

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2023

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2022, p. 5 ss.

LA RESPONSABILITÀ CONCORSUALE DEL PROFESSIONISTA-EXTRANEUS IN FATTI DI BANCAROTTA. LA COMPARTECIPAZIONE CRIMINOSA MEDIANTE ATTIVITÀ DI CONSULENZA

di Luca Carraro

Il contributo affronta il tema della responsabilità del professionista, quale concorrente extraneus, in fatti di bancarotta patrimoniale perpetrati dal proprio assistito. Dopo aver ripercorso, sul piano generale, gli snodi maggiormente significativi del dibattito dottrinale sulla responsabilità plurisoggettiva eventuale, lo scritto analizza la tendenza giurisprudenziale a inquadrare le condotte di consulenza tecnico-professionale – specie nei settori economici – nell’ambito del concorso morale, ponendo in evidenza i problemi dogmatici e le aporie epistemiche di tale opzione interpretativa. I limiti emersi nell’analisi critica del “diritto vivente” rappresentano infine l’abbrivio per delineare talune direttrici lungo le quali tracciare i confini minimi di un contegno penalmente rilevante del professionista, nell’ambito di una possibile pars construens maggiormente incline a valorizzare i profili soggettivi del contributo concorsuale.

SOMMARIO: 1. La responsabilità concorsuale del professionista nel quadro dei “white collar crimes”: una prima delimitazione del tema problematico – 2. Il nodo nevralgico della responsabilità plurisoggettiva eventuale: il concetto di contributo concorsuale tra causalità, agevolazione, compartecipazione materiale e morale – 3. Il formante giurisprudenziale italiano – 3.1. L’elemento ‘oggettivo’ del contributo del professionista – 3.1.1. L’origine della sovrapposizione tra concorso morale e materiale in giurisprudenza – 3.1.2. Quel che resta del contributo concorsuale – 3.2. Il profilo soggettivo del contributo del professionista – 4. Appunti per una *pars construens*: un’ipotesi programmatica di lavoro.

1. La responsabilità concorsuale del professionista nel quadro dei “white collar crimes”: una prima delimitazione del tema problematico.

La responsabilità concorsuale rappresenta un problema complesso¹, in continuo fermento tra esigenze di repressione rispetto a condotte dotate di una particolare carica

¹ Si veda, per chiarezza espositiva, M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957; R. DELL’ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1957; M. HELFER, *Il concorso di persone nel reato. Problemi aperti nel sistema unitario italiano*, Torino, 2013, 41 ss.

lesiva ed esigenze di riaffermazione del principio di legalità, nella sua specifica declinazione di tipicità della condotta offensiva², e di responsabilità per fatto proprio³.

Tale materia – già di per sé “storicamente” tra le «più spinose del diritto penale»⁴ – si caratterizza oggi per ulteriori profili di problematicità, dischiusi da un diritto penale sempre più orientato verso l’idealtipo del reato economico⁵, del c.d. “*white collar crime*”⁶, il cui autore agisce mediante condotte complesse, sovente altamente tecniche, e ricostruite come penalmente rilevanti alla luce di una pletora di disposizioni normative, rendendo così l’illecito penale altamente “artificiale”⁷. Ciò è tanto più vero per il professionista⁸, in particolare per l’avvocato, in un quadro fattuale, peraltro, spesso molto meno nitido, al momento dell’azione, rispetto a quello di cui gode il Pubblico Ministero al momento dell’imputazione (e *a fortiori* per il Giudice al momento del giudizio). Il professionista, del resto, interviene frequentemente in un momento di crisi per l’imprenditore (o l’azienda) che assiste. E proprio quando questi quadri fenomenologici, quando cioè il mondo, i tempi e le logiche economiche (spesso meno raffinate delle ricostruzioni giuridiche, ma molto più dinamiche e “brucianti”) vengono poi valutate dalla lente del penalista (sovente alla luce di ulteriori elementi acquisiti solo *ex post*), i profili di maggiore complessità pratica del tema vengono a presentarsi in tutta la loro irruenza.

La possibile rilevanza penale del “consiglio tecnico” in relazione ai reati propri dischiude infatti un orizzonte ampiamente problematico. Non è un caso, del resto, che le principali dorsali ermeneutiche della dogmatica concorsuale vengano sottoposte, proprio in siffatto ambito, a importanti prove di resistenza nel dibattito dottrinale, sebbene quest’ultimo non abbia ancora conosciuto lo sviluppo e l’approfondimento di cui gli interpreti hanno beneficiato in Germania, in ordine alle c.d. “*Neutrale Hanlungen*”, o nel Nord-America, rispetto alle condotte realizzate “*in the ordinary course of business*”⁹.

² Cfr. S. SEMINARA, *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato. Considerazioni sul senso di una disputa dottrinale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 421 ss.

³ Cfr. L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, 3, nota n. 4.

⁴ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. P. Gen.*, Milano, 1947, 237. Più di recente, appaiono emblematiche le parole di E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni “neutrali”*, Torino, 2018, con le quali l’Autore intitola il paragrafo 1 del Capitolo 1: «Un tormentato istituto di parte generale».

⁵ Cfr., in ordine al c.d. “reato economico”, F. GIUNTA, *I reati economici: modelli normativi e riflessi probatori*, in *Giust. Pen.*, 2011, 12, II, 641-645.

⁶ L’espressione, oramai entrata nel gergo comune grazie alla sua evidente carica evocativa, si deve al sociologo americano E.H. SUTHERLAND, *White Collar Criminality*, in *American Sociological Review*, 1940, V, 1 ss.; ID., *White Collar Crime. The uncut version* (1983), tr. it. a cura di G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, 1987. In proposito, cfr. G. FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 304 ss.

⁷ C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la “Parte Generale” di un Codice Penale dell’Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 466 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 35.; W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1990, 2754 e ss.; ID., *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, 3, 438 ss.

⁸ Cfr. A. PERINI, *Il consiglio tecnico come forma di compartecipazione dell’estraneo nei reati propri*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 719 ss.

⁹ Per una recente e approfondita disamina in ordine agli orientamenti, dottrinali e giurisprudenziali,

Ad irrobustire il quadro problematico, inoltre, si registra una giurisprudenza che, sebbene chiamata più volte a confrontarsi con la tematica in esame, sembra aver sino ad oggi eluso un analitico approfondimento del problema.

Onde affrontare con ordine – e in coerenza agli intenti contenuti di questo contributo – il tema che ci si propone di studiare, è necessario delimitare specificamente l’ambito di riflessione. Si intende indagare una peculiare declinazione del problema della responsabilità concorsuale¹⁰ del professionista, dedicandosi alla possibile configurazione di un rimprovero a titolo di concorrente *extraneus*, in capo all’avvocato che abbia reso una consulenza, in relazione a fatti di bancarotta patrimoniale commessi dal proprio assistito.

Al fine di procedere con rigore alla ricerca di un’*actio finium regundorum* tra le condotte legittime del (se non addirittura doverose per il) professionista e quelle che invece assumono una venatura penalmente rilevante, si ritiene di dover seguire il seguente percorso logico: (i) in primo luogo sarà necessario ripercorrere, sia pur in via cursoria ed estremamente sintetica, la struttura della fattispecie concorsuale, onde poter porre le basi concettuali per procedere ad (ii) analizzare la tendenza, molto avvertita nel formante giurisprudenziale, a declinare in termini di concorso morale le condotte di consulenza tecnico-professionale. Su questa base, le cui radici (iii) verranno ricercate nella stessa storia giurisprudenziale italiana della seconda metà degli anni ’90, si proseguirà poi nell’individuazione dei limiti di una siffatta impostazione, soffermandosi in particolare, (iv) quanto alla tipicità della responsabilità concorsuale, sulla effettiva impiegabilità dei moduli di accertamento causale per misurare le vicende relazionali umane in termini di *determinazione e rafforzamento* dell’altrui proposito e, (v) quanto al profilo soggettivo della fattispecie concorsuale eventuale, sulla consistenza e sul ruolo performativo assegnato al peculiare atteggiamento psichico che il dominante orientamento di legittimità ritiene necessario (*recte*: sufficiente) all’integrazione della tipicità criminosa del professionista quale concorrente *extraneus* nei fatti di bancarotta patrimoniale del proprio assistito. L’insoddisfazione dinanzi all’impossibilità di individuare una criteriologia afferrabile, sulla quale tracciare i confini minimi di un contegno penalmente rilevante del professionista, suggerirà infine (vi) di prendere atto dei limiti emersi dall’analisi critica dell’orientamento dominante e di approntare un “progetto programmatico” per una rivisitazione del tema che parta dalle fondamenta.

tedeschi, inglesi e americani, si veda E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale*, cit., in particolare 92 ss., quanto all’ordinamento tedesco, e 133 ss., quanto alle impostazioni di *common law*. Per una ricostruzione in parte differente delle opzioni interpretative di lingua tedesca, si veda M. BIANCHI, *La “complicità” mediante condotte “quotidiane”. Apparente neutralità, psichica connivenza, adeguatezza sociale, ruolo istituzionale*, in *Ind. Pen.*, 2000, 37 ss.

¹⁰ Il tema, come noto, rappresenta solo una parte del più ampio orizzonte del rischio penale dell’avvocato e del professionista in genere, in ordine al quale possono venire in rilievo fattispecie differenti e a modalità di realizzazione monosoggettiva. Per una recente disamina dei rischi penalistici che incombono sul professionista (avvocato, notaio, commercialista, revisore, *advisor* finanziario, componente del collegio sindacale o dell’OdV, etc.), si veda AA.VV., *Le responsabilità penali del professionista*, Torino, 2023, A. Pistochini e G. Stampanoni (a cura di), con prefazione a cura di F. Centonze.

2. Il nodo nevralgico della responsabilità plurisoggettiva eventuale: il concetto di contributo concorsuale tra causalità, agevolazione, compartecipazione materiale e morale.

La disposizione di cui all'art. 110 c.p., nella quale è condensato il perno di tutta la disciplina relativa al concorso di persone nel reato, come è stato autorevolmente affermato¹¹, rappresenta forse «la disposizione più incostituzionale che esista nell'ordinamento italiano, quanto meno nell'ordinamento penale»¹², esibendo un evidente rischio di inaridire la tipicità¹³ – ed il suo legame con la responsabilità penale per fatto proprio¹⁴ – in ossequio ad un'impostazione dogmatica¹⁵ molto rigida e frutto di una precisa opzione ideologica¹⁶ di matrice autoritaria. D'altro canto, stringenti esigenze di politica-criminale hanno indotto e sospingono ancora oggi ad estendere i già generosi¹⁷ spazi di incriminazione concorsuale, incentrati – almeno in origine – sulla

¹¹ Ci si riferisce a G. VASSALLI, *La riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 34, secondo un giudizio, non meno severo, espresso anche da G. BETTIOL, *Brevi considerazioni sul problema del concorso di più persone nel reato*, in CNR-CNPDS, *La riforma della parte generale del codice penale. Concorso di persone nel reato*, s.d. (ma 1982), 4 del dattiloscritto (passo riportato da S. SEMINARA, *La disciplina del concorso di persone nel reato nei più recenti progetti di riforma del codice penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, I, 2011, 282).

¹² G. VASSALLI, *Sul concorso di persone nel reato*, in A.M. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, 345, ove vengono riprese le riflessioni precedenti.

¹³ Interessantissime le considerazioni di G. LOSAPPIO, *La caccia alla plurisoggettività causale nella plurisoggettività concorsuale*, in *Arch. Pen.*, 2021, 3, *passim* e 8, ove si afferma con chiarezza: «La disciplina del concorso non può – meglio, non deve! – costituire un'area (e che area!) del sistema penale "emancipata" dai principi costituzionali di legalità e responsabilità personale, che anzi soprattutto in questo stress test dovrebbero manifestare il loro essenziale contenuto garantistico».

¹⁴ Si veda M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 175 ss.

¹⁵ Sulla temperie culturale alle base della disciplina del concorso di persone nel reato e, in specie sulla contrapposizione tra la scuola positiva ("capitanata" da E. FERRI, *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente*, Progetto 1921 – Progetto 1927, Torino, 1928, 552 ss.), e la scuola criminologica di area tedesca tramite la *Internationale Kriminalistische Vereinigung (IKV)*, si veda M. HELFER, *Il concorso*, cit., 41 ss. e S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 18 ss.

¹⁶ Pongono in luce taluni visibili segni della matrice fascista della regolamentazione codicistica M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 261; M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., 185; G. INSOLERA, *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 443 ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 83. Come pone in luce E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale*, cit., 8, nota n. 4, maggiormente dubitativo invece appare S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., 26, nel porre in evidenza come la necessità di superare, con il Codice Rocco, talune problematiche del previgente Codice Zanardelli, possano rappresentare una spiegazione che radichi in esigenze dogmatiche e pratiche, piuttosto che in matrici ideologiche, l'impostazione della disciplina concorsuale secondo un modello unitario.

¹⁷ Molto acute si rivelano sul tema le parole di L. RISICATO, *Meritevolezza di pena e concorso di persone nel reato*,

teoria dell'equivalenza causale: quasi paradossalmente, quella naturale tendenza ipertrofica del causalismo puro, che in ambito monosoggettivo ha impegnato dottrina e giurisprudenza, italiane e tedesche, alla ricerca di correttivi in grado di contenerla entro i margini di una corretta responsabilità per fatto proprio¹⁸, si sarebbe rivelata insufficiente nell'ambito delle fenomenologie concorsuali, ben potendo avvertirsi l'esigenza di reprimere contegni che, pur non essendo a rigore considerabili *conditiones sine quibus non* dell'evento tipico, avessero in qualche misura contribuito, se non sul piano materiale, quantomeno sul piano morale¹⁹, alla realizzazione dell'illecito.

