immancabile, quasi in una posizione antesignana di quella appena espressa, l'affermare, affiancando, che «è meglio prevenire i delitti che punirgli. Questo è il fine principale di ogni buona legislazione che è l'arte di condurre gli uomini al massimo di felicità o al minimo d'infelicità possibile, per parlare secondo tutt'i calcoli dei beni e dei mali della vita», così, letteralmente, BECCARIA, *op. cit.*, pag. 108.

elevata a vero diritto, legandosi, in maniera inevitabile ed indissolubile al cosiddetto "doppio taglio della spada del penale": tutelare i beni giuridici, attraverso la lesione dei beni giuridici<sup>522</sup>. Sicurezza, quindi, concepita come sinonimo di prevenzione, che assume connotati sempre più marcati all'acuirsi del livello dei rischi prospettati e che trova legittima una consistente anticipazione delle soglie della tutela, nonché, quindi della punibilità. E' in questa direzione che i modelli proposti dal *diritto penale classico* risultano essere inappropriati al nuovo assetto della società modernizzata, per la quale, in assonanza all'aggettivo che la qualifica, appare ad essa più conforme un *diritto penale moderno*, la cui finalità precipua è la prevenzione

---

<sup>522</sup> Sui due scopi del diritto penale, si veda, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pagg. 325 ss.

generalizzata ed il suo fulcro d'azione è il pericolo, ma ancor di più, il rischio, cosicché si verifica «una crescente "smaterializzazione" del disvalore penale, che lasciato il fondamento oggettivo dell'offesa si affida al criterio soggettivo dell'atteggiamento personale nei confronti del rischio<sup>523</sup>». Rilevanti espressioni sintomatiche dell'esigenza di cambiamento nella materia penale si palesano nella proliferazioni di istituti che, progressivamente, si allontanano dai modelli codicistici, approdando nelle legislazioni *extra codicem*, con la precisazione che, per inciso, questo procedere non deve esser considerato necessariamente come un aspetto di disvalore, bensì come il presupposto per una migliore rivisitazione delle vecchie frontiere e per

---

<sup>523</sup> PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1994, pagg. 1220 ss.

un proficuo rinnovamento del «diritto dell'intervento», che si traduce in un più sofisticato e preciso modello di controllo sociale<sup>524</sup>, in particolar modo ad effetto preventivo, cosicché, quello che è stato definito «l'autunno del patriarca<sup>525</sup>», corrisponde alla "primavera" di più estese visioni, validamente intese, dell'agire penale.

E' in quest'ottica che si inserisce, in una posizione di considerevole spessore, la disciplina penale in ambito di mercati finanziari la quale, appieno, anche per una sua visione di non diretta

---

<sup>524</sup> Controllo sociale volto all'affermazione dell'ordine pubblico, che, per quanto risulti difficile una sua precisa definizione, al fine identificativo, per la sua affermazione, al suo interno, necessita del ricorso al diritto penale partecipativo, nel senso positivo del termine alla lotta della criminalità. INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, in *Ind.pen.*, 1997, pagg. 27 ss.

<sup>525</sup> Il riferimento di quest'espressione, che conduce poi alla metafora proposta, è espressamente diretto al titolo, nonché ai contenuti concettuali dello scritto di C. E. PALIERO, *op. ult. cit.*

appartenenza al sistema preventivo, simboleggia fortemente la trasmutazione del «buon vecchio classico diritto penale<sup>526</sup>».

In riferimento alla società cui sopra si alludeva, se non proprio di nichilismo si vuol parlare (anche se forse, poi, alla fine, risulta essere davvero opportuno), sembra allora, più cauto, proferire dell'attribuzione di un differente ordine che essa definisce della scala dei valori, un vero sovvertimento dell'importanza attribuita a determinati principi di cui è imperniato l'ordinamento<sup>527</sup>, il quale però, resta sempre saldamente incentrato sui medesimi fondamenti natii, per cui nella stabilità di certi assunti da una

---

<sup>526</sup> E. C. PALIERO, *op. ult. cit.*, espressione costantemente rintracciabile nel testo, utilizzata per indicare il diritto penale di matrice classica.

<sup>527</sup> Il riferimento è diretto alla Costituzione, ai principi che sancisce, alle tutele, alle garanzie che rivendica.

parte, si assiste, dall'altra, ad un netto passaggio di testimone dalla *persona* al *patrimonio*, secondo un orientamento - sebbene amara ogni ammissione, ma veritiera - che concepisce proprio l'aggressione del patrimonio, ed in questo gli abusi di mercato con il loro triplo canale punitivo, penale con multe uniche nella loro entità, amministrativo e per responsabilità ex D.Lgs. 231/01, ne sono l'esempio migliore, afflittivo negli stessi termini, o anche più, della restrizione della libertà personale. Ciò risulta valevole, in particolar modo, quando i dettati criminali concentrano ogni forza nel conseguimento di illeciti profitti e nell'accumulo dei patrimoni, perché soprattutto su questi, si basa ogni strategia espansiva e di bilancio.

Impostando l'intelaiatura del discorso anzitutto in un'ottica strettamente appartenente al sistema preventivo, ciò che emerge è la spiccata presenza, nella legislazione italiana, di una logica marcata all'efficienza, che non arretra dinnanzi alle garanzie individuali, ma che, proprio per la difesa sociale, avanza ed agisce in nome della *ragion di Stato*, in ontologica contrapposizione con lo *Stato di diritto* e le acquisizioni essenziali che gli sono proprie come il concetto di bene giuridico e di offesa con il loro irrinunciabile portato garantistico, giustificando ogni forma di potestà punitiva in tal senso intesa, solo per ragioni di emergenza, come se dinnanzi a situazioni di questo tipo risultasse fisiologicamente doveroso ed inevitabile intraprendere l'arretramento di determinati

assunti, anche costituzionalmente riconosciuti, tutelati e garantiti, ottenendo, però, la medesima, pesante, portata degli effetti comportanti.

Con l'irrogazione delle draconiane pene previste per gli abusi di mercato (ma le considerazioni che si apprestano a fare sono versatili anche per il sistema penale concepito in generale) la solennità propria dei principi del diritto penale sembra arretrare l'austerità che la connota, preferendo, in nome della cultura della prevenzione rispondente alle paure di una società ansiosa, scorciatoie sostanziali e procedurali, come anche nel caso delle misure di prevenzione ad esempio, puntualmente al limite della legittimità e sempre giustificate in

ragione del "nemico" che si appresta ad affrontare e degli scopi che vanno raggiunti.

In quanto autenticamente interpretabile quale elemento essenziale ed irrinunciabile per la realizzazione di un mercato finanziario unico, «integrato ed efficiente»<sup>528</sup>, considerato cruciale per la crescita economica e la creazione di posti di lavoro nella Comunità Europea, attraverso la tutela dell'integrità del mercato ed al fine di accrescere anche la fiducia degli investitori nei mercati<sup>529</sup>, è d'immediata percezione che l'integrità del mercato costituisca un interesse concreto, reale, pre-esistente alla comminatoria penale riferibile a tutti i consociati<sup>530</sup>,

---

<sup>528</sup> Cfr. considerando introduttivi alla Direttiva 2003/6/CE n. 1 e 2.

<sup>529</sup> Cfr. considerando introduttivi alla Direttiva 2003/6/CE nn. 1, 2 e 12.

<sup>530</sup> Così, in tema di bene giuridico, ALESSANDRI, *La tutela penale del mercato finanziario*, in PEDRAZZI -

«situazione di valore offendibile e tutelabile ... in cui si concretizzano i presupposti indispensabili della convivenza di un gruppo»<sup>531</sup>.

La *market integrity*, dunque, sembra prestarsi perfettamente, anche nella interpretazione più ampia di regolare e corretto funzionamento del mercato, ad esser il vero interesse da tutelare in quanto interesse della CE e dei singoli Stati membri «a conservare le condizioni della propria esistenza»<sup>532</sup> e non solo: il risparmio di massa, la sua difesa e promozione attraverso le nuove tutele che godono altresì di copertura costituzionale rendono l'integrità del mercato ancor più centrale nel sistema che si è venuto a

---

ALESSANDRI – FOFFANI –SEMINARA –SPAGNOLO,  
*"Manuale di diritto penale dell'impresa"*, cit, 24.

<sup>531</sup> In tal senso ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristsiche Shulung*, cit., 381 ss.

<sup>532</sup> Propria dell' "oggetto giuridico sostanziale generico" in questo senso ROCCO, "L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale", cit, *passim*.

creare in funzione del suo innegabile valore strumentale rispetto ad esso soprattutto in una economia globalizzata caratterizzata dalla finanziarizzazione della ricchezza e degli investimenti ma il cui quadro sanzionatorio sembra esulare da qualunque finalità specialpreventiva e, benché in questa direzione si rilevi una maggiore conformità al principio di proporzione, ulteriore baluardo dello Stato di diritto, la reazione nell'essenza della realtà, si mostra negli stessi termini repressivi proposti dalla *pena*. Sì, la pena. Non è questo un *lapsus calami* nella penna di chi scrive, ma la constatazione pragmatica e reale di una legislazione che, almeno in quest'ambito, si dimostra davvero poco irrazionale soprattutto sotto il profilo sistemico e che, del tutto

spontaneamente fa sorgere e riconoscere in essa, dove ragioni di tipo sanzionatorio e repressivo vengono falsamente celate dietro il *nomen iuris* della prevenzione, per una placida e valida, quanto nel complesso condivisa, simbolica e figurativa definizione generale di "*truffa delle etichette*".<sup>533</sup>

L'iperpenalizzazione degli abusi di mercato operata con la L. 262/2005, fin dalla sua affermazione nell'ordinamento, nonostante la contezza che mano a mano, negli anni ha portato a considerare le numerose problematiche che la investono, non ha mai dismesso quell'aspetto che la caratterizza, che poi risulta essere il medesimo di quello iscritto nella genetica delle misure sanzionatorie draconiane o efferate, cioè

---

<sup>533</sup> Per tutti, si veda FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, voce in *Dig.disc.pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 110.