Sullo sfondo di tali contrapposte esigenze, come noto, si consumava lo scontro, invero mai sopito, relativo alle fondamenta dogmatiche della punibilità concorsuale, che vedeva fronteggiarsi – semplificando – la teoria dell'accessorietà²⁰, da una parte, e la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, dall'altra²¹.

in G.A. De Francesco, E. Venafro (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, 2003, 89. La Studiosa descrive infatti l'art. 110 c.p. alla stregua di un «formidabile ed incontenibile “moltiplicatore” di meritevolezza di pena, ovvero come strumento inflattivo della materia penale, in grado di stravolgere i canoni dogmatici e politico-criminali che presiedono alla creazione, alla formulazione e alla delimitazione dei tipi di reato».

¹⁸ Senza alcuna pretesa di esaustività, onde rinviare a taluni contributi di indubbio pregio sulla tematica causale, si vedano G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013; G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011; ID., *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996; G. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. 'Nesso di rischio' e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006; ID., *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 37 ss.; ID., *Lecture sistematiche delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 588 ss. (parte I), 1114 ss. (parte II); M. RONCO, *Interruzione del nesso causale e principio di offensività*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 820 ss.

¹⁹ Sul concorso morale si veda L. VIOLANTE, voce *Istigazione (in generale)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 986 ss.; A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, *passim*; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione della fattispecie*, Napoli, 2004, *passim*. Per una profonda lettura, in chiave funzionale, volta a rimeditare *in toto* l'effettiva configurabilità di una vera e propria causalità psichica, si veda M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. Pen.*, 2004, 815 ss., oggi in ID., *Scritti Patavini*, Torino, 2017, 1079 ss.

²⁰ Per un'attenta ricostruzione della teoria dell'accessorietà e dei suoi molteplici significati nella dottrina tedesca, si veda M. HELFER, *Il concorso di persone*, cit., 63 ss., con ampi riferimenti alla letteratura tedesca più recente, e F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012, 103 ss.

²¹ Va precisato che, per ragioni di concisione espositiva ci si limita a ripercorrere, rapidamente, le principali coordinate delle contrapposizioni dottrinali, fermo restando che un'ulteriore autorevole e originale posizione, in dottrina, è stata ad esempio espressa da A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. P. Gen.*, Milano, 2003, 552, secondo il quale l'intersecarsi della disposizione di parte speciale con l'art. 110 c.p. non darebbe vita ad una sola fattispecie plurisoggettiva eventuale, bensì a tante fattispecie plurisoggettive eventuali quanti sono i soggetti che hanno preso parte alla realizzazione criminosa; ID., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 14 ss. Su una simile linea ermeneutica, si veda anche M. BOSCARRELLI, *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato. Le fattispecie di concorso*, Padova, 1958.

L'evidente *ratio* di garanzia²² posta a base della teoria di matrice tedesca²³ finiva per infrangersi contro le ipotesi di c.d. esecuzione frazionata e contro l'inidoneità della ricostruzione teorica dell'accessorietà a giustificare la perpetrazione della condotta tipica, in ipotesi di reati propri, ad opera del solo *extraneus*²⁴. Siffatti limiti propiziavano l'emersione e l'affermarsi della teorica – pressoché maggioritaria in Italia, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza – della fattispecie plurisoggettiva eventuale, secondo la quale il fondamento della forma di manifestazione concorsuale non andrebbe ricercato nel rapporto di accessorietà rispetto al fatto tipico di cui alla fattispecie monosoggettiva, bensì nel ruolo di “trasformatore di tipicità” svolto dalla *Generalklausel* di cui all'art. 110 c.p.²⁵; tale disposizione riuscirebbe, fondendosi “alchemicamente” con l'incriminazione monosoggettiva di parte speciale, a originare una nuova fattispecie, autonoma e distinta da quella di base, la cui tipicità andrebbe misurata non più con riferimento alla fattispecie monosoggettiva astratta di partenza, bensì con la risultante del sopra detto processo di assimilazione che condurrebbe quindi ad *integrare*²⁶ l'ordinamento penale con una più estesa salvaguardia dei medesimi beni mediante l'incriminazione di contributi che sarebbero *atipici* se rapportati alle singole fattispecie di parte speciale.

D'altro canto, la scelta operata dal legislatore italiano per il modello unitario²⁷ – ed il correlativo affrancamento dal modello differenziato del previgente Codice

²² Emblematiche, sul punto, le parole di G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. P. Gen.*, Bologna, 2014, 494, secondo il quale non è complesso intuire quale legame intercorra sul piano teorico tra il modello in parola e il pensiero penale di matrice liberale: «se il legislatore si preoccupa di scolpire con precisione le figure normative di autore, partecipe, complice ecc., si evita (o si attenua) il duplice inconveniente di lasciar indeterminati, da un lato, i presupposti della punibilità delle condotte secondarie di partecipazione e, dall'altro, di appiattare le responsabilità individuali, posto che sulla stessa graduazione della pena non può incidere il *tipo* di contributo arrecato da ciascun concorrente», ed ancora (498) «la teoria dell'accessorietà appare in verità permeata da preoccupazioni a sfondo garantistico: essa ribadisce con forza l'esigenza che anche l'istituto del concorso criminoso rispetti il principio di tipicità oggettiva, quale ineludibile canone di un diritto penale del fatto».

²³ Nel più generale contesto delle forme di manifestazione del reato (*Erscheinungsformen des Verbrechens*), infatti, è l'elaborazione di E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 268 ss. e 420 ss., a descrivere la complicità come estensione del tipo (*Tatbestandszusätze*) secondo le cadenze della teoria dell'accessorietà. Sul tema si veda L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole di incriminazione suppletiva*, cit., 9 ss.

²⁴ Per un'efficace sintesi delle suddette problematiche si veda S. CODA, A. PERINI, *Premessa in tema di concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Le responsabilità penali*, cit., 722.

²⁵ Come chiaramente espresso da R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 81: «la sintesi tra l'art. 110 c.p. ed una disposizione (anche autonomamente) incriminatrice di parte speciale non soltanto qualifica penalmente condotte irrilevanti ai sensi delle singole disposizioni di parte speciale, ma ben prima crea una forma (unitaria) nuova, nella quale le singole condotte perdono la loro autonomia per divenire parti di un tutto». In termini analoghi, si veda anche M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 53 ss.

²⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale*, cit., 494 (corsivi originali).

²⁷ In ordine alla differenziazione tra modello unitario e modello differenziato, si veda M. HELFER, *Il concorso*, cit., *passim*; V. MORMANDO, *Il concorso di persone nel reato*, in M. Ronco (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, II, Bologna, 2011, 146 ss. Nell'ambito di un'originale e ricchissima disamina, storica e comparatistica, avente ad oggetto i rapporti tra le c.d. fattispecie accessorie (favoreggiamento, ricettazione,

Zanardelli e dell'ordinamento tedesco²⁸ – aveva quale retroterra culturale la forte spinta del “positivismo criminologico” che induceva ad accordare preferenza, rispetto alla tipizzazione dei diversi apporti concorsuali individuali, alla valutazione del significato sintomatico, in termini di “pericolosità sociale”, del contributo di ciascun partecipe²⁹. Inoltre – e siffatta circostanza, come si vedrà, ha un'influenza così penetrante da essere la filigrana di ogni riflessione in tema di responsabilità concorsuale³⁰ – l'approvazione del Codice Rocco era coeva ad uno dei momenti di massimo fulgore del c.d. “dogma causale”³¹, la cui struttura, basata sull'equivalenza delle cause³² positivizzata nell'art. 41 c.p., non poteva che travalicare il versante obiettivo del reato (i cui referenti normativi possono trovarsi negli artt. 40, 41 e 49 c.p.) e “conquistare” anche la spiegazione della forma di manifestazione concorsuale (che, trovandosi disciplinata agli artt. 110 e ss. c.p., afferisce topograficamente al titolo relativo al reo e alla persona offesa dal reato³³). In tal modo, nel quadro del modello unitario c.d. temperato³⁴, il contributo concorsuale avrebbe potuto divenire rilevante nella misura in cui fosse stato idoneo ad esplicitare un'efficacia eziologica rispetto all'evento. In altri termini, in coerenza con il dettato normativo, «concorre *a pari titolo* chi apporta un contributo qualsiasi, purché dotato di

riciclaggio e reimpiego) e il concorso di persone nel reato, si veda M. BIANCHI, *Concorso di persone e reati accessori*, Torino, 2013, 149 ss.

²⁸ Una lucida disamina degli elementi positivi e dei limiti di ciascuna delle due impostazioni, si rinviene in G. GRASSO, *Art. 110*, in M. Romano, G. Grasso (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 1996, 121 ss.

²⁹ Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale*, cit., 495-496.

³⁰ Si tratta di un aspetto che, invero, non è sfuggito ai più profondi studi in tema di concorso di persone nel reato e che, in futuro, ci si propone di indagare con maggior respiro.

³¹ Cfr. G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale*, cit., 138 ss.

³² Secondo una trasposizione in chiave giuridica degli studi di logica di S. MILL, *Sistema di logica deduttiva e induttiva*, 1843, tr. it. a cura di M. Trincherò, Torino, 1988, che ha finito per sovrapporre il concetto di causa a quello di condizione, cosicché quello che in Mill era causa (ovverosia l'insieme delle condizioni) è stato frammentato e sostituito, nell'art. 41 c.p., nelle sue componenti, divenendo causa anche la singola condizione. Emblematico il passaggio (*ivi*, 459) nel quale si afferma: «la causa vera e propria è la totalità di questi antecedenti e, filosoficamente parlando, non abbiamo nessun diritto di dare il nome di causa a uno solo di essi, ad esclusione di tutti gli altri»; ed ancora (*ivi*, 525) «La totalità dei fatti precedenti costituisce il risultato infallibile di tutti i fatti passati che sono esistiti nell'istante precedente. Ecco qui, dunque, una grande sequenza, che sappiamo essere uniforme [...] la questione è in che modo si debba risolvere quest'uniformità complessa nelle uniformità più semplici che la compongono e in qual modo si debba assegnare a ciascuna porzione del vasto antecedente, quella porzione del conseguente che le compete».

³³ Come nota M. BIANCHI, *Concorso di persone*, cit., 150, a riprova di una certa intransigenza del legislatore del '30 verso forme di criminalità di gruppo.

³⁴ Benché la temperie autoritario-repressiva che caratterizzava la politica penale del 1930 sospingesse nella direzione di negare distinzione, nella risposta punitiva, tra compartecipi primari e secondari, la spinta alla personalizzazione e al temperamento del rigore repressivo derivante dal criterio causale sotteso al modello unitario condusse alla positivizzazione, nell'art. 114 c.p., del contributo di minima importanza e, sia pur con valenze differenti, degli istituti di cui agli artt. 11, 112, 116 e 117 c.p.: ciò evidentemente rappresenta un sintomo dell'esigenza di diversificazione nella responsabilità concorsuale e della necessità, pur nel rigore repressivo di una certa ideologia politico-criminale, di rapportare l'incriminazione della compartecipazione criminosa con le istanze, in allora non ancora scolpite nell'art. 27 Cost. ma nondimeno avvertite, del principio di responsabilità per fatto proprio.

rilevanza causale nell'ambito della realizzazione collettiva del fatto»³⁵, ricostruendosi dunque la tipicità concorsuale al metro della relativa efficacia causale³⁶.

L'interazione tra questi due fattori – il modello unitario, da un lato, e la fattispecie plurisoggettiva eventuale misurata sul piano causale, dall'altro – aveva innescato quello che sarebbe divenuto uno dei più complessi problemi della parte generale del diritto penale: l'individuazione dei criteri sulla base dei quali valutare la sussistenza (e l'entità) del necessario apporto causale del compartecipe, giacché, se l'art. 110 c.p. rivestiva una funzione incriminatrice (limitandosi a rendere punibili anche contributi a-tipici rispetto alla fattispecie monosoggettiva di base), esso rimaneva silente rispetto all'individuazione della criteriologia in forza della quale selezionare i contributi penalmente rilevanti.

Come sopra anticipato, infatti, anche il criterio dell'efficienza causale non tardò a manifestare i propri limiti: da un lato, la causalità, intesa alla stregua di *conditio sine qua non* dell'evento, conduceva a un'eccessiva dilatazione della responsabilità penale e, nei dotti e acuti approfondimenti dedicati alla categoria dogmatica – indagata nel quadro paradigmatico della responsabilità monosoggettiva –, veniva fatta oggetto di una strenua e continua opera di contenimento attraverso l'ideazione di una serie di (più o meno raffinati) correttivi³⁷. Dall'altro e per converso, le esigenze di politica criminale ponevano in luce la possibile insufficienza – nel quadro paradigmatico, questa volta, della responsabilità concorsuale – del criterio causale³⁸, ove inteso in termini di *conditio sine qua non*, e sospingevano dunque verso l'impiego, in maniera sovente molto lata, delle teoriche di matrice tedesca di aumento del rischio³⁹ sorte dal "tronco" dogmatico della *Objektive Zurechnung*⁴⁰.