*l'instrumentum regni* di una politica criminale esclusivamente orientata, in termini generali, alla *massimizzazione delle ragioni della difesa sociale*, contro la criminalità, specie se qualificata come organizzata o, come nell'ambito in analisi, finanziaria, d'impresa o dei colletti bianchi, conseguita attraverso l'applicazione di misure a carattere neutralizzante, per una *minimizzazione delle garanzie*, avvalendosi di presunzioni o formule generiche, raggiunte alleviando l'onere probatorio dell'accusa, ad esempio il ricorso a prospettare le fattispecie sotto forma di reati di pericolo concreto. Infatti, si procede alla punizione di un abuso di mercato senza richiedere che sia avvenuta realmente una effettiva lesione dell'oggetto della tutela, al semplice sussistere della *mera possibilità o*

*rischio di verletzung*, lesione, che consente di aggirare le ben più complesse esigenze di accertamento dell'offesa. Presupposti, quelli appena rammentati, che potrebbero allora trovar spazio applicativo solo sulla base di *indizi*, rendendo poco nitidi i confini della certezza sanzionatoria<sup>534</sup>, in quanto scissi dalla gravità di un fatto illecito, provato, accertato, per cui, i tratti delineati per il procedimento si offrono alla possibilità di poter constatare serie carenze delle

---

<sup>534</sup> Le remore e lo scetticismo mostrato nell'ambito della dottrina soprattutto, ma anche della giurisprudenza, per quanto riguarda il ricorrere, non solo più da un punto di vista linguistico, ma anche concettuale a termini come sanzione o pena per qualificare la confisca di prevenzione, possono quindi placarsi, dato ormai, il condiviso pensiero a riguardo che considera le misure *ante delictum* afflittive in maniera non dissimile da vere e proprie pene ed anche se i riconoscimenti di legittimità a livello costituzionale, seppur nell'incertezza, sono comunque ormai assunti, la realtà concreta degli effetti che queste comportano non si mostra appropriata al significato di prevenzione, inteso in senso stretto, in e di cui esse sono avvolte, ma quindi, solo formalmente.

garanzie, mostrando tutte le inadeguatezze rispetto ad una forma di offesa, che tende, se non lo ha già fatto, ad assumere una fisionomia punitiva, la quale, quindi, a ben vedere, esula di molto, se non completamente, da ogni elemento proprio di un concetto di giusto processo concepito in termini atecnici, dato che, nella pratica, si attua attraverso le aggravanti degli artt. 184 3° comma e 185 2° comma T.u.f. aumenti di pena che sarebbero esclusi da quanto disciplinato dall'art. 24 c.p., in pratica si potrebbe ammettere ciò che nella teoria dovrebbe essere escluso quantomeno in via logica, atteso che non avrebbe senso una disposizione come quella dell'art. 24 c.p. se poi, il limite in esso contenuto potrebbe esser tranquillamente derogato nella legislazione

complementare ad opera del Legislatore ordinario, operazione questa, tuttavia, che ad oggi appare costituzionalmente legittima.

Da qui, possono muoversi seri dubbi, seppur ormai assodati e messi a tacere, sì, circa la ragionevolezza del sistema in cui gli abusi di mercato sono inseriti, ma alla fine il provocatorio interrogativo concerne proprio il presupposto logico-politico originante tutte le riforme che hanno investito il diritto penale in generale, e quello dell'economia in particolare: la prevenzione, la prevenzione in sé considerata, che altrove però, va rilevato, essa stessa ha proposto le coordinate del suo concreto fallimento, dato che è giunta, nel caso delle misure di prevenzione ad esempio e delle relative confische, presenti anche in ambito

finanziario come pena in base al D.Lgs. 231/01, restringendo sempre l'indagine al fine di disquisire solo intorno all'ablazione *de qua*, ad affermare che il soggetto, per ovviare l'espropriazione di prevenzione è tenuto a dimostrare, giustificando, quella provenienza, quella titolarità o disponibilità, ovvero quella sproporzione dei beni rispetto al suo *status* e qualora risultasse impossibilitato, non si vede, quindi, in che senso questo tipo di confisca interviene, quando ciò che sussiste è un reato<sup>535</sup>.

Nella logica giustificatrice della *ragion di Stato*, appartenente però a quello che è lo *Stato di diritto*, ciò che emerge è un graduale avanzamento, per una camaleontica conformità

---

<sup>535</sup> Per ulteriori considerazioni in merito, FURFARO, *Misure di prevenzione patrimoniali*, voce in *Dig.disc.pen.*, Tomo I, agg., Torino, 2005, pagg. 916 ss.

all'assetto contemporaneo, che conduce verso la descrizione di uno *Stato della prevenzione*, in cui, per combattere contro la devianza, si legittima la conversione dall'*in dubio pro reo* all'*in dubio pro prevenzione*, anche attraverso tecniche di strutturazione della fattispecie privilegianti le offese di pericolo a quelle di danno in ossequio all'aspirazione preventiva concretizzata dall'anticipazione della tutela che, nei fatti pare non realizzarsi alla luce dei continui scandali finanziari, concedendo una condizione di sospensione alle garanzie dei diritti fondamentali, rimesse nella piena discrezionalità del magistrato, se non della stessa autorità amministrativa<sup>536</sup>.

---

<sup>536</sup> SCORDAMAGLIA, *Il "diritto penale del nemico" e le misure di prevenzione in Italia: a sessant'anni dalla Costituzione*, in *Giust.pen.*, 2008, pag. 202.

Nella terna: *lotta alla criminalità organizzata, garanzie ed emergenza*, la sequenza corretta risulta allora la seguente: «tanto più importante è il bene da tutelare, tanto più grave deve essere la reazione penale, tanto maggiore è il rischio di errore, tanto più forti e intransigenti devono essere le garanzie sostanziali e processuali<sup>537</sup>».

Quello che emerge indiscutibilmente é l'assoluta carenza di razionalità e coerenza cui viene condannato il sistema sanzionatorio dell'intero diritto penale d'impresa nel suo complesso facendo la semplicissima considerazione che attualmente le ipotesi di criminalità dei mercati finanziari sono contrastate con tre ordini di sanzioni (penale, amministrativa e responsabilità degli enti), la frequentissima criminalità societaria con una blandissima disciplina

---

<sup>537</sup> STORTONI, *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in *Crit. dir.*, 1996, pagg. 172 ss.

codicistica<sup>538</sup> e con quella prevista dal D.Lgs. 231/01, ed infine, quella ambientale<sup>539</sup> dove dilagano le contravvenzioni e non é nemmeno prevista una responsabilità amministrativa per l'ente. Un problema preconizzato, nascente dal maldestro tentativo di scansare "l'ineludibile dialettica fra codice penale e legislazione speciale"<sup>540</sup>, l'irrazionalità di sistema del diritto penale dell'economia rappresenta un ossimoro legislativo che mostrando indiscutibilmente i connotati dell'irragionevolezza lascia interrogati sotto molti profili, primo fra tutti quello della sua costituzionalità.

Lungi da noi in questa sede affrontare gli aspetti

---

<sup>538</sup> Di cui venne perspicacemente compianta la scomparsa già all'alba del millennio, cfr. PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, op.cit., p. 1372.

<sup>539</sup> Illuminanti le considerazioni di Hans Jonas sulla natura come "valore in se" vulnerabile ed insostituibile in quanto condizione per la creazione della vita, contro la quale un uso irresponsabile della tecnologia diventa una violenza distruttiva, anche per l'uomo stesso, cfr. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, tr.it., op.cit., p. 10 e ss..

<sup>540</sup> Profonde e lungimiranti le riflessioni sul punto di DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare*, op.cit. p. 11 ss..

propri della meritevolezza della pena degli abusi di mercato o, in generale di come il potere legislativo e quello giudiziario abbiano "malinteso" la sussidiarietà del diritto penale<sup>541</sup>, ma é di tutta evidenza che la situazione delineata dimostra la criticata inclinazione del legislatore ad affrontare le varie emergenze attraverso simboliche leggi<sup>542</sup> speciali considerate "come un bene di consumo"<sup>543</sup>,

---

<sup>541</sup> Si vedano in tal senso le riflessioni di ROIATI, *Infortunati sul lavoro e responsabilità oggettiva: la malintesa sussidiarietà dello strumento penale*, in *Cass. Pen.*, 2008, e, più in generale, per il rapporto tra principio di sussidiarietà e "nuovo" diritto penale, il profondo contributo di DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, op.cit..

<sup>542</sup> Per una disamina del concetto, tipi e significati del simbolismo penale si veda BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del Diritto Penale?*, op.cit., p. 405, e BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, op.cit., pag. 43 ss.; in particolare circa il crimine finanziario ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la tutela penale del risparmio*, op.cit., p. 186 e ss.

<sup>543</sup> In tal senso SGUBBI, *Presentazione*, in INSOLERA (a cura di) *op. cit.*, p. XI, in cui l'Autore condivisibilmente sottolinea anche come tale produzione legislative sia diretta a conseguire un "profitto" a cui fa da contraltare "un costo sociale

conferente più con le logiche del marketing, che efficace nell'offrir protezione ai beni giuridici. Col continuo sovrapporsi di legislazioni speciali si sono gravemente acuiti gli effetti di una degenerazione del costume normativo, già denunciata oltre trenta anni fa, e definita "età della decodificazione"<sup>544</sup>, e si è nei fatti venuto a creare un sistema sanzionatorio, tanto nel diritto penale dell'economia quanto in quello comune, in cui non vi è alcuna proporzionalità tra le pene in astratto previste e l'offensività dei reati per cui sono comminate, tanto che oggi il delitto di manipolazione di mercato è punito con la reclusione fino a dodici anni, "borseggiare" un anziano su di un mezzo di pubblico trasporto può esser punito con un massimo edittale di dieci anni<sup>545</sup>, la corruzione propria antecedente

---

che ricade su beni collettivi ed immateriali determinando la progressive erosione dei principi e delle garanzie per la libertà e i beni del cittadino".

<sup>544</sup> Così IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, pp. 12 ss.