In breve: se in tema di causalità la *conditio sine qua non* veniva avversata per la sua eccessiva potenzialità espansiva e contenuta mediante svariate forme di *Korrekturen*,

³⁵ G. FIANDACA, *Diritto penale*, cit., 495.

³⁶ Nella manualistica, infatti, si suole indicare, quali elementi di struttura del concorso di persone nel reato: (i) la compartecipazione di più soggetti al fatto; (ii) la realizzazione della fattispecie oggettiva di reato; (iii) la sussistenza di un contributo rilevante e apprezzabile da parte di ciascun compartecipe; (iv) l'elemento soggettivo (da intendersi come consapevolezza e volontà di partecipare collettivamente all'*iter* criminoso, alle quale si salda la consapevolezza e la volontà, sia pur con intensità differenti, rispetto all'illecito verso cui il contributo tende). Orbene, è il terzo di tali elementi – ovvero sia la natura, la consistenza e l'epistemologia di esso – ad aver rappresentato (e a rappresentare anche oggi) il terreno delle maggiori dispute dottrinali, essendosi registrata una larga convergenza in ordine all'interpretazione in senso causale dell'efficacia del contributo concorsuale, ma essendosi per converso anche posti in luce i non pochi risvolti aporetici di tale opzione ricostruttiva. Su tali tematiche, si veda *infra*.

³⁷ Non è possibile, in questa sede, nemmeno fare cenno all'ingovernabile mole di lavori e riflessioni condotte sul tema causale, tanto dalla dottrina italiana, quanto dalla dottrina tedesca. Sia consentito, onde non ripetere considerazioni già spese altrove in ordine al tema causale, rinviare, anche per la bibliografia ivi citata, a L. CARRARO, *Il medico dinanzi al diritto penale. Alla ricerca di limiti razionali all'imputazione colposa*, Torino, 2022, 37 ss.

³⁸ Per capacità di densa sintesi, si veda T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 279.

³⁹ Per tutti, si veda sul tema M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, cit., 37 ss.; ID., *Lecture sistematiche delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 588 ss. (parte I), 1114 ss. (parte II).

⁴⁰ Si veda, per chiarezza e profondità di analisi, M. RONCO, *Alle origini dell'imputazione oggettiva*, in *Scritti patavini*, Torino, 2017, 1393 ss.

in ambito concorsuale veniva addirittura trovata troppo arida e insufficiente a colpire quelle forme di manifestazione criminosa che sfuggissero ad una logica naturalisticamente e materialisticamente causale⁴¹.

Onde rispondere alle (ritenute) insufficienze del condizionalismo, una parte della dottrina propose, come noto, di impiegare il più elastico modello della c.d. causalità agevolatrice o di rinforzo⁴², in base alla quale «nell'ambito della responsabilità concorsuale, diversamente che nei casi di áutoria singola, la legge non pretenderebbe l'accertamento della condizione necessaria (*sine qua non*) dell'apporto causale individuale rispetto al misfatto collettivo, contentandosi più semplicemente di un influsso di tipo corroborativo»⁴³. Siffatto approccio infatti permetterebbe di considerare gli anelli della catena causale non secondo schemi lineari e "rettilinei", bensì "uno a fianco dell'altro", secondo schemi circolari complessivi⁴⁴, con lo scopo, almeno nelle intenzioni, di delimitare la responsabilità concorsuale a quelle condotte che avessero in qualche misura agevolato la realizzazione criminosa ed escludendo invece la rilevanza penale di contributi inutili o, addirittura, di concreto ostacolo alla stessa. Alla stregua di siffatta impostazione teorica sarebbe infatti ritenuto penalmente rilevante, oltre all'ausilio condizionalmente necessario – l'ausilio cioè non eliminabile mentalmente nel giudizio controfattuale senza far venir meno il reato –, anche quel contributo che agevoli o faciliti la realizzazione criminosa⁴⁵ ma non anche quello che, per converso, rimanga in concreto del tutto ininfluenza o si manifesti addirittura controproducente.

A ben riflettere – e, come si vedrà, tale aspetto rappresenta un presupposto importante per le riflessioni che si svolgeranno nel presente lavoro – anche la *Verstärkungs-Formel* affonda le proprie radici sulla causalità⁴⁶: sebbene non ispirata al

⁴¹ Cfr. A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit. 730.

⁴² L'origine della *Verstärkungs-Formel*, non a caso, si rinviene nella dottrina tedesca e, in particolare, nelle dense tredici pagine con cui W. CLASS, *Die Kausalität der Beihilfe*, in G. Spindel (a cura di), *Festschrift für Ulrich Stock*, Holzner, Würzburg, 1966, 115-126, presentava la propria formula causale alternativa mediante l'esame di una serie di casi di scuola. Nella dottrina italiana, si veda F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. Pen.*, 1977, 412 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, P. Gen., Padova, 1992, 525.

⁴³ Questa la descrizione, lucidamente concisa, di M. BIANCHI, *Concorso di persone*, cit., 64.

⁴⁴ Interessante è la similitudine proposta da W. CLASS, *Die Kausalität*, cit., 121 ss. (e riportata per esteso da M. BIANCHI, *Concorso di persone*, cit., 65) delle gomene di una nave attraccata: se le gomene sono quattro, nessuna di esse è necessaria per tenere fermo il bastimento, perché questo, anche recisane una, rimarrebbe comunque fermo. Ma ciò non significa che quelle gomene non abbia un ruolo concausale rispetto all'evento (tener ben saldo al molo il bastimento stesso). Anche a prescindere dal fatto che la proposizione di partenza dovrebbe ricalibrare il concetto di necessità con quello di sufficienza (essendo evidente che la singola gomene non è sufficiente a tener fermo il bastimento, pur essendo necessaria, insieme alle altre, al medesimo risultato), va notato che, saltando una gomene, il natante non rimarrebbe affatto fermo nella medesima posizione originaria, venendosi così a modificare sensibilmente la collocazione risultante e, dunque, nella similitudine, l'evento di riferimento.

⁴⁵ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 505, i quali riportano l'esempio del complice che fornendo la chiave allo scassinatore, intento ad aprire una cassaforte con un trapano, determini l'anticipazione della consumazione del furto.

⁴⁶ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 499 ss.; L. CORNACCHIA, in S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*. P. Gen., Bologna, 2007, 721 ss.

condizionalismo puro, la teoria dell'agevolazione è pur sempre una ricostruzione causale, la quale si distingue per assecondare una declinazione differente di nesso eziologico sul piano giuridico-penale⁴⁷. In altri termini, non sussiste una differenza ontologica, tipologica, fra condizione necessaria e agevolazione, bensì una differenza ordinale, afferente al *quantum* di "efficacia condizionante" rispetto al concreto fatto verificatosi, rivelandosi, la distinzione tra causazione e agevolazione, almeno *prima facie*, un falso problema⁴⁸.

Le ricostruzioni basate sull'agevolazione criminosa, del resto, potevano beneficiare delle teorizzazioni dogmatiche sorte sul terreno della causalità, indagata in ordine al reato monosoggettivo, che dalla *Relevanztheorie* condussero poi all'elaborazione delle varie anime della *Objektive Zurechnung*⁴⁹. Queste ultime, in particolare, nate per delimitare l'esondante responsabilità per connessione meramente materiale derivante dal condizionalismo puro, avevano finito per far filtrare nella dogmatica del reato il concetto di *rischio*⁵⁰ (affiancato a quello di *scopo di tutela* della norma incriminatrice) e, quasi per un eterogenesi dei fini, nell'allargare le maglie della responsabilità nei reati causalmente orientati, veicolando una parallela espansione della responsabilità concorsuale fondata non più su un concetto di causazione materiale dell'evento mediante un contributo eziologicamente apprezzabile in termini di *conditio sine qua non*, bensì su un concetto di compartecipazione all'illecito penale attuato mediante una condotta idonea ad aumentare il rischio di verifica dell'evento⁵¹.

⁴⁷ In questo senso E. MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2 Aufl., Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1933, 413, secondo la traduzione di M. BIANCHI, *Concorso di persone*, cit., 66: «A tutta questa distinzione tra causazione e agevolazione sottostà una scarsa chiarezza nell'intendere la causalità: ciò che infatti ha confluente sulle modalità (modo e maniera nel caso di specie) dell'azione è in verità pure causale rispetto all'evento. Perché è decisivo per l'evento nella sua globale e concreta configurazione» ed ancora, E. MAZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, cit., 122: «dalla equivalenza causale di tutti i componenti di una serie eziologica non segue la loro eguaglianza di valore giuridico». Anche M. BIANCHI, *op. ult. cit.*, 68 conviene sull'insussistenza di una differenza ontologica tra causazione ed agevolazione: «il concetto di agevolazione, poi, non presenta differenze cromosomiche rispetto a quello di condizione necessaria, essendo soltanto riferito ad una più minuta sezione dell'evento».

⁴⁸ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, 194.

⁴⁹ Cfr. M. RONCO, *Alle origini dell'imputazione oggettiva*, cit., 1393 ss.

⁵⁰ Sul tema relativo al ruolo del rischio nell'ambito del diritto penale risultano di sempre attuale interesse le riflessioni di V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988.

⁵¹ Importanti sembrano le assonanze con un'ulteriore filone interpretativo, secondo il quale si sarebbe dovuto abbandonare l'approccio causale per sostituirlo con (o per accostarlo a) una diversa prospettiva basata su un giudizio di prognosi, da condursi *ex ante*, circa l'idoneità del contributo del (preteso) partecipe ad accrescere la probabilità di verifica del reato. Evidente appare dunque, in tale prospettiva, l'applicazione delle modularità normative del delitto tentato *ex art. 56 c.p., sub specie* di attitudine causale, al problema dei requisiti minimi di rilevanza del contributo concorsuale. Per questa via, però, anche il contributo rivelatosi *ex post* inutile o addirittura di ostacolo diverrebbe potenzialmente meritevole di sanzione penale; in ordine a siffatta prospettiva si veda A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 560 ss.; in analoga prospettiva volta a valorizzare gli aspetti prognostici circa la capacità di una condotta di influenzarne un'altra, allontanandosi dall'impostazione eziologica, si veda F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, cit., 471 ss.; L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1375 ss. Secondo l'opinione

La giurisprudenza italiana, dal canto suo, dopo una iniziale adesione alla lettura della responsabilità concorsuale fondata sul dogma causale⁵², ha manifestato una sostanziale adesione alle teoriche dell'agevolazione quale chiave ermeneutica per individuare i requisiti minimi di compartecipazione criminosa, attraendo all'area di rilevanza penale anche i contributi che, pur non rivelandosi condizioni necessarie, avessero esercitato un'influenza sull'azione o sull'evento realizzato, rendendo la consumazione del reato meno incerta o meno difficoltosa⁵³.

Va, tuttavia, osservato come l'impiego da parte della giurisprudenza della teoria dell'agevolazione in seno alla responsabilità concorsuale abbia finito per ingenerare due fenomeni ermeneutici forieri di ulteriori problemi applicativi: da un lato, l'agevolazione è stata sovente intesa come una teorica alternativa alla causalità⁵⁴ in sede concorsuale, non cogliendo il profondo legame (ed il conseguente portato garantistico connesso alle corrispondenti modalità di accertamento) che la prima reca con la seconda; dall'altro, l'eccessiva disinvoltura che, attraverso le potenzialità espansive dell'agevolazione, ha permesso alla giurisprudenza di ricostruire la sussistenza di una compartecipazione criminosa sul piano *morale* (tanto nella declinazione della *determinazione* quanto, più spesso, in quella di *rafforzamento* dell'altrui proposito) quale automatico⁵⁵ succedaneo⁵⁶

maggioritaria, tuttavia, una prospettiva fondata su elementi prognostici trascurerebbe di giustificare l'applicazione di un regime dettato per il tentativo (dunque in relazione ad un reato che non si è consumato) ad un'ipotesi storicamente realizzata in tutti i suoi elementi: dinanzi ad un evento realizzato avrebbe poco senso, si afferma, parlare di idoneità lesiva *ex ante*, essendovi un evento concreto sul quale misurare le reali influenze storicamente realizzatesi, in ossequio ad un diritto penale del fatto. Per siffatta critica, si veda, su tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 506. Sull'impostazione proposta da Antonio Pagliaro, peraltro trasfusa nella commissione nominata da Giuliano Vassalli con D.M. 8 febbraio 1988 per l'emanazione di un nuovo codice penale – su cui veda la Relazione, in Docum. giust., 1992, n. 3, consultabile anche sul sito internet del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it), sezione Strumenti (Pubblicazioni, studi, ricerche) – si tornerà nella parte finale del presente contributo.

⁵² Cfr., a titolo esemplificativo, Cass. Pen., Sez. III, 19.01.1983, in *Cass. pen.*, 1985, 633-634; Cass. Pen., Sez. I, 5.12.1984, n. 4735, in *Cass. Pen.*, 1986, 2, 1072-1073.

⁵³ Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. VI, 22.05.2012, n. 36818, ove si legge, con riferimento ai criteri in virtù dei quali configurare la fattispecie plurisoggettiva eventuale, che «il contributo concorsuale assume rilevanza non solo quando abbia efficacia causale, ponendosi come condizione dell'evento lesivo, ma anche quando assuma la forma di un contributo agevolatore, e cioè quando il reato, senza la condotta di agevolazione, sarebbe ugualmente commesso, ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà».