<sup>545</sup> A seguito della riformulazione del sub n. 5 dell'art. 61 c.p. e le nuove circostanze aggravanti introdotte ai nn. 8-bis ed 8-ter dell'art. 625 c.p. con la L. 94/2009, c.d. "pacchetto sicurezza".

cinque<sup>546</sup>, le false comunicazioni sociali in danno di soci o creditori solo tre, scaricare acque reflue industriali contenenti sostanze pericolose per la salute è una semplice contravvenzione<sup>547</sup> e uccidere senza necessità un animale è un delitto<sup>548</sup>. Quel che è in discussione, non è la scelta politica del *quantum* fissato edittalmente, ma le irrazionalità e le sperequazioni, che emergono rilevando tali sproporzioni di trattamento.

Gli interrogativi che dunque genera il quadro ora delineato sono diversi ad iniziare dal più banale, cioè se sia ragionevole e condivisibile un sistema sanzionatorio in cui talune ipotesi difficilmente accessibili, decisamente meno frequenti, estremamente offensive e dannose, come gli

---

<sup>546</sup> Inevitabile il tornare alla mente delle parole “i ladri di beni privati passano la vita in carcere e in catene, quelli di beni pubblici nelle ricchezze e negli onori”, Catone il Censore, citato da Aulo Gellio in *Noctes Atticae*.

<sup>547</sup> Se comprese nelle famiglie e nei gruppi di sostanze indicate nelle tabelle 5 e 3/A dell'allegato 5 del D.Lgs 152/2006, art. 137, III comma delle disposizi in materia ambientale del medesimo Decreto.

<sup>548</sup> Cfr. art. 544 *bis* c.p..

abusi di mercato sono sanzionate in modo tanto severo, mentre per altre diffusissime, molto dannose ed altrettanto offensive si sanciscono l'inoperatività di fatto<sup>549</sup> o, ad esempio, si concede la via della estinzione per prescrizione<sup>550</sup> prima quasi sconosciuta; viene altresì da domandarsi quali siano le effettive potenzialità di contrasto alla dilagante criminalità di un ordinamento caratterizzato da tali evidenti squilibri e profonde irrazionalità, se sia idoneo a garantire quella uguaglianza e quel finalismo rieducativo della pena imposti dalla Costituzione. Soprattutto, ci chiediamo se, alla luce di una eventuale compromissione della coerenza, uguaglianza, razionalità e proporzionalità dell'attuale sistema, sia ragionevole e, pertanto, costituzionalmente legittimo, un siffatto apparato punitivo; viene inevitabilmente da chiedersi se sia la legislazione speciale lo strumento idoneo a risolvere questo insensato sistema che "non

---

<sup>549</sup> come per i reati societari all'indomani della riforma del 2002.

<sup>550</sup> come per le ipotesi di bancarotta, di fatto imprescrivibili prima della L. 251/2006.

garantisce affatto certezza in sede di esecuzione, ma che presenta una assoluta assenza di una reale efficacia preventiva” a causa “di un complesso intrecciarsi di istituti di diritto penale sostanziale, penitenziario e processuale che vanificano la loro efficacia”<sup>551</sup>, derivato dall’emanazione di “... leggi penali, usate come strumento di governo della società e non di tutela di beni; delle leggi compromissorie, dalla formulazione indeterminata e valutativa; delle leggi privilegianti potenti gruppi sociali; delle leggi vuote, simboliche, magiche, volte soltanto a declamare la sollecitudine nella lotta contro certe forme di criminalità ... delle legghine clientelari, corporative, per lo scambio del voto elettorale con privilegi particolari; delle leggi tecnicamente sciatte e logorroiche ... delle leggi-espedito, del caso per caso, per sopravvivere giorno per giorno e pressoché sempre male”<sup>552</sup>

---

<sup>551</sup> Così GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale. Relazione della Commissione Grosso(1999)*, Padova, 2000, p. 50.

<sup>552</sup> In questi termini F.MANTOVANI, *Sulla perenne esigenza della codificazione*, Intervento al Convegno di studi su “valore e principi della

espressioni di una tendenza che già con la L. 220/1974 e con i vari "correttivi adottati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale non sempre coerenti e soddisfacenti" iniziava a compromettere "l'armonia e il disegno unitario" del nostro codice<sup>553</sup>.

Il campo sul quale ci si muove sembra esser seminato da due differenti culture, quella *garantista* e quella *efficientista*, che però, pur nella loro contrapposizione, tra tensioni, coesistono e convivono, agiscono allo stesso tempo, nei medesimi contesti, su quella società contemporanea che, con disperazione, esige interventi, ma con altrettanto tormento, dall'altra parte, rivendica garanzie<sup>554</sup> e ciò che però, si

---

*codificazione penale: le esperienze italiana, francese e spagnola a confronto*" (Firenze 1993), in *Atti del Convegno*, Padova, 1995, p. 235.

<sup>553</sup> In tal senso BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 171.

<sup>554</sup> CHIAVARIO, *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc.Giur.*, vol. XV, Roma, 2001, pag. 22.

palesa è il disagio accentuato anche da una sorta di ribellione alla realtà: rafforzando le garanzie, si rischia di procedere verso riflessioni su quelli che poi sono gli "abusi di garanzia<sup>555</sup>", o, viceversa, all'accentuarsi dell'efficiente intervento, ci si spinge verso il riconoscimento del *diritto penale del nemico*<sup>556</sup>. Va precisato,

---

<sup>555</sup> *Ibidem*, con la precisazione che, anche gli abusi di garanzia spesso non esulano dalla copertura del meccanismo dell'etichetta, comunque in prospettive e con conclusioni diversificate.

<sup>556</sup> Per considerazioni sul diritto penale del nemico, affrontate anche toccando il profilo propriamente preventivo, si veda F.MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pagg. 470 ss. Si riporta un passo chiave, di particolare rilevanza per la trattazione qui esposta: «negli Stati di diritto l'assetto del diritto penale del nemico, pur se derogatorio in qualche misura rispetto al diritto comune, si innesta su un solido tronco di giuridicità sostanziale e giurisdizionale, di garanzie costituzionali e di controlli di costituzionalità nazionali, di controlli garantisti sovranazionali e della pubblica opinione (...). Rispetto, poi, ai (...) tipi di criminalità organizzata, va innanzitutto non dimenticato che anche un diritto penale preventivo, derogatorio rispetto al diritto penale comune e regolare,

però, che questa forma di espressione del diritto penale costituisce un diritto che agisce in via d'eccezione, che è applicabile solo in situazioni di particolare emergenza, ma quando poi questa emergenza diviene perenne<sup>557</sup>, le deroghe alla normalità sembrano assumere un andamento costante e duraturo, per cui, il compito, irrinunciabile ed invalicabile, di garanzia che compete proprio al diritto penale in senso stretto<sup>558</sup>, richiede un'estensione.

Ciò è quello che si rivendica e si auspica nell'ambito del sistema del diritto penale

---

incentrato sulla necessaria offesa del bene giuridico, non è perciò solo privo di una sua legittimità, come nei casi in cui risponde ad una reale esigenza di prevenire l'insorgere di situazioni concretamente pericolose o dannose per beni primari individuali e collettivi, tipiche della società del rischio, e non di limitarsi soltanto ad una tardiva repressione, di ben scarsa utilità, del danno già verificatosi e talora incontrollabile», pagg. 477-484.

<sup>557</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., *passim*.

<sup>558</sup> DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass.Pen.*, 2006, pag. 767.

dell'economia in generale, ed in quello dei mercati finanziari in particolare, affinché ogni convinzione che trova nell'efficientismo, o meglio, nelle sue modalità d'attuazione, una ingannevole scorciatoia per la ricerca di maggiori introiti da parte dello Stato possa chetarsi.

Va assolutamente precisato che, in base a ciò che è stato indicato, non si intende affatto mettere in dubbio, anzi, tutt'altro, si condivide a pieno e si sostiene la validità e la rilevanza delle ragioni che spesso hanno spinto e continuano a portare il legislatore e la giurisprudenza verso scelte che incalzano l'efficienza, rivolte a soluzioni immediate e rapide, soprattutto dinnanzi al dilagare della criminalità in ogni campo, in ogni settore, quindi, la giustificazione a scelte classificatorie di questo tipo è più che

altro dovuta a precisi intenti di strategie politico-criminali, che però, stanno strette a determinate operazioni identificative logico-giuridiche.

In sintesi, per concludere, nelle nuove frontiere del diritto penale, quindi, il reato rimane un *aliud* rispetto ad altri illeciti<sup>559</sup> e matura in capo al legislatore l'esigenza di ampliare fortemente, segnando in netto anticipo, le soglie della punibilità, anche in carenza dei requisiti fondamentali ed imprescindibili rivendicati dall'ordinamento, dove si assiste all'abdicazione del primato della pena detentiva, la quale ha ormai ceduto il passo ad altre forme punitive, per cui, al fine di un efficace contrasto alla criminalità organizzata il ruolo più importante è ricoperto dalle sanzioni patrimoniali, che concentrano nella *deminutio patrimonii* ogni

---

<sup>559</sup> Cfr., M. DONINI, *op. ult. cit.*, pag. 762.

aspettativa di forte annientamento, giungendo implicitamente ad affermare l'inaccettabile regressione concettuale che il cuore del diritto penale non è più costituito dall'essere delle persone, bensì dai loro averi.



## BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA, L'insider trading nel diritto privato italiano: prima e dopo la L. 157/1991, in Banca, borsa e tit.cred. 1992, I, pp.749 ss..

AJNO, Contributo allo studio del bene giuridico nel diritto penale «accessorio»: l'ipotesi urbanistico-ambientale, in Riv.it.dir,proc.pen., 1979.

ALEO, Il danno ed il pericolo nel reato, Catania, 1983.

ALESSANDRI, Un esercizio di diritto penale simbolico: la tutela penale del risparmio, in AA.VV. (a cura di Abbadessa – Cesarini), Bologna, 2007.

ALESSANDRI, Attività d'impresa e responsabilità penali, in AA.VV., La responsabilità dell'impresa, Milano, 2006.

ALESSANDRI, Offerta di investimenti finanziari e tutela penale del risparmiatore, in Atti del Convegno "Mercato finanziario e disciplina penale" organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale e dalla Fondazione Centro Internazionale su Diritto, Società ed Economia di Courmayeur, 1993, p. 203 e ss..