⁵⁴ Riprendendo la pronuncia citata nella nota precedente, è sufficiente avvedersi di come la parte motiva ivi riportata metta in rapporto di alternatività la «efficacia causale» (rispetto all'evento lesivo) e il «contributo agevolatore» (rispetto alla commissione del reato).

⁵⁵ In termini analoghi, pur nell'ambito della critica alla teoria della prognosi o dell'aumento del rischio, si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 507, ove si afferma: «Né per giustificare a ogni costo la punibilità si potrebbe ripiegare – come fa spesso la giurisprudenza – su di una “automatica” conversione della fornitura del mezzo (venga o no, poi, utilizzato) in una forma di “istigazione” o complicità psichica [...] che in certi casi l'offerta di uno strumento di ausilio possa operare come stimolo sul piano psicologico, non è da escludere. Solo che sarebbe errato fare di un'eventualità una soluzione obbligatoria: se la fornitura del mezzo incentivi psicologicamente la commissione del fatto, va provato caso per caso».

⁵⁶ La medesima osservazione, in un profondo e illuminante studio sulle effettive coordinate della c.d. causalità psichica, viene proposta da M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale*, cit., oggi in *Scritti patavini*, cit., 1079 ss., ove il chiaro Autore afferma che il concorso morale «serve, nella realtà concreta dell'esperienza giudiziale, a colpevolizzare quelle situazioni nelle quali [...] non sarebbe possibile

del difetto di una concreta estrinsecazione, sul piano materiale, dell'apporto agevolativo⁵⁷.

Dal punto di vista teorico, tale disinvoltura affondava a sua volta le radici su ulteriori due operazioni interpretative: (i) la perpetuazione dell'impiego, in chiave epistemologica, del modello nomologico-deduttivo⁵⁸ (nonostante l'impostazione dell'epistemologia neopositivista rifluente a Carnap⁵⁹ e a Hempel⁶⁰ avesse finito per mostrare il fianco alle critiche⁶¹ della scienza moderna "post-popperiana"⁶² e avesse conosciuta un'inversione di rotta, quantomeno di principio, nella giurisprudenza

riconoscere la responsabilità. Situazioni in cui, invece, un certo 'sentimento' giuridico, ispirato fondamentalmente a ragioni generalpreventive [...] postula come opportuna l'affermazione di responsabilità». Analogamente si veda anche A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, cit., 135. Più di recente, si veda, con medesime cadenze, E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 30, il quale parla, al proposito di tale tendenza prasseologica, di «supplenza generalpreventiva». Pur in un contesto di critica parzialmente differente, anche G. LOSAPPIO, *La caccia*, cit., 24, afferma: «occorre registrare il dominio di una sorta di sostanza concettuale amorfa e pervasiva in cui, in barba alle parole d'ordine condizionalistiche, causali o peri-causali (laddove vengono echeggiate formule che richiamano l'agevolazione, la causalità di rinforzo, l'aumento del rischio o la prognosi postuma) la responsabilità concorsuale si estende anche a condotte che solo nell'ottica di relazioni proprie della fisica quantistica – tipo *entanglement* – possono considerarsi tra loro interrelate».

⁵⁷ Interessante notare, sotto questo punto di vista, come l'importante pronuncia di Cass. Pen., Sez. Un., 12.07.2005, n. 33748 in materia di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, esibendo un certo nitore concettuale sulla radice causale dell'agevolazione concorsuale, ponga in evidenza, da un punto di vista teorico, un essenziale aspetto – di matrice epistemico-processuale – afferente alla necessità impiegare, nella verifica dell'apporto del concorrente nel reato, una prospettiva di valutazione *ex post*, non essendo bastevole che il contributo atipico, secondo una prognosi condotta *ex ante*, abbia manifestato una attitudine ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del reato, potendosi ben verificare che quel contributo si riveli, per l'appunto, ad un giudizio *ex post* basato sul concreto incedere storico, ininfluenza o addirittura controproducente. Ebbene siffatta affermazione, certamente condivisibile dal punto di vista epistemologico, accedeva alla valutazione dell'efficienza causale, non di un contributo materiale, bensì di un prospettato concorso morale. Simile osservazione si rinviene in S. CODA, A. PERINI, *Premessa*, cit., 725.

⁵⁸ Il modello di spiegazione causale nomologico-deduttivo, come noto, veniva autorevolmente proposto, nella dottrina italiana, mediante l'impiego del criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche da F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975. L'illustre e compianto studioso approfondì e sviluppò lo studio del tema causale nella vastissima produzione scientifica successiva di cui, senza pretesa di esaustività, si richiamano F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa; la condizione contingentemente necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1251 ss.; ID., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001; ID., *Etica e razionalità nel processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 767 ss.

⁵⁹ R. CARNAP, *Philosophical foundations of physics: an introduction of the philosophy of science*, New York, 1966, tr. it. a cura di C. Mangione, E. Vinassa de Regny, *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano, 1971.

⁶⁰ C.G. HEMPEL, *Aspects of Scientific Explanation and other Essays in the Philosophy of Science*, New York-London, 1965, tr. it. a cura di A. Gargani, *Aspetti della spiegazione scientifica*, Milano, 1986.

⁶¹ Fondamentale sul tema è K. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, London, 1959, tr. it. a cura di M. Trinchero, *La logica delle scoperte scientifiche*, Torino, 1970. In ordine alle profonde influenze della crisi del concetto "classico-scientifico" di causalità conseguente alle acquisizioni di Heisenberg, Bohr ed Einstein si veda subito *infra*.

⁶² Interessantissimi, sul punto, gli studi monografici di G. LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, cit., *passim*, spec. 156 ss., e di G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale*, cit., *passim*, spec. 150 ss.

italiana con la celebre sentenza Franzese⁶³); (ii) l'impiego di tale modello non soltanto per fornire spiegazioni giuridicamente adeguate degli eventi di tipo naturalistico, bensì anche in funzione esplicativa delle c.d. interazioni psichiche⁶⁴, ossia in funzione dell'individuazione dell'efficacia condizionante dell'azione umana sulla psiche altrui (sia dal punto di vista intellettuale sia dal punto di vista volitivo).

E proprio su questo secondo aspetto – si è persuasi – si addensa il maggior carico problematico del tema che qui si intende trattare: la già articolata operazione di selezione, sul piano materiale, delle condotte che possono essere ritenute sufficienti a integrare i requisiti minimi di un concorso penalmente rilevante (selezione effettuata, come si è visto, alla stregua di un criterio comunque causale), come dovrà essere condotta in ordine a contributi di carattere esclusivamente morale? Se la giurisprudenza, come è stato autorevolmente notato, impiega sovente il cosiddetto “rafforzamento psichico” quale «strumento argomentativo prescelto [...] per risolvere, tramite la sussunzione della vicenda comunicativa di due persone sotto lo schema della ‘causalità psichica’ i problemi più acuti relativi alla ravvisabilità del concorso morale nell'illecito penale di colui che non abbia speso alcun contributo di carattere materiale»⁶⁵, quali saranno gli strumenti ermeneutici di cui potrà disporre l'interprete per tracciare quella “riga liminare” tra contegno lecito e illecito sul piano psichico-morale?

È del tutto evidente infatti che, laddove ci si interroghi sulla possibile configurabilità del concorso del professionista mediante “consiglio tecnico” in fatti illeciti del proprio assistito, ci si pone proprio su quell'incerto dispendio tra concorso materiale e morale che impone di domandarsi se i criteri causali⁶⁶ – che reggono l'accertamento del contributo materiale come connessione fra fatti naturalistici – possano essere utilmente e correttamente impiegati anche nella valutazione penalistica delle interazioni che legano (non due eventi fisici esteriori, bensì) le sfere psichiche dei soggetti coinvolti in una vicenda comunicativo-relazionale.

⁶³ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 10 luglio 2002 (dep. 11.09.2022), n. 30328, in *Cass. Pen.*, 2002, 3643. Nell'imponente numero di contributi apparsi sul tema, ci si limita in questa sede a richiamare, in ragione della stessa evocatività del titolo rispetto allo specifico profilo del tema qui indagato, R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano il modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. Pen.*, 2002, 1176.

⁶⁴ In ordine al problema del condizionamento psichico nel diritto penale, si veda A. USAI, *Profili penali dei condizionamenti psichici. Riflessioni sui problemi penali posti dalla fenomenologia dei movimenti religiosi*, Milano, 1996.

⁶⁵ M. RONCO, *Le interazioni psichiche*, cit., 1081.

⁶⁶ Per una approfondita disamina del tema della c.d. “causalità psichica” si vedano L. CORNACCHIA, *Il problema della “causalità psichica” rispetto ai condizionamenti mentali*, in S. Canestrari, G. Fornasari (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 187 ss.; L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, *passim*; G. MESSINA, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale. Percorsi giurisprudenziali e nuovi orizzonti di confronto fra scienza e diritto*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 1118 ss.

Del resto, lo stesso Progetto Nordio⁶⁷ – ritenuto in dottrina iper-analitico⁶⁸ e caratterizzato, rispetto ai progetti delle Commissioni Pagliaro, Grosso e Pisapia, per la ricerca del massimo grado di tipizzazione del contributo punibile – pur essendo l’unico a prevedere in via espressa il fornire «indicazioni, informazioni, o consigli» quale forma di contributo penalmente rilevante, si limita ad includere tale condotta in quelle *agevolative*, senza tuttavia chiarire se essa vada inquadrata nell’ambito del concorso materiale o del concorso morale. La questione, come ben si coglie, non è puramente nominalistica, venendo in discussione i limiti di estensione dell’intervento penalistico e, nel contempo, gli strumenti euristici⁶⁹ con i quali indagare detti limiti nell’esperienza processuale.

Conviene, dunque, ora – onde evitare di attardarsi ad entrare *in medias res* rispetto all’oggetto specifico del presente studio – dirigere l’attenzione verso l’approccio giurisprudenziale in ordine al c.d. consiglio tecnico: avendo infatti posto le basi teoriche per poter sondare la rilevanza concorsuale del consiglio professionale nella sua problematicità, si ritiene di dover ora porre attenzione all’evoluzione della

⁶⁷ Il Progetto c.d. Nordio, elaborato dalla commissione ministeriale di riforma del codice penale nominata dal Ministro della Giustizia Claudio Castelli con D.M. 23 novembre 2001, pubblicato unitamente alla Relazione in *Il progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. Pen.*, 2005, 244 ss., quanto al reato plurisoggettivo eventuale, all’art. 43 prevede: «1) Concorrono nel reato coloro che contribuiscono alla sua realizzazione con atti di esecuzione o di partecipazione. Costituisce partecipazione la promozione, l’organizzazione, la direzione e l’agevolazione del reato. 2) Sono atti di promozione quelli che danno impulso all’ideazione od alla preparazione del reato. 3) Sono atti di organizzazione quelli di coordinamento nella preparazione del reato. 4) Sono atti di direzione quelli di sovrintendenza nella preparazione del reato. 5) Sono *atti di agevolazione* l’aiuto o l’assistenza che hanno reso l’ideazione, la preparazione o l’esecuzione del reato più pronte o più sicure e sono prestati *formendo indicazioni, informazioni o consigli* diretti in modo obiettivamente univoco alla commissione del reato oppure fornendo mezzi o strumenti o eliminando impedimenti oppure promettendo in anticipo aiuto. 6) Sono esecutori coloro i quali commettono in tutto o in parte il fatto previsto come reato. Sono altresì considerati esecutori coloro i quali nel commettere il reato si giovano dell’errore o dell’incapacità altrui, anche se da essi non cagionati, ovvero coloro che con violenza o minaccia costringono altri a commettere il reato» (corsivi da noi aggiunti). Per una panoramica delle critiche mosse al Progetto Nordio, si veda G. GRASSO, *Pre-Art. 110*, in M. Romano, G. Grasso (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2012, spec. 144; si veda anche, in relazione all’interpretazione in termini puramente causali, dell’articolato, M. PELISSERO, *Il contributo concorsuale tra tipicità del fatto ed esigenze di commisurazione della pena. Paradigmi teorici e modelli normativi*, in E. Dolcini e C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, II, 2006, 1647; S. SEMINARA, *La disciplina*, cit., 296. Per una lettura che, invece, scorge spazi per una “convivenza” del criterio causale con quello prognostico, A. PAGLIARO, *Il reato nel progetto della commissione Nordio*, in *Cass. Pen.*, 2005, 4.

⁶⁸ Cfr. E. BASILE, *Il Consiglio tecnico*, cit., 22, al quale si rinvia anche - e unitamente a M. HELEFER, *Il concorso*, cit., 232 ss. - per una ricca disamina dei progetti di riforma del Codice penale con specifico riferimento alla disciplina del concorso di persone nel reato.

⁶⁹ Come acutamente osservato da A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale e nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere di tipo mafioso*, Napoli, 2003, 270, «la mancata tipizzazione dei contributi concorsuali rischia di far sì che anche la *mera adesione morale*, purché esteriormente manifestata, o l’*accordo non eseguito* dal concorrente, possano ritenersi *punibili* in quanto si ipotizzi un loro *rilievo causale* sul piano del “rafforzamento del proposito criminoso”: e, data l’assoluta evanescenza, sotto il profilo del contenuto di impulso ad agire, di tali forme di concorso morale, la sostanziale *impraticabilità di una reale verifica della loro efficienza causale* finisce fatalmente per dar luogo ad inammissibili *presunzioni*, che violano il principio di personalità della responsabilità penale» (corsivi nostri).

giurisprudenza italiana sul tema, seguendone le linee di tendenza e ponendo in luce – lo si anticipa – una certa inclinazione (o “deformazione”) prasseologica consistente nel ritenere (apoditticamente⁷⁰) la compartecipazione psichica (del legale) un *minus* - logicamente implicato in ogni forma di concorso materiale⁷¹ - che, in quanto tale, residuerebbe in funzione di supplenza general-preventiva laddove difettesse l’estrinsecazione materiale di un contributo fenomenico.

La tematica poco sopra evocata (*id est*: l’individuazione dei criteri da impiegare nel concreto per accertare la sussistenza di un concorso morale) sarà invece ripresa nelle battute conclusive di questo scritto, quando si tenterà di approntare un “progetto programmatico” con il quale rivisitare il tema in profondità.

3. Il formante giurisprudenziale italiano.

Nonostante, come suggestivamente ricordato da Perini, sia dai tempi di Omero⁷² che il consiglio tecnico esplica un’efficacia del tutto peculiare, l’elaborazione giurisprudenziale italiana – ed invero anche la riflessione dottrinale, salvo taluni contributi specifici sull’argomento⁷³ – non esibisce una particolare attenzione verso il tema⁷⁴; eppure, negli ultimi anni, probabilmente in ragione di quella progressiva tendenza alla lettura della criminalità economica in forma “necessariamente plurisoggettiva” cui sopra si faceva cenno (a sua volta riflesso della strutturazione

⁷⁰ Si dice “apoditticamente” in quanto un siffatto incedere argomentativo viene inibito dall’ammissibilità del c.d. concorso unilaterale, nel quale è ben possibile che un soggetto, all’insaputa dell’altro, espliciti un contegno materiale causalmente rilevante nella realizzazione dell’illecito perpetrato da un altro soggetto che, tuttavia, non essendo al corrente di questo contributo, non subisce alcun influsso di carattere determinativo o rafforzativo sul proprio proposito. Cfr. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 74, oggi anche in *Diritto penale*, I, *Scritti di parte generale*, Milano, 2003; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 534.

⁷¹ A titolo esemplificativo si veda Cass. Pen., Sez. I, 25.09.2008, n. 42993.

⁷² Cfr. A. PERINI, *Il consiglio tecnico come forma di compartecipazione dell’estraneo nei reati propri*, cit., 724, il quale inquadra il tema del consiglio tecnico come un *tòpos* storico-letterario di cui risulta «(emblematica [...]) la vicenda che risolve la guerra di Troia, unanimemente attribuita al genio di Ulisse».

⁷³ Tra i più recenti, T. PADOVANI, *I soggetti responsabili per i reati tributari commessi nell’esercizio dell’impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 376; V. PANUCCIO, *Il concorso del professionista nel reato di bancarotta (con particolare riguardo al legale dell’imprenditore)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 210 ss.; M. BIANCHI, *La “complicità” mediante condotte “quotidiane*, cit., *passim*; A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., *passim*; L. TROYER, *La responsabilità del professionista a titolo di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta: la Cassazione non scioglie i dubbi interpretativi*, in *Riv. dott. comm.*, 2004, 401 ss.; G. INSOLERA, *Altri reati contro l’amministrazione della giustizia*, in G. Insolera, L. Ziletti (a cura di), *Il rischio penale del difensore*, Milano, 2009, 273; G. COCCO, *Appunti sui reati comuni degli avvocati*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2206 ss.; V. MORMANDO, *Il concorso di persone nel reato*, cit., 129 ss.; M. MASUCCI, *Sul “rischio penale” del professionista. Contributo alla teoria generale del concorso di persone*, Napoli, 2012; A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Padova, 2017, 176; E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., *passim*.

⁷⁴ Come osserva F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2016, 508, infatti, l’«evidente delicatezza della relazione interpersonale tra professionista e cliente unitamente all’assenza di un aggancio normativo rendono particolarmente ardua una soddisfacente soluzione del problema, che ancora non sembra neppure avvantaggiarsi di un’elaborazione giurisprudenziale adeguata».

organizzativa e gestoria in forma altrettanto necessariamente plurisoggettiva degli operatori economici), è ben evidente la creazione e la riproposizione di un orientamento incline a ritenere penalmente rilevante, in forma concorsuale, la condotta di consulenza secondo criteri euristico-delimitativi nel concreto poco afferrabili.

Prendendo a paradigma le pronunce giurisprudenziali in materia di bancarotta – le quali hanno, in ordine al tema che ci occupa, «un ruolo di privilegiato banco di prova, a conferma della contiguità (verrebbe da dire “ontologica”) tra criminalità economia e tale forma di compartecipazione criminosa»⁷⁵ – l’orientamento dominante si raccoglie intorno al *Leitmotiv* ricorrente per cui: «i consulenti commercialisti o esercenti la professione legale concorrono nei fatti di bancarotta quando, essendo consapevoli dei propositi distrattivi dell’imprenditore e degli amministratori della società, forniscano consiglio o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o li assistano nella conclusione dei relativi negozi, ovvero svolgano attività dirette a garantire l’impunità o suscitino o rafforzino l’altrui proposito col proprio ausilio e con le preventive assicurazioni»⁷⁶. In modo pressoché identico si esprimono le pronunce di legittimità più recenti, le quale ripropongono a calco diretto l’insegnamento secondo cui «concorre in qualità di "extraneus" nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale, il legale o il consulente contabile che, consapevole dei propositi distrattivi dell’imprenditore o dell’amministratore di una società in dissesto, fornisca a questi consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o li assista nella conclusione dei relativi negozi, ovvero svolga un’attività diretta a garantire l’impunità o a rafforzare, con il proprio ausilio e con le proprie preventive assicurazioni, l’altrui progetto delittuoso»⁷⁷.

Ad una prima, rapida, analisi, dunque, al fine di ritenere configurata una responsabilità a titolo concorsuale del professionista, sembrano essere enucleati due elementi necessari, dei quali il primo (rifluente nel segmento oggettivo del reato) declinato in forme alternative: (1a) fornire consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori ovvero (1b) prestare assistenza nella conclusione dei relativi negozi, ovvero (1c) svolgere un’attività diretta a garantire l’impunità o (1d) a rafforzare, con il proprio ausilio e con le proprie preventive assicurazioni, l’altrui progetto delittuoso. Inoltre (sotto il profilo soggettivo del reato), è necessario che sussista

⁷⁵ A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 726.

⁷⁶ Il principio di diritto riportato nel corpo di testo, si può leggere, *ex multis*, in Cass. Pen., Sez. V, 18.11.2003, n. 569, in *Dir. e prat. Soc.*, 2004, 5, 65; nello stesso senso, si veda Cass. Pen., Sez. V, 15.02.2008, n. 10742, in *Cass. Pen.*, 2008, 12, 4780; si vedano, inoltre, Cass. Pen., Sez. V, 18.11.2003, n. 569; conformi Cass. Pen., Sez. V, 27.6.2012, n. 39387; Cass. Pen., Sez. V, 9.10.2013, n. 49472; Cass. Pen., Sez. V, 6.11.2015, n. 8276, in *Cass. Pen.*, 2017, 1196 ss., con nota di F. SALVIANI, *Il concorso del legale e del consulente contabile nel reato di bancarotta fraudolenta*, *ivi*, 1202.

⁷⁷ Così Cass. Pen., Sez. V, 8.02.2021, n. 18677. Si trattava di una fattispecie nella quale la Suprema Corte aveva ritenuto esente da censure la sentenza che aveva affermato la responsabilità dell’imputato, quale consulente di una società, per essere stato l’ideatore di complesse operazioni di fusione per incorporazione finalizzate alla dismissione del patrimonio della fallita, predisponendo il contenuto degli atti negoziali e gestendo la definizione dei relativi rapporti economici.

(2) la consapevolezza dei propositi distrattivi dell'imprenditore o dell'amministratore di una società in dissesto.

3.1. L'elemento 'oggettivo' del contributo del professionista.

Con riferimento al primo dei requisiti suddetti, afferenti alla tipologia di contributo, ci sembra evidente una certa sovrapposizione concettuale: vengono infatti poste sul medesimo piano e, per certi versi, "fuse insieme", condotte di mero apporto cognitivo (indicata *sub 1a*), assistenza attiva nella materiale predisposizione degli atti e dei negozi necessari (indicati *sub 1b*), condotte di (troppo) generica attività (indicata *sub 1c*) volta a garantire l'impunità (peraltro nemmeno collocata temporalmente rispetto al fatto dell'*intraeus*, ponendo non pochi problemi di delimitazione rispetto alle ipotesi di favoreggiamento) e, infine, (indicate *sub 1d*) attività (altrettanto generiche) di rafforzamento con il proprio ausilio (quindi parrebbe con un contegno materiale) e (particella di congiunzione: intenzionalmente volta a ritenere i due aspetti cumulativi?) con le proprie assicurazioni (dunque sembrerebbe con un contegno di "vicinanza e irrobustimento morale").

In breve: le forme di compartecipazione materiale sembrano confuse e mescolate con quelle di compartecipazione morale⁷⁸, senza che sia data alcuna reale indicazione in ordine ai criteri di riconoscimento – oggetto dell'accertamento processuale – delle varie forme di compartecipazione.

È ben vero che sussistono talune pregevoli pronunce, le quali, in evidente funzione garantistica, richiedono un attento vaglio in ordine alla sussistenza di una connessione eziologica tra il contegno del legale e la condotta dell'assistito-*intraeus*⁷⁹, ma ciò presuppone che sia sciolto il vero problema che si agita alla base del tema: laddove si dibatta di concorso morale, è veramente ancora possibile parlare di accertamento causale tra una consulenza tecnica e una decisione di azione di altro soggetto che quella consulenza riceva?

Pur eludendo il problema, una risalente giurisprudenza sembrava inclinare per soluzioni che facevano perno sulla distinzione tra condotte di mera consulenza e attività

⁷⁸ Così confondendo ed equiparando il disvalore di azione del mero consiglio rispetto a quello di assistenza materiale nella conclusione di negozi giuridici illeciti, e disvelando un latente moralismo. Sul punto si rinvia alle considerazioni di G. COCCO, voce *Fallimento*, artt. da 216 a 222, in F. Palazzo, C.E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 1167. In ordine al disvalore di evento e di azione in termini più generali, cfr. N. MAZZACUVA, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 816.

⁷⁹ Cfr., ad esempio, Cass. Pen., Sez. V, 15.06.2022, n. 37101, così massimata: «In tema di concorso dell'"extraneus" nel delitto di bancarotta fraudolenta impropria per operazioni dolose, il parere reso dal legale della società in seguito fallita costituisce contributo causalmente rilevante rispetto alla condotta tipica di bancarotta solo nel caso in cui sia risultato *decisivo* per l'assunzione della condotta da parte dell'"intraeus". (Fattispecie in cui è stata esclusa la responsabilità del legale per avere lo stesso reso consigli di incerta *valenza causale* in merito ad un'operazione - di fatto aggravante il dissesto della società - di aumento fittizio del capitale sociale e di emissione di un prestito obbligazionario convertibile in azioni). (Rigetia, Corte Appello Milano, 21/12/2020)» (corsivi nostri).

di supporto esecutivo del progetto criminoso dell'assistito, affermando: «Il legale che indica al cliente il mezzo per sottrarre i beni alla garanzia dei creditori viola l'obbligo della correttezza professionale, non anche la norma penale che punisce i fatti di distrazione commessi dall'imprenditore commerciale. Concorre con quest'ultimo nel delitto di bancarotta fraudolenta se, oltre a consigliare il cliente sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori, lo assiste nella stipulazione dei relativi negozi simulati e si adopera per indurre i creditori ad accettare un concordato stragiudiziale»⁸⁰.

Nella prima ipotesi – pur al cospetto della violazione dell'«obbligo della correttezza professionale» – si dovrebbe dunque escludere il concorso del «legale che indica al cliente il mezzo per sottrarre i beni alla garanzia dei creditori»; al contrario, il professionista esibirebbe un contegno penalmente rilevante laddove «oltre a consigliare il cliente sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori, lo assiste[ss]e] nella stipulazione dei relativi negozi simulati e si adopera[ss]e] per indurre i creditori ad accettare un concordato stragiudiziale».

La soluzione proposta dalla richiamata giurisprudenza⁸¹ sembrava fondarsi sulla impossibilità di individuare una diretta connessione eziologica tra la condotta di mera consulenza (consistente nell'indicazione del mezzo) e l'evento⁸², così aprendo apparentemente la via ad una riflessione ermeneutica sul punto. Tale orientamento ricostruttivo, tuttavia, è rimasto pressoché isolato sul rilievo secondo cui anche la trasmissione di elementi conoscitivi (che siano poi stati impiegati nella realizzazione criminosa) rappresenta un apporto eziologicamente rilevante rispetto al fatto in concreto consumato⁸³. Del resto, come ben posto in evidenza da attenta dottrina «occorre diffidare dalla tentazione di interpretare codeste pronunce come se affermassero la sola possibilità per il consulente di divenire concorrente offrendo un contributo materiale alla

⁸⁰ Cass. Pen., Sez. V, 25.01.1979, n. 859, in *Cass. Pen.*, 1980, 919. E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 182, nota n. 32, pone in evidenza, nel richiamare la medesima sentenza, come nella nota redazionale che accompagnava la massima, si desse conto dell'insussistenza di precedenti conformi. Cass. Pen., Sez. V, 19.04.1988, Ferlicca, in *Cass. Pen.*, 1990, 1, 328; conformi anche Cass. Pen., Sez. V, 11.03.1988, Pennati, in *Cass. Pen.*, 1989, 680; Cass. Pen., Sez. V, 23.10.1978, Cei, in *Cass. Pen.*, 1980, 919.