ALESSANDRI, La tutela penale del mercato finanziario, in PEDRAZZI – ALESSANDRI – FOFFANI –SEMINARA –SPAGNOLO, Manuale di diritto penale dell'impresa, Bologna, 2000.

ALESSANDRI, La legge delega 366 del 2001 un congedo dal diritto penale societario, in Corr.giur., 2001, pp. 1538 ss.

ALIGHIERI, La commedia, Paradiso, Bologna, 2002.

AMATI, La disciplina degli abusi di mercato, in INSOLERA (a cura di), La legislazione penale compulsiva, Padova, 2006.

AMATI, in MAZZACUVA-AMATI, Diritto penale dell'economia, Padova, 2010.

AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, Diritto penale dell'impresa, Bologna, 2008.

AMELUNG, Rechtgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbechens, Frankfurt. 1972,.

AMELUNG, Recensione ad Hassemer, in ZStW, , 1975, p. 142.

ANGIONI, Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, Milano, 1983.

ANGIONI, Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale, Milano, 1994.

ANTOLISEI, Il problema del bene giuridico, in Scritti di Diritto Penale, Milano, 1955.

ANTOLISEI, Introduzione alla parte speciale, in Riv.it.dir.proc.pen., 1953, p. 393 ss.

ANTOLISEI, il problema del bene giuridico, in

Riv.it.dir.pen, 1940, ora in Scritti di diritto penale, Milano, 1955.

ANTOLISEI, L'offesa ed il danno nel reato, Bergamo, 1930.

ANTOLISEI, L'azione e l'evento nel reato, Milano, 1928.

ANTOLISEI, L'evento ed il nuovo codice penale, in Riv.it.dir.proc.pen., 1938, pp. 3 ss.

ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Parte generale, a cura di Conti, 16 ed., Milano, 2003, pp. 502 ss.

ANNUNZIATA, Abusi di mercato e tutela del risparmio, Torino, 2006.

ARISTOTELE, Ethica nichomachea, Milano, 2000.

ARNDT, Strafrecht in einer offenen Gesellschaft, in Verhandlungen des siebenundvierzigstendeutschen Juriestentag, München, 1968, Bd. II.

BACCO, Aggiotaggio manipolativo e prassi «lecite» di mercato, in questa rivista, 2008, pp. 2291 ss..

BAINBRIDGE, The Insider Trading Prohibition: a Legal and Economic Enigma, in University of Florida Law Review, 1986, 45 ss..

BALLARINI, Insider trading: problemi attuali e profili di comparazione, in Contr. e impr., 1990, pp. 1209 ss.

BANFI-Di BATTISTA (a cura di), Tendenze e prospettive del risparmio gestito, Bologna, 1998.

BARATTA, Jenseits der Strafe – Rechtgüterschutz in der Risikogesellschaft, in Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1993.

BARATTA, Positivismo giuridico e scienza penale. Aspetti Teoretici e ideologici della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933, Milano, 1966.

BARATTA, Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia ed alla critica del diritto penale, Milano, 1963.

BARATTA, Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale, in Studi in memoria di Giovanni Tarello, vol. II, Milano, 1990, pag. 43 ss..

BARTALENA, Insider trading, in COLOMBO-PORTALE (a cura di), Trattato delle società per azioni, Torino, vol. X, 1, 1993.

BARTOLOMUCCI, Market abuse e "le" responsabilità amministrative degli emittenti, in Le società, 2005, n. 7, p. 919 ss.

BARTULLI, Profili penalistici dell'insider trading, in Riv. soc., 1989, p. 88 ss.

BARTULLI-ROMANO, Sulla disciplina dell'insider trading, in Giur.Comm., 1992, I, pp.663 ss.

BAUMGARTEN, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Tübingen, 1913.

BECCARIA, Dei delitti e delle pene, Milano, 2008.

BEDAU, Feinberg's Liberal Theory of Punishment, in Buffalo Criminal Law Review, 5, 2002.

BELLACOSA, Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni, Milano, 2006.

BELLACOSA, "Insider trading": manipolazione, abusi di mercato e responsabilità, in *Dir.prat.soc.*, 11, 2005, pp. 6 ss..

BELLACOSA, "Insider trading": manipolazione, abusi di mercato e responsabilità, in *Dir.prat.soc.*, 2005, n. 11, pp. 20 ss..

BENNETT, State Denunciation of Crime, in *Journal of Modern Philosophy*, 2006.

BETTERMANN-NIPPERDAY-SCHEUNER, Die Grundrechte, Bd. 3, 2, Halbband, 1959.

BETTIOL, L'odierno problema del bene giuridico, testo in italiano della conferenza tenuta il 12 maggio 1959, ORA IN *Scritti giuridici*, Tomo II, Padova, 1966.

BETTIOL, Bene giuridico e reato, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1938, p. 326, ora in *Scritti Giuridici*, Padova, Tomo I, Padova, 1966.

BETTIOL, Sistema e valori del diritto penale, in Jus, 1940, ora in Scritti Giuridici cit., Tomo I, Padova, 1966.

BETTIOL, Aspetti politici del diritto penale contemporaneo, Palermo 1952.

BETTIOL, Sul reato aberrante, in Studi Massari, Napoli, 1938.

BIANCONI, Commento all'art.2637 c.c., in PADOVANI, Leggi penali complementari. Le fonti del diritto italiano, Milano, 2007.

BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, Bd.I, Normen und Strafgesetze, 3 Aufl., Leipzig, 1916.

BIRNBAUM, Über das Enforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, in Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1834.

BOBBIO, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Milano, 1972.

BOCKELMANN, Studien zum Täterstrafrecht, 2 voll., Berlin, 1939/40.

BONA-MONTANERI-OLIVA Il nuovo danno non patrimoniale, Milano, 2004.

BONDI, Problematiche dell'aggiotaggio. Questioni interpretative e necessità di riforma, in Studi urbinati, Torino, 1999/2000.

BONINI, Quali spazi per una funzione simbolica del Diritto Penale?, in Ind. Pen., 2003, p. 405.

BOSCARELLI, Riflessioni in tema di responsabilità penale anomala, in Riv.it.dir.proc.pen., 1984.

BRANCA-PIZZORUSSO (a cura di), Commentario della Costituzione, Roma-Bari, 1991.

BRANSON, Securities Regulation After Entering the Competitive Era: the Securities Industry, SEC Policy and the Individual Investor, in Northwest University Law Review, 1980, 858 ss.

BRICOLA, Teoria generale del reato, in Noviss.Dig.It., vol. XIX, 1973.

BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997.

BRICOLA, *legalità e crisi. L'Art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70, anche in Scritti di diritto penale, Vol. I, Tomo II*, Milano, 1997.

BRICOLA, *Profili penali della disciplina del mercato finanziario, in Banca, borsa e titoli di credito, I, 1990, pp. 16 ss., ora anche su Scritti di diritto penale, vol. II*, Milano, 1997.

BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1964, pp. 1019 ss..

BRICOLA – ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Parte generale*, Torino, 1996.

CABALLERO, *L'altro squilibrio e la crisi finanziaria*, Roma, 2009.

CADOPPI (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002.

CALASSO, *Il medioevo del diritto*, vol.I, Milano, 1954.

CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1931.

CANESTRARI, *Reati di pericolo*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVI, 1991.

CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2008.

CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, rist., Bologna, 2007.

CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926.

CASALINUOVO, *Le circostanze aggravanti indefinite*, in *Riv.Pen.*, 1946, pp. 1211 ss..

CASELLA, La legge sulla repressione dell'Insider Trading, in Giur. comm., 1991, I, pp. 858 ss..

CATENACCI, voce Offensività del reato, in Dizionario di diritto pubblico, Milano, 2006,.

CATENACCI, I reati di pericolo presunto, fra diritto e processo penale, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, Vol. II, Milano, 2006.

CATENACCI-MARCONI (a cura di), Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente, Torino, 2009.

CARACCIOLI, voce Evento, in Enc.giur., vol. XIII, Roma, 1989.

CATTANEO, Presentazione all'Anti-Hobbes, Milano, 1972.

CENDON, Danno esistenziale ed ossessioni negazioniste, in Resp.Civ.Prev., 2007, pp. 284 ss.

CENDON, Danno esistenziale: segreti e bugie, in Resp. Civ. Prev., 2006, pp. 86 ss.

CHIAVARIO, Giusto processo (processo penale), in Enc.Giur., vol. XV, Roma, 2001.

CICERONE, I doveri, Milano, 2007.

CICERONE, Epistulae ad Atticum, trad.it. di Rizzo, Milano, 1991.

CIPRIANI, Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti, in Foro it., 2002, V, c. 22 ss..

CLINARD-QUINNEY, Criminal Behaviour system. A tipology, New York, 1967.

CLINARD-YAEGER, Corporate crime, New York, 1980.

CONKLIN, Illegal but not criminal, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1977.

CONSULICH, La giustizia ed il mercato, Milano, 2010.

CONTI, voce Aberratio (ictus, delicti, causae), in Noviss.dig.it., Vol. I, Torino, 1957.

CORATELLA, L'UE non fa sconti sull'insider trading. Escluse deroghe soggettive ai divieti, in *Dir. e Giust.*, n. 47, pp. 92 ss.,

CRESPI, Manipolazione del mercato e manipolazione di norme incriminatrici, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 2009, pp. 107 ss.;

CUPELLI, L'insider trading e la legalità delegata: spunti sull'ammissibilità del ricorso al decreto legislativo in materia penale, in *Cass.pen.*, 2004, pp.238 ss..

CURI-PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002.

CRIVELLARI, *Il codice penale per il regno d'Italia*, III vol. Torino, 1892.

DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 57, 1938, p. 22.

DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940; *Verbrechen und Tatbestand*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 62.

DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1954.

DE FRANCESCO G.A., *Aberratio, Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino, 1998.

DELITALA, *Contributo alla nozione di reato. Il reato come offesa ad un bene od interesse obbiettivamente protetto*, Roma, 1926.

DELITALA, *Reati di pericolo*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Vol.III, Milano, 1972.

DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità*, in *Enc. del Dir.*, Milano, 1958.

CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, in *Dig.disc.pen.*, vol. XI, Torino, 1996.

DALIA, *L'archiviazione e il problema della risarcibilità dei danni non patrimoniali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1964, pp. 714 ss.

DELL'ANDRO, voce Antigiuridicità, in Enc.dir., Milano, 1958, II.

DE CARO, voce Responsabile civile, in Dig.disc.pen., XII, 1997, Torino.

DE MARSICO, Contributo alla determinazione del concetto di danni risarcibili, in Annali dir.proc.pen., 1933, pp. 425 ss.

DE MARSICO, Colpa per inosservanza di legge e reato aberrante, in Annali.dir.proc.pen., 1940, pp. 237 ss.

DELITALA, In tema di «aberratio ictus»: unità o pluralità di reati?, in Riv.it.dir.proc.pen., 1948, pp. 322.

DE MATTEIS, Danno «evento» e danno «conseguenza», in CENDON (a cura di), I danni risarcibili nella responsabilità civile, vol. I, Torino, 2005.

DE SIMONE, Ancora sul concetto di evento nell'aberratio delicti, in Foro it., 1988, II, pp. 175 ss.

DI BRINA, Il divieto di insider trading, in RABITTI-BEDOGNI, Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario, L'insider trading, Milano, 1992.

DI CHIARA- FIANDACA, Una introduzione al sistema penale, Napoli, 2003.

DI FONZO-LISI, Serie storiche economiche, Roma, 2005.

DOLCINI, La commisurazione della pena , Padova, 1979.

DOLCINI, Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione, in Diritto penale in trasformazione a cura di MARINUCCI – DOLCINI, Milano, 1985.

DOLCINI, Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa, in Riv.it.dir.proc.pen., 1987, pp. 777 ss..

DONINI, Teoria del reato. Una introduzione, Padova, 1996.

DONINI, Il volto attuale dell'illecito penale, Milano, 2004.

DONINI, Prospettive europee del principio di offensività, in *Offensività e colpevolezza*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 2002.

DONINI, Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, pp. 27 ss..

DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.

DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig.disc.pen.*, vol. XIV, Torino, 1999.

DONINI, Il diritto penale di fronte al «nemico», in *Cass.Pen.*, 2006, pp.735 ss..

DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare*, Padova, 2000

DONINI, Modelli di illecito penale minore, in DONINI – CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007.

DOVA in ALESSANDRI (a cura di), Reati in materia economica, in PALAZZO-PALIERO, Trattato teorico pratico di diritto penale, vol. VIII, Torino, 2012.

DUCOULUX-FAVARD-PERNAZZA, Sanzioni e procedure sanzionatorie alla luce della Direttiva europea n. 6/2003, in Riv. Dir. Comm., 2005, p. 159 ss.

EDMUNDSON, Comments on Richard Arnenson's "Joel Feinberg And the Justification Of Hard Paternalism", in Legal Theory, 11, 2005.

EINAUDI, Saggi sul risparmio e l'imposta, Torino, 1941; DELL'AMORE, Economia del risparmio familiare, Milano, 1972.

ESER-KAISER-WEIGEND (Hrsg.), Von totalitären zu rechtstaatlichem Strafrecht, Freiburg im Br., 1993.

FABRIZI, La struttura del risparmio privato. Strategie, performances, distribuzione e comunicazione, Roma, 2000.

FALCINELLI, Il giudice, l'antifrase e una "Fata morgana": se il tipo del pericolo concreto esprime un'offesa di danno (di un bene astratto), su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

FAMA, Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work, in *The Journal of Finance*, 1970.

FASSÒ, Storia della filosofia del diritto, Bologna, 1968, vol. III.

FEINBERG, The moral limits of the criminal law, vol. I, harm to Others, New York – Oxford, 1984.

FEINBERG, Harm to the Others. The moral limits of the Criminal Law, New York, 1984.

FEINBERG, The Expressive Function of Punishment, in *Doing and Deserving*, Princeton, NJ, 1970.

FEINBERG, Harm to Self, New York, 1986.

FERRAJOLI, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Bari, 2004.

FERRAJOLI: "La sovranità nel mondo moderno", Roma-Bari, 2004.

FEUERBACH, Anti-Hobbes ovvero limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano, nella traduzione italiana di Cattaneo, Milano, 1972.

P.J.A.FEUERBACH, L'Anti-Hobbes, Erfurt, 1798.

FIANDACA, Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale, in Riv. it. dir. pen. proc., 1982, p. 48 ss..

FIANDACA, Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale, in STILE (a cura di), Bene giuridico e riforma della parte speciale, Napoli, 1985.

FIANDACA – MUSCO, Diritto penale. Parte generale, 5 ed., Bologna, 2007.

FIANDACA, Tutela del buon costume. Profili penali e costituzionali, in riv.it.dir.proc.pen., 1979, pp. 85 ss.;

FIANDACA, Note sui reati di pericolo, in Il Tommaso Natale, 1977.

FIANDACA, Introduzione ai principi generali del diritto penale, Torino, 1999.

FIANDACA, Note sul principio di offensività e sulla teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giurisprudenziale, in STILE (a cura di), Napoli, 1991.

FIANDACA, Misure di prevenzione (profili sostanziali), voce in Dig.disc.pen., vol. VIII, Torino, 1994

FIANDACA – DI CHIARA, Una introduzione al sistema penale, Napoli, 2003.

FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, Parte generale, Bologna, 2007.

C.FIORE, Il reato impossibile, Napoli, 1959

C. FIORE– S. FIORE, Diritto penale. Parte generale, Vol. I. 2 ed., Torino, 2004.

FIORDALISI, il danno criminale, Torino, 2006.

FIORELLA, voce Responsabilità da reato dell'ente collettivo, in AA.VV., Dizionario di diritto pubblico, diretto da CASSESE, Milano, 2006

FISCHER, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München, 1911.

FLICK, Insider trading: una tappa significativa – anche se controversa – della lunga marcia verso la trasparenza, in Riv.soc.,1991, II, pp. 983 ss..

FOCAULT, Sorvegliare e Punire, trad. it, Torino, 1976.

FOFFANI, La nuova disciplina penale dell'insider trading e delle frodi del mercato immobiliare, in Riv.trim.dir.pen.ec., 1991, pp. 905 ss..

FOFFANI, voce Borsa, in PALAZZO - PALIERO (a cura di), Commentario breve alle leggi penali complementari, Padova, 2007.

FONDAROLI, Illecito penale e riparazione del danno, Milano, 1999.

FONDAROLI, Aggotaggio mediante altri artifici: disvalore del fatto e disvalore del contesto, in Riv.tr.dir.pen.econ., 2003, pp. 747 ss..

FONTANA, Insider trading ed appropriazione indebita, in Giust.pen., II, 1999, pp. 610 ss.

FORNASARI, I concetto di economia pubblica nel diritto penale , Milano, 1994.

FORTI, Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale, in Riv.it.dir.proc.pen., 2008 p. 597.

FORTI "La scoperta dei white collar crime" in ALESSANDRI (a cura di), Manuale di Diritto Penale d'Impresa, Torino, 2003.

FORTI, L'immane concretezza, Milano, 2000.

FRISCH, An den Grenzen des Strafrechts, in Beiträge zur Rechtswissenschaft in Festschrift für Stree und Wessels, Heidelberg, 1993.

FROSALI, Reato, danno e sanzione, Padova, 1932.

FROSINI, in Contributi all'analisi del diritto, Milano, 1964.

FUÀ, Lo Stato e il risparmio privato, Torino, 1961.

FURFARO, Misure di prevenzione patrimoniali, voce in Dig.disc.pen., Tomo I, agg., Torino, 2005.

GALGANO, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. La società per azioni, Padova, 1988.

GALGANO, Gruppi di società, insider trading, OPA obbligatoria, in Contr e impr., 1992, p. 638.

GALLAS, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in ZStW, 1955.

GALLAS, Zu Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, in Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft (Festschrift für Gleispach), Berlin – Leipzig, 1936.

GALLI, Insider trading: l'inizio di una giurisprudenza di merito statunitense, in Giur.Comm., 1997, I, pp. 216 ss.

GALLI, Insider trading: l'accoglimento della Supreme Court federale statunitense della misappropriation theory. Alcune conseguenti riflessioni sulla condotta di trading vietata, come definita dal cosiddetto "Testo Unico Draghi", in Giur.Comm., 1998, II

E.GALLO, riflessioni sui reati di pericolo, Padova, 1970;

M.GALLO, I reati di pericolo, in Foro pen., 1969, p. 1 ss.

M.GALLO, Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata, in Riv.it.dir.proc.pen., 1949, p. 560.

M.GALLO, Dolo (diritto penale), in Enc. Dir., Vol XIII, Milano, 1964.

M.GALLO, Riflessioni sui reati di pericolo, Padova, 1970.

M.GALLO, voce Aberratio, in Enc.dir., Vol. I, Milano, , 1958.

M.GALLO -SEVERINO, voce Antigiuridicità penale, in Enc.giur., Roma, 1998.

M.GALLO, I reati di pericolo, in Foro Pen., 1969, pp. 1 ss.

GARGANI, Reati contro l'incolumità pubblica, su GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, Trattato di diritto penale, vol. IX, tomo I, Milano, 2008.

GIANNITI, L'oggetto materiale del reato, Milano, 1965.

GRASSO, l'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato, in Riv.it.dir.proc.pen., 1986, p. 689 ss.

GREVI, Risarcimento dei danni da reato e lavoro penitenziario, in Riv.it.dir.proc.pen., 1975, pp. 55 ss.;

GRISPIGNI, L'evento come elemento costitutivo del reato, in Annali dir.proc.pen., 1934, pp. 857 ss.

GROSSO (a cura di), Per un nuovo codice penale. Relazione della Commissione Grosso(1999), Padova, 2000.

GROZIO, De jure belli ac pacis, Parigi, 1625.

GUERINI, Le sanzioni civili, in BRICOLA - ZAGREBELSKY (a cura di), Giurisprudenza sistematica di diritto penale, vol. III, Torino, 1996.

HABERMAS, Morale, Diritto, Politica, Torino, 2007.

HAMANN, Grundgesetze und Strafegesetzbung, Neuwied, 1963.