⁸¹ In dottrina si vedano le chiare parole di G. COCCO, voce *Fallimento*, cit., 1167. Cfr. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, II, in C.F. Grosso (a cura di), *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, 2008, 125 ss.

⁸² Cfr. sul punto V. PANUCCIO, *Il concorso del professionista nel reato di bancarotta (con particolare riguardo al legale dell'imprenditore)*, cit., 215, secondo il quale non sarebbe configurabile la responsabilità concorsuale del professionista che si sia limitato a indicare al cliente le modalità per sottrarre i beni alla garanzia dei creditori poiché «mancherebbe in questo caso nella mera indicazione del mezzo il nesso fra azione ed evento». Analogamente, si veda anche C. SANTORIELLO, *Responsabilità del consulente consapevole della condotta illecita di falsa fatturazione*, nota a Cass. Pen., Sez. III, 11.02.2015, n. 19335, in *Fisco*, 2015, 24, 2373, secondo il quale «il concorso del professionista deve estrinsecarsi nell'adozione di condotte *materiali* – e non solo, ma anche – di particolare spessore» (corsivi nostri), con la conseguenza che non potrebbe considerarsi sufficiente il solo «consiglio tecnico».

⁸³ Si vedano, in particolare, A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 180, i quali, dopo aver «inserito» il consiglio tecnico nell'ambito del concorso morale, pongono in luce come la ritenuta rilevanza penalistica di questa tipologia di concorso, debba condurre a rifiutare «la possibilità di limitare la responsabilità del consulente alle sole ipotesi in cui questi si presti ad offrire un contributo materiale alla realizzazione dell'illecito».

realizzazione del fatto illecito, lasciando al di fuori della rilevanza penale qualsivoglia condotta che si limiti ad influire sul piano psichico sulla commissione del reato da parte del cliente (quale è, appunto, il mero consiglio tecnico)»⁸⁴: l’attenta lettura delle vicende processuali ivi indicate infatti porta a rilevare come la massima sopra richiamata sia stata impiegata (non per assolvere, bensì) per condannare o per rinviare al Giudice di merito la verifica in ordine all’incedere storico dei fatti e alla sussistenza del segmento soggettivo del reato in capo al consulente⁸⁵.

La rilevanza della consulenza professionale nella distinzione tra concorso morale e materiale, dunque, continuava a rimanere, nei fatti, ben poco sondata e, conseguentemente, anche l’effettiva applicabilità del ragionamento causale al condizionamento psichico rimaneva un dato acquisito per “stratificazione giurisprudenziale” ma privo di reali referenti scientifico-oggettivi sufficientemente solidi e indagati dal punto di vista teorico.

La prevalente impostazione giurisprudenziale, seguita peraltro dalla dottrina maggioritaria⁸⁶ inclinava, del resto, per la rilevanza penalistica anche del (solo) consulto tecnico-legale, dando a questo collocazione nell’ambito del concorso morale e ritenendo che l’«*estraneo può concorrere nei reati di bancarotta anche quando sia una persona che esercita la professione di avvocato, con la sola precisazione che, in questo caso, non deve essere confusa l’assistenza tecnica, che rimane sempre doverosa e garantita dall’ordinamento, col concorso nel reato – infatti, mentre è consentita e non è illecita l’opera di consulenza e di intervento svolta da un avvocato a favore di un imprenditore o di una società in dissesto, deve invece ritenersi illecito e penalmente rilevante il fatto del legale che, essendo consapevole dei loro propositi, dia ad altri consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o li assista nella conclusione dei relativi negozi ovvero svolga un’attività diretta a garantire l’impunità o che, comunque col proprio aiuto e con le proprie preventive assicurazioni, favorisca o rafforzi l’altrui progetto delittuoso*»⁸⁷.

La sentenza da ultimo richiamata, pur riconoscendo in linea di principio la (ovvia) distinzione tra un’area di attività di consulenza a favore di una società (*recte*: dei suoi dirigenti, amministratori o in senso lato gestori) in dissesto, da considerarsi sempre garantita e addirittura doverosa, e un’attività illecita in quanto asservita ai *desiderata* fraudolenti del cliente, non aiuta tuttavia in alcun modo a tracciare la criteriologia di *discrimen*, basando la stessa esclusivamente – almeno così a noi pare – sul piano dell’elemento rappresentativo del consulente e sovrapponendo, come sopra segnalato,

⁸⁴ Il riferimento si legge in A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 726.

⁸⁵ *Ibidem*, 9.

⁸⁶ Pur con inquadramenti dogmatici in parte differenti, ritengono penalmente rilevante il consiglio tecnico M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario al codice penale*, Milano, 1996, 159-160; R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997, 97 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, P. Gen.*, cit., 527; L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l’identificazione della condotta concorsuale*, cit., 1400-1401; L.D. CERQUA, *Concorso del professionista nei delitti tributari*, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 1.

⁸⁷ Cass. Pen., Sez. V, 6.02.1987, n. 1341, in *Giust. pen.*, 1987, 2, 626; in senso conforme Cass. Pen., Sez. V, 19.12.1986, n. 6148, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1987, 949; Cass. Pen., Sez. VI, 7.04.1994, n. 4038, in *Riv. pen.*, 1995, 476.

contributi materiali e morali nei generosi e sbiaditi contorni del *rafforzamento* dell'altrui proposito.

3.1.1. L'origine della sovrapposizione tra concorso morale e materiale in giurisprudenza.

Una siffatta sovrapposizione concettuale tra concorso materiale e morale trova radici relativamente risalenti nella storia giudiziaria italiana, avendo tratto alimento dalle complesse, e invero delicate, inchieste che, dalla seconda metà degli anni '90, hanno scosso il nostro Paese.

Il riferimento è, in particolare, a quello "spartiacque" – così è stato suggestivamente definito in dottrina⁸⁸ – rappresentato dal noto caso "tangentopoli" (o "mani pulite")⁸⁹, in cui, nel processo⁹⁰ che ne ha rappresentato l'esito giudiziario, sono stati analizzati, e ritenuti penalmente rilevanti come forme concorsuali punibili, i contegni di consulenza finanziaria prestata a favore dei vertici di talune società, concentrandosi in particolare sul delitto di *successive* false comunicazioni sociali del gruppo imprenditoriale che aveva manifestato interesse alle creazione delle riserve "nere" funzionali (anche) alle attività di corruttela politica.

In primo luogo va posto in luce come in tal caso l'apporto del consulente venisse ricondotto all'area del concorso morale, sul rilievo per cui "l'autore principale" sarebbe riuscito nella creazione delle riserve occulte perché *rafforzato in tale proposito* proprio dal consulente, il quale lo avrebbe così addirittura indotto a delinquere. In secondo luogo – ed è qui che si notano ulteriori vistose frizioni con il rigore concettuale della disciplina concorsuale – la complessa e articolata strategia volta a creare e a gestire i fondi "neri" da impiegare nelle successive attività illecite avrebbe di per sé giustificato il concorso del consulente nel *successivo* – e logicamente distinto – delitto di false comunicazioni sociali sul presupposto che l'esperto, accettando l'incarico, avrebbe certamente potuto cogliere la ineludibile destinazione delle "acrobazie contabili", funzionali alla gestione di quella "provvista occulta", all'esposizione di poste false in bilancio⁹¹. Dunque, in una "fusione sincretistica" di oggettivo e soggettivo, i giudici milanesi, prima, e il Supremo Collegio, poi (confermando le conclusioni della Corte di Appello), ritenevano che il consulente, proprio in virtù delle sue profonde conoscenze della materia e del ruolo di riferimento nel *board* societario, avesse perpetrato una condotta passibile di rilievo penale in forma concorsuale consistente nell'aver preso parte alla creazione di riserva occulta alla quale necessariamente avrebbero dovuto fare seguito delle indicazioni contabili foriere di false

⁸⁸ Cfr. E. BASILE, *Consiglio tecnico*, 176.

⁸⁹ Si vedano, sotto il profilo giuridico-penalistico, T. PADOVANI, *Il problema "tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 448 ss.; C. LONGOBARDO, *I progetti per "uscire" da Tangentopoli*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 288 ss.; G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 584 ss.

⁹⁰ Cass. Pen., Sez. V, 21.01.1998, n. 1245, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 301 ss.: il caso di specie riguardava i c.d. fondi neri di Montedison S.p.A., le modalità di creazione degli stessi e il loro impiego a fini corruttivi.

⁹¹ Per una lettura critica di siffatte modalità di impiego della fattispecie concorsuale si veda A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, cit., 59.

comunicazioni sociali «contribuendo, così, alla formazione dei dati contabili simulati in base ai quali il falso in bilancio fu redatto»⁹².

Ciò che rileva in questa sede porre in risalto consiste nella continua opera di sovrapposizione tra concorso materiale e morale dinanzi a condotte estrinsecantesi in indicazioni di carattere tecnico: da un lato viene valorizzata la necessità, per la riuscita del progetto illecito, delle soluzioni tecniche suggerite, evocando una logica causale-controfattuale (in breve: senza quei consigli tecnici, non sarebbe stata realizzabile la riserva occulta); dall'altro, probabilmente avvertendosi la fragilità di tale incedere eziologico rispetto al reato contestato (le false comunicazioni sociali), si declina per un contributo che assume le vesti del *rafforzamento* dell'altrui proposito delittuoso, "indietreggiando", dunque, nelle "nebbie" del concorso morale.

Ancora, nell'ambito di una di poco successiva vicenda processuale molto nota⁹³ afferente ad una contestazione di false comunicazioni sociali in Fiat, la Suprema Corte si pronunciava in ordine alla responsabilità di un professionista che, tuttavia, stando a quanto emerso, non si era limitato all'attività di consulenza (peraltro dall'interno della società, come amministratore delegato⁹⁴), ma aveva anche materialmente redatto il bilancio poi ritenuto falso. I giudici di legittimità ritenevano, in tal caso, che «spesso la possibilità di realizzare complessi artifici contabili, idonei a un'efficace dissimulazione della realtà, è *condizione indispensabile* della successiva condotta di false comunicazioni sociali, perché tende a garantire che la menzogna non verrà smascherata»⁹⁵, con la precisazione – di tutto rilievo ai fini di quanto sin qui detto – che «non pare possa dubitarsi che chi contribuisca a tali artifici contabili, nella prospettiva della futura dissimulazione, [...], di riserve occulte, offra un *contributo causale* determinante alla condotta criminosa punita dall'art. 2621 c.c., soprattutto quando la sua posizione in seno alla società e le sue capacità tecniche professionali siano tali da *rassicurare* l'amministratore *sull'efficacia del risultato* dissimulativo»⁹⁶.

In tale pronuncia dunque, ancora una volta, i profili di rilevanza causale, sotto il profilo materiale, della consulenza vengono intrecciati e sovrapposti ai profili di rafforzamento del proposito altrui nella perpetrazione dell'illecito, tutti interni alla sfera psichica.

Analogamente, per richiamare una sentenza, di poco successiva, estranea alla "moda"⁹⁷ delle false comunicazioni sociali e intervenuta in ambito fallimentare, appare

⁹² Cass. Pen., Sez. V, 21.01.1998, n. 1245, cit., 317, ove vengono rigettate le censure del ricorrente e condivise, per contro, le conclusioni della Corte di Appello.

⁹³ Si allude a Cass. Pen., Sez. V, 19.10.2000, n. 191, Mattioli, in *Giur. it.*, 2001, 517.

⁹⁴ Si veda, per tale annotazione, A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 728.

⁹⁵ Cass. Pen., Sez. V, 19.10.2000, n. 191 (corsivi nostri).

⁹⁶ *Ibidem* (pagina 66 della parte motiva della sentenza; corsivi nostri).

⁹⁷ Per un'analisi critica dell'impiego del delitto di cui all'art. 2161 c.c. come strumento investigativo si vedano G.E. COLOMBO, *La "moda" dell'accusa di falso in bilancio nelle indagini delle Procure della Repubblica*, in *Riv. soc.*, 1996, 2, 716; N. MAZZACUVA, *Lo straordinario "soiluppo" delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale: tra legittime istanze punitive e "irrazionali" soluzioni interpretative (rassegna di giurisprudenza)*, in *Critica dir.*, 1995, 291; A. BONDI, *"Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole". Contributo allo studio delle false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1177; V. NAPOLEONI, *Gli orizzonti liquescenti delle false*

indubbiamente emblematica una delle pronunce intervenute sul caso Parmalat⁹⁸: ci si riferisce alla decisione della Suprema Corte con la quale si è ritenuta sussistente, a carico di un legale, (anche) un'ipotesi di concorso in fatti di bancarotta, avendo egli contribuito alla realizzazione del progetto criminoso degli autori principali (in particolare mettendo a disposizione la propria competenza tecnica e i propri studi professionali per la creazione delle società che avrebbero occultato il meccanismo di distrazione delle risorse e le modalità di apparente creazione della liquidità del gruppo). Secondo la Corte, infatti, il legale – che peraltro era considerato così inserito nel sodalizio criminale da figurare tra gli organizzatori dell'associazione di cui all'art. 416 c.p. contestata nell'ambito della nota vicenda –, in virtù della sua vicinanza ai vertici gestori e della sua capacità tecnica, sarebbe stato al corrente (*recte*: non avrebbe potuto non avvedersi) della finalità illecita alla quale sarebbe stata funzionalizzata la propria attività professionale, divenendo «strumento cieco di occhiuta rapina»⁹⁹.

Anche in tal caso, dunque, sebbene le peculiarità della vicenda non ne facesse il nodo nevralgico, la distinzione tra contributo di carattere materiale e morale rimaneva interamente sullo sfondo, senza poter beneficiare di particolari approfondimenti dogmatici in ordine ai requisiti minimi di punibilità del consiglio tecnico (al cospetto di una condotta, peraltro, che, per come contestata, trascinava il mero consulto legale e si sostanzialmente in condotte materiali di apprezzabile spessore).

Con ulteriori pronunce in materia fallimentare, la Suprema Corte cercava di fornire, almeno *prima facie*, talune coordinate per orientare l'interprete in ordine alla rilevanza penalistica, in chiave concorsuale, del consiglio tecnico, affermando: «il commercialista che, nel rendere una consulenza professionale, si spinga oltre l'ambito della sua prestazione e suggerisca al cliente un mezzo fraudolento finalizzato a celarne le reali condizioni economiche, indicando in concreto la via per adottare l'illecito espediente o, addirittura, adottandolo di persona, concorre nel reato di bancarotta fraudolenta consumato avvalendosi di detti suggerimenti»¹⁰⁰. Come emerge ad una lettura sostanziale

comunicazioni sociali: il delitto di cui all'art. 2621 n. 1 c.c. come reato di pura omissione, in *Cass. pen.*, 1999, 295; E. MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, 1. Ridimensiona il fenomeno delle contestazioni di false comunicazioni sociali, ponendo in luce come le statistiche milanesi non abbiano subito sensibili variazioni tra il "prima" e il "dopo" l'inchiesta "mani pulite", E. BASILE, *Soggetti attivi e concorso di persone nel reato*, in A. Alessandri (a cura di), *Un'indagine empirica presso il Tribunale di Milano: le false comunicazioni sociali*, Milano, 2011, 91 ss.

⁹⁸ Ci si riferisce alla sentenza Cass. Pen., Sez. V, 7.06.2011, n. 37370, con la quale giungeva ad epilogo la posizione di quanti optarono per il rito abbreviato; per il filone principale si veda invece Cass. Pen., Sez. V, 07.03.2014, n. 32352. Quanto ai fatti di manipolazione di mercato, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 4.05.2011, n. 28932, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 9, 1096 ss., con nota di F. MUCCIARELLI, *Manipolazione informativa: la condotta pericolosa e il luogo di consumazione nella lucida lettura della Cassazione*, 1101 ss., e in *Cass. pen.*, 2013, con nota di F.M. FRACHETTI, *ivi*, 4594 ss.

⁹⁹ Cass. Pen., Sez. V, 7.06.2011, n. 37370, cit., 49 (corsivi originali), nel richiamare i versi di Giuseppe Giusti.

¹⁰⁰ Cass. Pen., Sez. V, 21.10.1998, n. 12752, in *Il fisco*, 1537, richiamata anche da A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 727, nota n. 34 (corsivi nostri), la cui massima recita così: «É lecito a un commercialista suggerire l'attribuzione di una partita ad una voce di bilancio piuttosto che ad un'altra, purché egli non faccia proprio un espediente illecito, indicando in concreto la via per adottarlo o addirittura adottandolo direttamente (nella specie: la voce "usato automobilistico" imputata a "crediti" anziché a quella "magazzino")».

della pronuncia, tuttavia, non vengono ostesi parametri realmente afferrabili con i quali individuare la linea di demarcazione tra lecita consulenza professionale e suo superamento, così come non appare per nulla nitida la relazione tra realizzazione del fatto e “contributo di consulenza”, giacché se da un lato il *dictum* della Corte parrebbe evocare un ragionamento causale – la realizzazione deve avvenire «avvalendosi di detti suggerimenti»¹⁰¹ –, dall’altro non è chiaro *come* l’agente materiale debba avvalersi delle predette indicazioni, essendo ben possibile “avvalersi” del contenuto conoscitivo di un parere tecnico anche in pieno contrasto con la valutazione di liceità o illiceità chiaramente manifestata dal professionista: *aliis verbis*, è ben possibile che un legale o un commercialista spieghi che una determinata modalità di recupero di denaro o una certa operazione sui cespiti attivi del patrimonio sociale, magari più rispondente ai desideri dell’assistito, sia illecita e comporti un determinato rischio di sanzione. Anche in tal caso, tuttavia, il cliente potrebbe impiegare il contenuto cognitivo della consulenza per soppesare *pro* e *contra* di una certa condotta, o per svolgere ulteriori valutazioni che, in un incedere rigidamente condizionalistico, troverebbero pur sempre un antecedente nella predetta consulenza.

La giurisprudenza qui richiamata, a ben vedere, non si pronuncia in ordine a siffatti nodi problematici; al contrario, impiegando le sopra riportate formule sincretistiche che assommano materiale e morale, essa sembra porsi al riparo dagli evidenti limiti dell’ipotesi concorsuale misurata interamente sull’insondabile piano psichico. D’altro canto va notato, unitamente ad attenta dottrina¹⁰², come in realtà siano ben poche le sentenze che si sono occupate realmente di un concorso definibile come esclusivamente morale, avendo le stesse preso abbrivio da ipotesi di condotte aventi un’evidente connotazione (anche) materiale, se non addirittura realizzate da un amministratore di fatto¹⁰³.

3.1.2. Quel che resta del contributo concorsuale.

Al lume del percorso giurisprudenziale sopra brevemente rievocato, rileggere il “rituale di condanna” con cui il più recente diritto vivente configura il concorso del professionista *extraneus* permette di formulare talune ulteriori (pur sempre embrionali) osservazioni.

In primo luogo, non sembra potersi escludere in radice – se non in modo apodittico – la consistenza materiale di un consulto tecnico, giacché, come sopra detto,

¹⁰¹ Benché non sia per nulla perspicuo il significato di una simile connessione causale: un soggetto ben potrebbe avvalersi di una consulenza legale escludendo di aderire alla linea indicata dal professionista e, nondimeno, avvalendosi di quel consulto legale, necessario nel ragionamento svolto per addivenire all’azione concreta.

¹⁰² Cfr. A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 728; si veda anche la disamina condotta da E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 175 ss.

¹⁰³ Per un interessante e denso contributo sul punto, cfr. F. MUCCIARELLI, *L’extraneus nei reati di bancarotta tra amministratore di fatto concorrente*, in *Sist. Pen.*, 26 aprile 2022, in commento a Cass. Pen., Sez. I., 12.10.2021, n. 1636.

il contributo conoscitivo della consulenza potrebbe avere una apprezzabile incidenza causale – dal punto di vista oggettivo – nel reale incedere dei fatti¹⁰⁴.

La tendenza giurisprudenziale ad inquadrare tale condotta nella cornice del concorso morale, dunque, pare il frutto di una mancata presa di posizione in ordine ai più risalenti orientamenti, acriticamente riproposti secondo l'equazione: "consulto tecnico = (almeno) concorso morale".

In tal modo viene posto in secondo piano il carattere "istruttivo" del consiglio e l'apporto del professionista viene ridotto a influsso sulla psiche dell'autore materiale¹⁰⁵.

Su tale inquadramento di fondo, va poi messo in luce un percorso giurisprudenziale teso a valorizzare, in chiave garantistica, l'accertamento di un nesso causale tra consulto professionale e scelta illecita, vale a dire la sussistenza di una prova rigorosa in ordine all'efficacia condizionante del consulto tecnico rispetto alla libera scelta altrui. Larga parte della dottrina, infatti, pur inquadrando il consiglio tecnico nell'ambito del concorso morale, tende a considerarlo come fenomeno distinto rispetto alla tradizionale istigazione giacché esso non dovrebbe essere letto nella sua efficacia persuasiva rispetto alla scelta dell'agente, ma nella sua capacità di "apporto istruttivo", determinante o agevolativo, rispetto alla realizzazione del fatto criminoso¹⁰⁶. E siffatta efficacia andrebbe verificata da una prospettiva *ex post*. In tal senso la giurisprudenza ha manifestato maggiore sensibilità e attenzione, almeno in linea di principio, all'accertamento circa la valenza eziologica del concorso morale rispetto alla realizzazione criminosa: emblematico l'orientamento di legittimità a mente del quale «la circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa (istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) non esime il giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova

¹⁰⁴ Si veda, per una approfondita ricostruzione, E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 183; cristalline sono, al riguardo, le parole di V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, agg. P. Nuvolone, G.D. Pisapia (a cura di), Torino, 1961, 511 (corsivi originali), ove si afferma le «*istruzioni*, impartite per attuare un'impresa delittuosa, se talora possono servire altresì ad eccitare o a rafforzare la risoluzione di commettere il reato (compartecipazione psichica), costituiscono sempre elementi utili per l'esecuzione del reato (compartecipazione materiale), i quali non cessano di concretizzarsi in fatti materiali volontari solo perché consistono in parole, in iscritti o in altri simboli». Per un'impostazione tesa a valorizzare l'efficacia materiale del consiglio tecnico, si vedano inoltre P. COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008, 255; G. COCCO, *Appunti sui reati comuni degli avvocati*, cit., 2206 ss.

¹⁰⁵ Cfr. L. VIOLANTE, voce *Istigazione*, cit., 990; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 518; M. PELISSERO, *Concorso di persone*, in C.F. GROSSO, D. PETRINI, M. PELISSERO, P. PISA, *Manuale di diritto penale*, P. Gen., Milano, 2013, 515 ss.

¹⁰⁶ A. SERENI, *Istigazione*, cit., 151 ss.; egualmente G. GRASSO, *Pre-Art. 110*, cit., 186; M. PAPA, *Il concorso di persone nel reato*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale*, P. Gen., II, *Il reato*, Milanofiori-Assago, 2013, 675; A. DI MARTINO, *Concorso di persone*, in F. Palazzo e C.E. Paliero (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, II, *Le forme di manifestazione del reato*, G.A. De Francesco (a cura di), Torino, 2011, 184 ss.; A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., 181; R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, P. Gen., Padova, 2012, 407.

dell'esistenza di una *reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato* e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, *in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti*, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110 c.p., con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà»¹⁰⁷.

Eppure, nonostante queste (in apparenza) rassicuranti petizioni di principio, una più cauta analisi dell'applicazione pratica permette di "mettere a fuoco" ben altri nodi problematici.

In primis, in ordine all'inquadramento del consulto-tecnico come forma di istigazione si pone il paradosso dell'*omnimodo facturus*: se (i) il consiglio tecnico viene fornito ad un cliente già compiutamente e saldamente determinato alla realizzazione dell'illecito e se (ii) tale consulto assume rilievo solo nella misura in cui sia determinante come istigazione (*i.e.* come induzione ad una deliberazione non ancora presa definitivamente), allora nessuna efficacia potrebbe rivestire la consulenza tecnica che illustri le modalità di perpetrazione di un illecito a un cliente già risoluto nel commetterlo. Tale soluzione tuttavia rischierebbe di lasciare sguarnito di tutela un importante segmento fenomenologico, ingenerando per di più un effetto paradossale: potrebbe cioè dirsi punibile, in quanto istigatore, un soggetto il cui contributo sia stato del tutto inutile (se non addirittura dannoso) mentre il consulto, pur dotato di efficacia istruttiva sulle modalità di condotta, proprio in quanto riferito ad un soggetto già risoluto nella propria deliberazione illecita, diverrebbe irrilevante in quanto incapace di esprimere efficacia causale rispetto alla scelta illecita del cliente¹⁰⁸.

Con riferimento all'impiego del modulo eziologico nel concorso morale, poi, vi sono due ulteriori snodi da affrontare.

Il primo concerne i "fattori" che vengono astretti dalla pretesa connessione causale: anche ammettendo, infatti, che possa parlarsi di apporto concorsuale solamente morale del consulto, a prescindere dalla sua valenza istigatoria (qualificandolo dunque

¹⁰⁷ Così, da ultimo, Cass. Pen., Sez. I, 28.11.2014, n. 7643 (corsivi aggiunti). L'orientamento in esame è stato in passato autorevolmente avallato dalle Sezioni Unite e ribadito in numerose decisioni degli anni successivi: cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 30.10.2003, n. 45276, in *Cass. Pen.*, 2004, 811 ss. la cui massima suona così: «In tema di concorso di persone nel reato, la circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa (istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) non esime il giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110 c.p., con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà»; ancora, Cass. Pen., Sez. I, 18.02.2009, n. 10730; Cass. Pen., Sez. VI, 5.07.2013, n. 39030.