HANACK, Emphielt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?, in Verhandlungen des siebenundvierzigsten deutschen Juristentages, Bd. I, Allgemeiner Teil, München, 1968.

HART, Positivism and the Separation of Law and Morals, in Harward Law Review, I, 1958.

HART, Il concetto di diritto, Torino, 2002.

HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt, 1973, p.14.

HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln, 2002.

HEFENDEHEL – VON HIRSCH – WOHLERS, Die Rechtsgutstheorie, Nomos, Baden-Baden, 2003.

HEFENDEHEL, Mit langem Atem: der Begriff des Rechtsguts. Oder: was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah, in Goldtdammer's Archiv für Strafrecht, 2007.

HEGLER, Die Merkmale des Verbrechen, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1915

HASSEMER, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4, Lieferung Baden-Baden, 1997.

HEGLER, Die Merkmale des Verbrechens, in ZStW, 36, 1915, p. 19 ss.

HIRSCHBERG, Die Schutzobjekte der Verbrechen, speziell untersucht an den verbrechen gegen Einzelnen, Breslau, 1910.

HOBBS, De cive, traduzione italiana di Tito Magri, Roma, 2005.

HOBBS, Leviatano, traduzione italiana di Agostino Lupoli, Bari, 2010.

HOLD-FERNECK, Der Staat als Übermensch. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtlehre Kelsens, Jena, Gustav Fischer, 1926.

HONIG, Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, Mannheim, 1919.

HORTEN, Schadenersatz und Strafe, Wien, 1905.

HUME, Opere filosofiche, vol. I, Trattato sulla natura umana, Roma-Bari, 2008.

INSOLERA, Sicurezza e ordine pubblico, in Ind.pen., 1997, pagg. 27 ss.

INSOLERA (a cura di), La legislazione penale compulsiva, Padova, 2006.

IRTI, L'età della decodificazione, Milano, 1979.

IZZO, L'aggiotaggio finanziario rivive come manipolazione del mercato, in *Impresa c.i.*, 2005, n.7-8, pp. 1125 ss..

KANT, Fondazione della metafisica dei costumi, traduzione italiana di Filippo Gonnelli, Bari, 2009.

**KASPAROV**, *Gli scacchi, la vita*, Milano, 2007.

KELSEN, La dottrina pura del diritto, saggio introduttivo e traduzione di Losano, Torino, 1966.

KELSEN-HOLD-FERNECK, Lo Stato come Superuomo, un dibattito a Vienna, a cura di Scalone, Torino, 2002.

KOCH, *Ist Das Wesen des Verbreches Rechtsguts oder Pflichtverletzung?*, Diss. Köln, Emsdetten, 1937.

KOOP, Logica statistica dei dati economici, Torino, 2001.

KRIPKE, Insider Trading and the stock market,, in New York University Law Review, 1967, pp. 212 ss.

KRÜMPELMANN, Die Bagatelldelichte, Berlin, 1966.

YAEGER - CLINARD, corporate crime, New York, 1980.

JÄGER, Strafgesetzbung und Rechtgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikte. Eine kriminalsoziologische Untersuchung, Stuttgart, 1957.

JACOBS, Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2 ed., Berlin-New York, 1991.

JENNINGS, Insider Trading and the stock market, by H.G. Manne, in California Law Review, 1967, pp. 1229 ss.

JESCHECK, Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2 Aufl., Berlin, 1972.

JONAS, Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica, tr.it., Torino, 2002.

LAMPE, Das Personale Unrecht, Berlin, 1967.

LANGER, Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeiner Teil des Strafrechts, Berlin, 1972.

LANZI, La riforma sceglie la risposta «civile» contro l'uso distorto dei reati societari, in Guida al dir., 2002, 16, pp. 9 ss. .

LINCIANO-MACCHIATI, Insider Trading. Una regolazione difficile, Bologna, 2002.

LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Der Allgemeiner teil, II auf., Heidelberg, 1923.

LOCKE Secondo trattato, in Due trattati sul governo, trad.it. di L. PAREYSON, Torino, 1968.

LOSAPPIO, Risparmio, funzioni di vigilanza e diritto penale. Lineamenti di un sottosistema,

Bari, 2004.

LUHMAN, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, Opladen, 1970.

LUNGHINI, La manipolazione di mercato, in Dir.pen. e proc., 2005, pp. 1474 ss..

H. MAYER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart, 1967.

MACCARI, Aggotaggio, in GIUNTA (a cura di), I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, Torino, 2002.

MACKINLAY-ARCHIE CRAIGANNO, Event Studies in Economics and Finance in Journal of Economic Literature, Princeton, 1997.

MAGGIORE; Diritto penale totalitario nello Stato totalitario, in Riv.it.dir.pen., 1939, p. 157 ss..

MAGRO, La manipolazione di mercato tra illecito penale e illecito amministrativo, in Cass.pen., 2007, pp. 61 ss.

MAGRO, Manipolazione di mercato e strumenti derivati, in *Dir.Banc.Merc.Fin.*, 2007, pp. 45 ss..

MANNA, I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale, in *CURI – PALOMBARINI* ( a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002.

MANNA, Tutela del risparmio, novità in tema di insider trading e manipolazione di mercato a seguito della Legge comunitaria del 2004, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 3, 2005, pp. 659 ss.

MANNE, Insider Trading and the law professors, in *Vanderbilt Law Review*, 1970.

MANNE, Insider trading and the Stock Market, 1966.

F.MANTOVANI, Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità, intervento al convegno tenutosi a Macerata nel 2005 dal titolo "Silete poenolgi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi", pubblicato su *Riv.it.dir.proc.pen.*, 3, 2005, p. 869.

F.MANTOVANI, Sulla perenne esigenza della codificazione, Intervento al Convegno di studi su

“valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, francese e spagnola a confronto” (Firenze 1993), in Atti del Convegno, Padova, 1995.

F.MANTOVANI, Il principio di offensività del reato nella Costituzione. Studi in onore di Costantino Mortati, Vol. IV, Milano, 1977.

F.MANTOVANI, Diritto penale, parte generale, 6 ed. Padova, 2009.

F.MANTOVANI, Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, pagg. 470 ss..

F.MANTOVANI, Il principio di affidamento nel diritto penale, in Riv.it.dir.proc.pen., 2009, pp. 536 ss..

M.MANTOVANI, *Principio di affidamento* nella teoria del reato colposo, Milano, 1997.

MANES, Il principio di offensività nel diritto penale, Torino, 2005.

MANES, Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale, in Riv.it.dir.proc.pen., 2007.

MARCHETTI, Profili privatistici dell'insider trading, in Rabitti Bedogni Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario, L'insider trading, Milano, 1992, pp. 145 ss.

MARCONI-CATENACCI (a cura di), Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente, Torino, 2009.

MARCUSE, L'uomo ad una dimensione, rist., Torino, 1991.

MARINUCCI, Politica criminale e riforma del codice penale, in Jus, 1974.

MARINUCCI, "Societas puniri potest": uno sguardo di insieme sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in Riv. Dir. Pen. Proc. , 2002, p. 1214.

MARINUCCI, Il reato come azione. Critica di un dogma, Milano, 1971.

MARINUCCI-DOLCINI, Corso di diritto penale, Milano, 2001.

MARINUCCI-DOLCINI, Manuale di diritto penale, Parte Generale, Milano, 2006.

MARTINEZ BUJAN PEREZ-SUAREZ MIRA RODRIGUEZ- FARALDO CABANA BRANDARIZ GARCIA- PUENTE ABA, Derecho penal economico, Valencia, 2002.

MASCIANDARO, Moneta, banca e finanza degli abusi di mercato, Milano 2001.

MASCIANDARO, Mercati ed illegalità, Milano, 1999.

MASCIANDARO, Criminalità ed intermediazione finanziaria, Roma, 1997.

M. MARX, Zur Definition des Begriffs «Rechtgut». Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln, 1972.

MAURACH, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4 Aufl., Karlsruhe, 1971.

MAZZACUVA, il disvalore di evento nell'illecito penale, Milano, 1983.

MAZZACUVA, voce Evento, in Dig.disc.pen., vol. IV, Torino, 1990.

MELCHIONDA, Aggiotaggio e manipolazione del mercato, in I reati societari, LANZI - CADOPPI (a cura di), Padova, 2007.

MENDELSON, The Economics of Insider Trading Reconsidered, in University of Pennsylvania Law Review, 1969. pp. 70 ss..

MEZGER, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in Festschrift Traeger, Berlin, 1926.

MIEDICO, in ALESSANDRI (a cura di), Reati in materia economica, in PALAZZO-PALIERO, Trattato teorico pratico di diritto penale, vol. VIII, Torino, 2012, pp.65 ss.

MILL, On liberty, trad.it. di MOLLICA, Milano, 2000.

MITTASCH, Die Auswirkungen des wertbeziehendes Denken in der Strafrechtssystematik, Berlin, 1939.

MOCCIA, Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi liberali, in Giur. Comm., I, 1992, pp. 5 ss. Ed anche in Riv.it.dir.pen e proc., 1995, pp.343 ss.

MOLARI, La tutela penale della condanna civile, Padova, 1960.

MOLINARO, Il pericolo concreto della fattispecie di manipolazione del mercato al banco di prova del processo penale, in Giur.mer., 2011, pp. 1195 e ss..

MONATERI - BONA - OLIVA Il nuovo danno non patrimoniale, Milano, 2004.

MONTAGNANI, «il mercato chi è?»: prime osservazioni sulla riforma del diritto (penale) societario, scritta dai vincitori, in Riv.Soc.,5, 2002, pp.1139 ss.

MOORE, Principia ethica, Cambridge, 1996.

MOOS, der verbrechensbegriff in Österreich im 18. Und 19. Jahrhundert. Sinn und Strukturwandel, Bonn, 1968.

MUCCIARELLI, Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse, in Dir.pen.e proc., 2, 2006, pp.137 e ss..

MUCCIARELLI, L'abuso di informazioni privilegiate: delitto ed illecito amministrativo, in Dir.Pen. e proc., 2005, p. 1473 ss.

MUCCIARELLI, L'art. 326 3° co c.p. e l'insider trading, in Giur. comm., 1991, I, pp. 310 ss..

MUCCIARELLI, Aggiotaggio, in ALESSANDRI (a cura di), Il nuovo diritto penale delle società. D. Lgs 11 aprile 2002, n. 61, Milano, 2002.

MUCCIARELLI, L'informazione societaria: destinatari e limiti posti dalla normativa in materia di insider trading, in Banca, borsa e tit.cred., 1999, I, p. 759.

MUCCIARELLI, La tutela penale della revisione contabile, l'abuso di informazioni privilegiate e l'aggiotaggio su strumenti finanziari, in Studium Juris, 1998, pp. 1308 ss.

MUCCIARELLI, L'insider trading nella nuova disciplina del D.Lgs. 58/98, Riv.trim.dir.pen.econ., 2000, pp. 922 ss..

MUCCIARELLI, Speculazione mobiliare e diritto penale, Milano, 1995.

MUCCIARELLI-LUNGHINI, Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato: le norme della Comunitaria 2004 (II), in Dir.pen.e proc., 12, 2005, pp.146 e ss..

MÜLLER DIETZ, Aspekte und Konzepte der Strafgesetzgebung, in Festschrift für R. Schmitt, Tübingen, 1992.

MUSCO, Bene giuridico e tutela dell'onore, Milano, 1974.

MUSCO (Con la collaborazione di Masullo), I nuovi reati societari, Milano, 2007.

MUSCO, I reati di insider trading, in Riv.pen.ec., 1993, pp. 376 ss.

MÜSSIG, schutz abstrakter Rechtgüter und abstrakter Rechtgüterschutz, Frankfurt, 1994, p. 9.

NAPOLEONI, L'abuso di informazioni privilegiate, Milano, 1989.

NAVARRETE, Rechtgut und Strafrechtsreform, in AA.VV., Strafrecht und Strafrechtsreform, Berlin, 1974.

NEPPI MODONA, Il reato impossibile, Milano, 1965.

NEPPI MODONA, Il reato impossibile, in Ind.pen., 1967, pp. 46 ss.

NIETZSCHE, L'Anticristo, maledizione del cristianesimo, traduzione italiana di Ferruccio Masini, Milano, 1992.

NIGRO-SANTORO, La tutela del risparmio, Torino, 2007.

NISCO, Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio, Bologna, 2009.

NOLL, Die ethische Begründung der Strafe, Tubinga, 1962.

NUVOLONE, Il sistema del diritto penale, Padova, 1975.

NUVOLONE, Relazione introduttiva, in AA.VV., Le misure di prevenzione: atti del convegno, Milano, 1975.

OLIVA-BONA-MONTANERI Il nuovo danno non patrimoniale, Milano, 2004.

*ONADO, Risparmio gestito in Italia. Caratteristiche generali e problemi di regolamentazione, in Consob "Quaderni di finanza", n. 21, 1997*

OTTO, Rechtsgütbegriff und Delikstatbestand, in MÜLLER DIETZ (e altri) Stafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln, 1971.

PACKER, the limits of the criminal sanction, Stanford, 1978.

PADOVANI, L'utopia punitiva, Milano, 1981.

PADOVANI, Diritto penale, Milano, 2008.

PADOVANI, In tema di bene giuridico, in Cass. Pen., 1987, pp. 672 ss.

PADOVANI, La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana, in Riv.It.dir.proc.pen., 1984, pp. 952 ss.

PADOVANI, Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario, in Riv.it.dir.proc.pen., 1995, pp. 634 ss.

PAGLIARO, Diritto penale, parte generale, Milano, 1979.

PAGLIARO, Principi di diritto penale, Parte generale, Milano, 2003.

PALAZZO, I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione, in Riv.it.dir.proc.pen., 1992, pp. 453 ss.

PALAZZO, Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali, in Riv.it.dir.proc.pen., 1998, p. 350 e ss.

PALAZZO, I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione, in Riv. it. dir. pen. proc., 1992, p. 459 ss..

PALAZZO, I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, in Ind. Pen., 1986, pp. 35 ss..

PALIERO, Market abuse e legislazione penale: un connubio tormentato, in Corr. Mer., 2005, pp. 809 ss.

PALIERO, L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?, in Riv.it.dir.proc.pen., 1994, pagg. 1220 ss.

PALIERO, Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: d'ora in poi *societas delinquere (et puniri) potest*, in Corr. Giur., 2001, pp. 845 ss.

PALIERO, la riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica

criminale in materia economica, in *Corr.Mer.*, 2006, n. 5, p. 615 ss.

PALIERO «Minima non curat praetor». Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, Padova, 1985.

PALIERO, la riforma della tutela penale del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica, in *Corr.Mer.*, 2006, p. 615 ss.

PANAGIA, La tutela penale dei mercati finanziari, Torino, 2011.

PANNAIN, Manuale di diritto penale, parte generale, 3 ed., Torino, 1962.

PAOLI, Il reato, il risarcimento e la riparazione, Bologna 1925.

PARODI GIUSINO, I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale, Milano 1990.

PARODI GIUSINO, La condotta nei reati a tutela anticipata, in *Ind.Pen.*, 2000, pp. 686 ss.

PASTORELLO, Rischio e Rendimento. Teoria Finanziaria e Applicazioni Econometriche, Bologna, 2001.

PATALANO, Significato e limiti della dogmatica sui reati di pericolo, Napoli, 1975.

PATRONO, Rilievi sulla c.d. «aberratio ictus» plurilesiva, in Riv.it.dir.proc.pen., 1973, pp. 86 ss..

PAVAN, Abuso di informazioni privilegiate, in Ind.pen., 2002, p. 607.

PEDERZINI, Le nuove leggi civili commentate, 2007.

PEDRAZZI, Interessi economici e tutela penale in Stile (a cura di), Bene giuridico e riforma della parte speciale, Napoli, 1991.

PEDRAZZI, voce Mercati Finanziari (disciplina penale), in Dig.disc.pen., IV, vol. VII, Torino 1993, pp. 652 ss., anche su Diritto penale, vol. IV, Milano, 2003.

PEDRAZZI, voce Mercati Finanziari (nuova disciplina penale), in Dig.disc.pen., IV, aggiornamento. Torino 2000.

PEDRAZZI, In memoria del falso in bilancio, in Riv. Soc., 2001, p. 1372.

PEDRAZZI, La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l'economia, in AA.VV., Verso un nuovo codice penale, Milano, 1993, p. 350 e ss..

PEDRAZZI, nota a Cass. Sez. Un. 30 maggio 1959, in Riv.it.dir.proc.pen., 1960, pp. 209 ss.

PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, Manuale di diritto penale dell'impresa, II ed. agg., Bologna, 2000.

PEDRAZZI, Aggotaggio bancario, in Diritto penale, vol. IV, Milano, 2003.

PENNISI, voce Parte civile, in Enc.dir., Agg. I, Milano, 1997.

PETRINI, Reati di pericolo a tutela dei consumatori, Milano, 1990.

PETROCELLI, *Tecnicismo ed antitecnicismo nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, vol. I, Padova, 1952.

PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940.

PISANI, *Il risarcimento del danno da reato nell'ordinamento*, in *Ind.Pen.*, 1974, pp. 5 ss.

PLANTAMURA, in MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova 2010.

PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *D.Resp*, 2004, pp. 5 ss.

PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell'art. 2059 esclude il danno esistenziale*, in *Nuova Giur.Civ.Comm.*, 2007, I, pp. 784 ss.;

PLATONE, *Critone*, traduzione italia di Giovanni Reale, Brescia, 1989, passim p. 47.

PREZIOSI, L'agiotaggio, in ROSSI (a cura di), reati societari, Torino, 2005.

PREZIOSI, La manipolazione di mercato, Bari, 2008.

PULITANÓ, La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione, in Riv.it.dir.proc.pe., 2002, pp. 415 ss.

PULITANO', Sicurezza e diritto penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, pagg. 547 ss..

QUINNEY, The study of white collar crime: toward a reorientation in theory and research, in Journ.of Crim Law and police science, vol. 55, 1964, p. 209.

QUIRICI, La gestione collettiva del risparmio alla luce del TUF e dei successivi decreti attuativi, in CAPARVI (a cura di), Il mercato mobiliare italiano. Strutture e tendenze evolutive, Milano, 2003.

RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in SJZ, 1946, ora in Rechtphilophie, 8 Aufl, 1973.

RADBRUCH, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in Festgabe für Frank, 1930, Bd. I..

RADBRUCH, Autoritäres ode soziales Strafrecht?, in Die Gesellschaft, 1933.

RADBRUCH, Rechtsphilosophie, Stuttgart, 1958.

RADBRUCH Eine Feuerbach-Gedenkrede, Tubinga, 1952.

RAGNI, Primi segnali di un'inversione di tendenza nell'esperienza applicativa del reato di insider trading, in banca, borsa e tit.cr., 2003, p. 708.

RAMPIONI, Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., Milano, 1984.

REGINA, Il reato aberrante, Milano, 1970; ID. Voce Reato aberrante, in Enc.giur., vol. XXVI, Roma, 1991.

RIDER-BARRY, L'attività di repressione dell'insider trading in Gran Bretagna, in RABITTI-BEDOGNI, Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario, L'insider trading, Milano, 1992.

RIZ, Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa, in Ind.pen., 1983.

RIZZO, Il risarcimento del danno come possibile risposta penale?, in Dir.pen.proc., 1997, pp. 1171 ss..

ROCCO, L'oggetto del reato e della tutela giudica penale, Milano, 1913;

ROIATI, Infortuni sul lavoro e responsabilità oggettiva: la malintesa sussidiarietà dello strumento penale, in Cass. Pen., 2008, pp. 2867 ss.

M.ROMANO, Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano, in AA.VV., ROMANO - STELLA /a cura di), Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati, Milano, 1980.

M.ROMANO, Contributo all'analisi dell'«aberratio ictus», Milano, 1970.

M.ROMANO, Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale in Riv.it.dir.proc.pen., 1993, pp. 865 ss.

M.ROMANO, Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati, in riv.it.dir.proc.pen., 1981, pp. 489 ss..

M.ROMANO, Commentario sistematico, Milano, 2004 .

RONCO, voce responsabilità delle persone giuridiche. Diritto penale in Enc. Giur. agg., Roma, 2003.

ROXIN, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in Juristische Schulung, in Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin, 1973.

ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 2 ed., München, 1994, p.1 e ss..

ROXIN, L'evoluzione della politica criminale a partire dai progetti alternativi, in AA.VV., Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale, Napoli, 1981.

ROXIN, Strafrecht AT, I, 3 ed, 1997, §2;

ROXIN, Franz von List und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, in ZStW, 1969, pp. 613 ss.

ROSSI, La scalata del mercato. La borsa e i valori mobiliari, Bologna, 1986.

ROSSI, Lo storicismo tedesco contemporaneo, 2 ed., Torino, 1971.

ROUSSEAU, Il contratto sociale, traduzione italiana di Jole Bertolazzi, Milano, 2009.

RUDOLPHI, Die verschiendinen Aspekte des Rechtgutsbegriffs, in Festschrift für Richard M. Honig, Göttingen, 1970.

RUDOLPHI (e altri), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 2 Aufl., München, 1977.

RUDOLPHI, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, ed. 35, Köln, 2001.

SARCINELLI, La legge per la tutela del risparmio. Un anno dopo, in La legge per la tutela del risparmio, a cura di ABBADESSA-CESARINI (a cura di), Bologna, 2007.

SANGIOVANNI, L'insider trading nel diritto tedesco, in Banca, borsa e tit.cr., 2000, pp. 540 ss..

SANTAMARIA, voce Evento, in Enc.dir., vol. XVI, Milano, 1967.

SAUER, Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin und Leipzig, 1921.

SCORDAMAGLIA, Colpa responsabilità e pena, Rassegna Convegni di Cultura Maria Cristina di Savoia, n. 3/4/5 Mag./Ott., 2002, pp. 50 ss..

SCORDAMAGLIA, Il "diritto penale del nemico" e le misure di prevenzione in Italia: a sessant'anni dalla Costituzione, in Giust.pen., 2008, pp. 193 ss.

SCHAFFSTEIN, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, in Deutsches Strafrecht, Berlin, 1937.

SCHAFFSTEIN, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, in Grundlagen des neuen Rechtswissenschaft, Berlin, 1935.

SCHOTLAND, Unsafe at any price: A Reply to Manne, Insider Trading and the Stock Market" in Virginia Law Review, 1967, pp. 1425 ss..

SCHMITT, Il concetto politico, in Le categorie del "politico", Bologna, 1998.

SCHMITT, La tirannia dei valori, Milano, 2008.

SCHMITT, Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit, Hamburg, 1933.

SCHORN, Der Richter in Dritten Reich, Frankfurt, 1959.

SCHWABE, voce Nazionalsocialismo, in Enciclopedia Europea, vol. VII, Milano, 1978.

SCHWINGE, Theologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen

Methodenlehre, Bonn, 1937.

SCHUNEMANN, Festschrift für Klaus Roxin, 2001.

SEMINARA, La tutela penale del mercato finanziario in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, Manuale di diritto penale dell'impresa, II ed., Bologna, 2000.

SEMINARA, Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato: le norme della Comunitaria 2004 (III), in Dir.pen.e proc., 1, 2006, pp. 9 e ss..

SEMINARA, Riflessioni a margine al disegno di legge in tema di insider trading, in Riv.it.dir.proc.pen., 1990, I, p. 457.

SEMINARA, Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio, in Dir.Pen.Proc., 2006, p. 549 ss..

SEMINARA, Il reato di insider trading tra obbligo di astensione e divieto di utilizzazione in borsa di informazioni riservate. Considerazioni su riforme ordite, abortite e partorite, in Banca, borsa e tit.cred., 1998, p. 322.

SEMINARA, L'aggiotaggio (art 2637), in GIARDA – SEMINARA (a cura di), I nuovi reati societari: diritto e processo, Padova, 2002.

SEMINARA, L'evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana, in CANESTRARI-FOFFANI (a cura di), Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?, Atti del convegno dell'Associazione Franco Bricola del 2002, Milano, 2005.

SEMINARA, Informazione finanziaria e diritto penale. Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie, in AA.VV., Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro, Centro nazionale di previdenza e difesa sociale, Convegni di studio "Enrico de Nicola". Problemi attuali di diritto e procedura penale, Milano, 2009.

SEMINARA, L'insider trading nella prospettiva penalistica, in Giur.Comm., 1992, I, pp. 623-655.

SEMINARA, Insider trading e diritto penale, Milano, 1989.

SEMINARA, Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, in Dir.Pen.Proc. 2006, p. 9 ss..

SGUBBI, Tutela penale di «interessi diffusi», Quest.crim., 1975, p. 439.

SGUBBI, Presentazione, in INSOLERA (a cura di), La legislazione penale compulsiva, Padova, 2006.

SGUBBI, Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità, Bologna, 1990.

SGUBBI, Il risparmio come oggetto di tutela penale, in Giur. Comm., I, 2005, p. 343 ed anche in Foro it., 2004, parte V, pp. c. 136 ss..

SGUBBI, voce Abusi di mercato, in Enc.dir., Annali, Milano, 2008.

SGUBBI, Diritto penale del mercato finanziario, Padova, 2008.

SGUBBI-FONDAROLI-TRIPODI, Diritto penale del mercato finanziario, Padova, 2008.

SIEVERTS, Kriminalpolitik, in SIEVERTS (a cura di), Handwörterbuch der Kriminologie, II, Berlino, 1977

SIMESTER-SULLIVAN, Criminal Law. Theory and Doctrine<sup>2</sup>, Oxford, 2000.

SINA, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut», Basel, 1962.

STELLA, La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti offensivi conformi al tipo, in Riv. it. dir. pen. proc., 1973.

STELLA, Giustizia e modernità, Milano, 2003.

STELLA, La «descrizione» dell'evento, Milano, 1970.

STILE (a cura di), Bene giuridico e riforma della parte speciale, Napoli, 1985.

STORTONI, Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie, in Crit. dir., 1996, pagg. 172 ss.

STRATENWERTH, Zum Begriff des "Rechtsgut", in Festschrift für Theodor Lenckner; München, 1998.

SUTHERLAND, Il crimine dei colletti bianchi, Milano, 1987.

SUTHERLAND, White collar crime. The uncut version, New Haven e Londra, 1983.

SVAMPA, La repressione del delitto di aggioaggio dalla rivoluzione francese alla codificazione Rocco, in Giust.pen., 1992, II, c. 368 ss..

TAGLIARINI, Il risarcimento del danno. Profili storici ed evoluzione attuale, in Ind.pen., 1973, pp. 475 ss.

TALCOTT PARSONS, The social system, New York, 1968.

TAMBURINI, Codici etici, valore in più, in Il Sole 24 ore, 27 aprile 2005, p. 10..

TIEDEMANN, Stand und Tendenzen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie in der Bunderpublik Deutschland, in JZ, 1980.

TRANIELLO, Art. 180, abuso di informazioni privilegiate, in Giur.it., 1999, V, pp. 224 ss..

TRAPANI, La divergenza tra il «voluto» e «realizzato», Torino, 2006.

TRAVAGLINO, Danno esistenziale tra metafisica e diritto, in Foro.It., 2007, I, pp. 71 ss..

TRIPODI, Diritto penale del mercato finanziario, Padova, 2008.

TRIPODI, Commento agli artt. 180-187 quaterdecies TUF, in Leggi penali complementari, in PADOVANI (a cura di), Le fonti del diritto italiano, Milano, 2007.

VALLARDI, I fatti illeciti, Como, 1970.

VANNINI, Il reato impossibile, in Arch. Pen, 1949, I, pp. 363 ss.

VASSALLI, voce Potestá punitiva, in Enciclopedia del Diritto, vol. XXXIV, Roma, 1985.

VASSALLI, Considerazioni sul principio di offensività, in Studi in memoria di U.Pioletti, Milano, 1982.

VASSALLI, I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica, in Riv.it.dir.proc.pen., 1991, pp. 699 ss.

VASSALLI, Intorno all'art. 2 della legge sulle sanzioni contro il fascismo, in Giut.Pen., 1947, II, cc. 663 ss..

VASSALLI, La punizione dell'Insider trading, in Riv.it.dir.proc.pen., 1192, pp.21 ss..

VIZZARDI, Manipolazione del mercato: un doppio binario da ripensare?, in Riv.it.dir.pen.proc., 2, 2006, pp.704 ss..

VERDE, In favore di un processo normale, Foro it., 2002, V, c.56.

VON JEHRING, der Zweck im Recht, Leipzig,

1923.

VON LISZT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 14 Aufl., Berlin, 1905.

VON LISZT, Des Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopedie der Rechtswissenschaft, in ZStW, 8 (1988), p 138 s.

VON LISZT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin und Leipzig, 1889.

WEBER, Economia e società. Comunità, Roma, 2005.

WELZEL, Il nuovo volto del sistema penale, in Jus, 1952, pp. 37 ss.

WELZEL, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl., Berlin, 1966.

WELZEL, Strafrecht, Berlino, 1969.

WOHLERS, Deliktstypen des Präventionstrafrecht . Zur Dogmatik "moderner" Gefändungsdelikte, Berlin, 2000.

WOLF, Die Typen der Tatbestandsmässigkeit, Breslau, 1931.

WU, An economist looks at Section 16 of the Securities Exchange Act of 1934, in Columbia Law Review, 1968.

ZANNOTTI, La tutela penale del mercato finanziario, Torino, 1997

Zannotti, Il nuovo diritto penale dell'economia, Milano, 2006.

ZENO ZENCOVICH, voce Sanzioni civili conseguenti al reato, in Dig.disc.pen., XII, Torino, 1997.

ZIPF, Kriminalpolitik, Heidelberg – Karlsruhe 1980.

ZUCCALA', Sul preteso principio di necessaria offensività, in Studi in memoria di Giacomo Delitala, III, Milano, 1984.

ZUCCALÁ, Sul preteso principio di necessaria

offensività nel reato, in Studi in memoria di  
Giacomo Delitala, Milano, 1984.