¹⁰⁸ Si veda, per un'argomentazione attenta in ordine ai paradossi dell'*omnimodo facturus*, E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 77. Molto suggestivo l'esempio formulato (p. 80) traendo spunto dal capolavoro cinematografico di Mario Monticelli, *I soliti ignoti*, onde spiegare, con alcuni adattamenti, talune possibili conseguenze paradossali cui si perverrebbe laddove l'autore materiale sia già compiutamente deciso all'azione e non possa dunque essere istigato o ulteriormente rafforzato in un proposito già indissolubile.

come rafforzamento), non è per nulla chiaro per quale ragione l'efficacia eziologica delle istruzioni – che, trattandosi di concorso morale, dovrebbero agire sulla sfera psichica del cliente-autore materiale – debba andare misurata rispetto alle modalità di concreta realizzazione del fatto e non al condizionamento psicologico della risoluzione criminosa adottata dall'autore materiale. Seguendo infatti questa via si giungerebbe a ritenere che ogni consulto che abbia avuto valenza istruttiva per l'autore materiale ne abbia determinato (o rafforzato) la risoluzione criminosa con una evidente forma di scorciatoia probatoria. E, ancora una volta, si finirebbe per scontrarsi con il paradosso dell'*ominimodo facturus*, giacché non è logicamente possibile determinare un soggetto già deciso a realizzare l'illecito¹⁰⁹. Ove, per contro, si obliterasse il problema dell'inquadramento del consiglio tecnico nell'ambito del concorso morale o materiale e si optasse apertamente per una «prospettiva sincretica in virtù della quale individuare come requisito indefettibile ai fini del rimprovero del consulente la rilevanza eziologica delle “istruzioni” rispetto al fatto-reato *hic et nunc* verificatosi»¹¹⁰, si rischierebbe di perdere di vista il *proprium* del consulto tecnico: sebbene infatti tale impostazione sia animata da condivisibili intenti di contrasto rispetto alle semplificazioni probatorie che si registrano nella prassi (laddove la consulenza, nel venire collocata nel concorso morale, viene immancabilmente e automaticamente riconosciuta come rilevante forma di rafforzamento del proposito illecito), essa si espone al rischio di oscurare il gradiente soggettivo che muove il consulente e, con esso, di porre in secondo piano la rilevanza della relazione umana che astringe concorrente e autore materiale, in specie laddove l'apporto del primo si limiti ad avere influenze sul (solo) piano rappresentativo del secondo e, inoltre, non sia sorretto da alcuna condivisione volitiva degli intenti criminali.

In secondo luogo, anche laddove venga valorizzata in chiave causale la relazione psichica tra i protagonisti della responsabilità concorsuale, rimangono talune, importanti, insidie applicative. Residua infatti – pare a noi – il sospetto che dietro alla celebrazione di un attento accertamento causale in ordine alla “efficacia determinante” (e *a fortiori* il dubbio si palesa ove ci si confronti con il mero *rafforzamento dell'altrui deliberazione*) del parere tecnico sulla sfera volitiva altrui, si trovi solamente un (più o meno consapevole) espediente retorico volto a celare, in realtà, un vero e proprio intuizionismo, basato sulle proprie convinzioni ed esperienze personali in ordine alla possibile efficacia *condizionante* del consulto legale. Non ci sembra, infatti, che esistano – almeno ad oggi – delle leggi di copertura¹¹¹ in grado di guidare il ragionamento *contra factum*; men che meno secondo logiche di elevata probabilità sotto il profilo epistemologico-processuale. Anzi, proprio oggi che le neuroscienze stanno varcando soglie di conoscenza fino a pochi anni or sono impensabili, grazie all'avvento della

¹⁰⁹ Come precisato da P. COCO, *L'imputazione*, cit., 254, ove egli ricorda come non sia affatto detto che il consiglio tecnico rafforzi il proposito criminoso giacché «l'autore, già convinto ad agire, potrebbe semplicemente aver *comprato* una consulenza (una sorta di lezione di criminalità) allo stesso modo di una pistola o di un grimaldello».

¹¹⁰ E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 82.

¹¹¹ Cfr. H.L.A. HART, A.M. HONORÈ, *Causation in the Law*, Oxford, 1959, 49 e 50.

diagnostica per immagini¹¹², appare evidente che gli “impulsi coscienti” e le “spinte volitive” sono attivate da meccanismi molto lontani dalla consequenzialità causale lineare, correndo e articolandosi attraverso “galassie” di neuroni, circolarmente cooperanti nei siti di contatto sinaptici¹¹³.

Sembra dunque arduo sostenere che possa essere impiegato il garantismo della causalità¹¹⁴ in questo specifico segmento della responsabilità concorsuale¹¹⁵ che unisce (i) il confine tra contributo materiale e morale alla (ii) specifica conformazione strutturale della consulenza¹¹⁶ (come si vedrà *infra*, “geneticamente neutra”¹¹⁷, in quanto orientata a veicolare nozioni e non teleologicamente diretta alla commissione dell’illecito).

Se ben si riflette sull’esperienza pratica, del resto, è possibile scorgere «quanto il paradigma causale, sotto specie del rafforzamento dell’intento criminoso dell’agente, costituisc[a] l’artificio verbalistico con cui la giurisprudenza dominante cerca di

¹¹² Solo per alcuni riferimenti recenti, si vedano L. SAMMICHELI, G. SARTORI, A. ZANGROSSI, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in R. Borsari, L. Sammiceli, C. Sarra (a cura di), *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, Padova, 2016 (a tale volume, che raccoglie gli atti del convegno tenutosi a Padova il 28 novembre 2014, si rinvia anche con riferimento agli altri contributi per la ricchezza di spunti di riflessione dagli stessi suscitati); L. SAMMICHELI, G. SARTORI, *Esigenze forensi e metodi della neuropsicologia*, in U. Vincenti (a cura), *Diritto e clinica*, Napoli, 2010; A. LAVAZZA, L. SAMMICHELI, *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Torino, 2012; M. RONCO, *Sulla “prova” neuroscientifica*, in *Arch. pen.*, 2011, 870.

¹¹³ M. RONCO, *Voluntas ut ratio. Sullo statuto della libertà in diritto penale*, Torino, 2023, 135 ove – dopo aver richiamato al seguente passo di W.J. FREEMAN, *How Brains Make Up Their Minds*, London, 1999, tr. it. a cura di S. Frediani, *Come pensa il cervello?*, Torino, 2000, 161: «Ogni neurone agisce su una miriade di altri neuroni distanti non più di qualche collegamento sinaptico e già l’effetto di ritorno di questi neuroni ne modifica lo stato prima che possa inviare un altro impulso. L’interazione gerarchica non si può ridurre a una catena causale lineare» – si afferma che, sfuggendo dunque la neurodinamica alle ordinarie connessioni lineari di causa ed effetto, si dovrebbe forse «far riferimento a un concetto di causalità circolare, utile anche per comprendere le interazioni che si hanno tra i neuroni singoli e le popolazioni di neuroni, e quelle che caratterizzano il ciclo azione-percezione che contraddistingue le azioni volontarie».

¹¹⁴ Benché sotto altri profili e nel contesto dei reati colposi, si vedano le interessanti riflessioni di M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all’analisi dei rapporti fra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 494 ss.

¹¹⁵ Sul punto dovrebbero essere svolti ulteriori approfondimenti che in questa sede non possono essere condotti ma che ci si propone di sviluppare in futuro, concentrandosi in particolare sull’effettiva possibilità di impiegare utilmente, anche alla luce dei nuovi portati neuroscientifici, la categoria della causalità nella fattispecie plurisoggettiva eventuale declinata in forma di concorso morale.

¹¹⁶ Il consiglio tecnico, quando è tale, si presenta infatti come “neutro”: si tratta di un veicolo di informazioni, nozioni e dati funzionali a rispondere ai quesiti formulati. Non si tratta, in linea generale, di un atto teleologicamente orientato alla realizzazione di una qualche condotta o di un qualche fine perseguito dal professionista. Sul punto sono molto interessanti le considerazioni svolte da A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 734 ss., ove, nell’ambito di una comparazione tra consulto professionale e istigazione, si afferma (735): «il consiglio tecnico descrive uno strumento, spesso asettico; l’istigazione ha in sé i connotati della spinta morale finalizzata. Il consiglio è il mezzo, l’istigazione presuppone il fine: ancora più attenta, di conseguenza, ci pare debba essere l’indagine della concreta offensività della condotta del consulente presunto concorrente» (corsivi originali).

¹¹⁷ Va al proposito specificato, tuttavia, che, laddove sussista in capo al professionista concorrente un gradiente soggettivo sufficientemente intenso (e avente ad oggetto la realizzazione dell’illecito ad opera di altri), la condotta (sotto il profilo oggettivo) “neutrale” – e in quanto tale a-tipica – potrebbe nondimeno assumere connotazione illecita. Sul punto si veda *infra* §§ 3.2. e 4.

individuare un nesso quando sia assente un rapporto effettivamente significativo tra la condotta e l'evento criminoso realizzato da altri»¹¹⁸.

Ci si dovrebbe a questo punto domandare quali alternative si darebbero però all'interprete, se il modello della causalità psichica celasse i richiamati rischi.

Un importante spunto potrebbe rinvenirsi nella posizione di Mauro Ronco, il quale – a sua volta sviluppando la tesi di Antonio Pagliaro¹¹⁹ – valorizza, come criterio fondamentale cui riferirsi nelle ipotesi di compartecipazione, la “realizzazione del volere” e suggerisce di invertire il ragionamento causale: non si dovrebbe cioè partire dallo stato mentale dell'autore dell'azione tipica per verificare se, tra i moventi di tale sua azione, se ne possano rintracciare alcuni indotti dal contegno altrui (*i.e.* dal consulto legale, nell'ambito del problema qui indagato). Si dovrebbe, al contrario, prendere abbrivio dall'intenzione che ha mosso (nel nostro caso) il legale nel fornire il proprio consulto al fine di indagarne la connessione con il fatto realizzato dal cliente in una prospettiva (non *ex post*, come quella causale) bensì *ex ante*; prospettiva che dovrebbe essere governata dai parametri (i) della idoneità e (ii) della non equivocità rispetto all'offesa realizzata. Ritiene infatti lo Studioso torinese, nell'ambito di una ricostruzione critica che prende le mosse dalla posizione di Karl Engisch¹²⁰, che «i requisiti previsti dalla fattispecie del tentativo ex art. 56 c.p., sul piano sia soggettivo sia oggettivo, valgono compiutamente a definire gli estremi perché la condotta dell'istigatore sia punibile per il reato realizzato»¹²¹ giacché, sul piano soggettivo «non è ragionevole si dia concorso morale se il soggetto non abbia speso la sua condotta rappresentandosela come strumentalmente rivolta a far sì che un altro soggetto realizzi l'offesa». Sotto il profilo oggettivo, invece, viene richiesta la coerenza o l'omogeneità degli atti del preteso concorrente con l'azione tipica, in modo che ne rappresentino parte integrante: si dovrebbe cioè verificare la *funzione* della condotta a-tipica rispetto a quella tipica.

Tale impostazione si fonda sulla constatazione per la quale la soglia del penalmente rilevante in ambito penalistico viene contrassegnata, ex artt. 56 e 115 c.p., dalla sussistenza di atti diretti in modo non equivoco alla realizzazione del fatto, sotto il profilo oggettivo, e dall'intenzionalità dell'offesa, sul piano soggettivo. Ciò implica dare primario rilievo al disvalore di condotta, focalizzando l'attenzione sul fatto che il coefficiente minimo di punibilità (dolosa), nell'ordinamento italiano, consiste nell'intenzione rivolta all'offesa, tradottasi, nella realtà, in atti idonei e diretti in modo non equivoco a quell'offesa. E questi connotati minimi di tipicità offensiva dovrebbero essere valutati prima – e non solo dopo – alla realizzazione del fatto nella cornice

¹¹⁸ M. RONCO, *Le interazioni psichiche*, cit., 1103.

¹¹⁹ Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 560 ss.

¹²⁰ Si veda in particolare, K. ENGISCH, *Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber*, Bonn, 1963, 247 ss.

¹²¹ M. RONCO, *Le interazioni psichiche*, cit., 1104. Va posto in evidenza come lo Studioso ritenga poi necessario differenziare la risposta punitiva rispetto alle possibili sotto-articolazioni del concorso morale, sostenendo in particolare che il *consilium*, per divenire punibile, debba aver avuto un significato cruciale in ordine alla decisione di commettere il fatto, distinguendosi dalla mera *occasio* proprio per il suo manifestarsi quale “causa vera” dell'offesa. In definitiva l'Autore propone di sostituire all'impostazione di tipo causale un'impostazione di tipo funzionale.

unificante del concorso di persone, così da rivelare la '*causa finalis*' nell'intenzionalità soggettiva dell'evento e la '*causa sufficiens*' (cioè la decisività) nella direzione inequivoca degli atti del concorrente verso la realizzazione dell'offesa¹²².

Non è qui possibile sviluppare tutti gli spunti che la tesi ora sommariamente esposta sollecita (anche in chiave dialettica), ma ciò che in questa sede preme porre in risalto è un dato che essa permette di far emergere con chiarezza: l'essenzialità per l'integrazione della responsabilità concorsuale – negli stessi termini validi per la responsabilità in prospettiva monosoggettiva – del «momento dinamico dell'intenzionalità come disposizione del soggetto impegnatosi concretamente ed effettivamente per la realizzazione del fatto»¹²³.

Ove si convenga con siffatta necessità di rintracciare un'intenzione rivolta all'offesa in capo al compartecipe – in ossequio ad una forma di responsabilità penale che, anche in sede concorsuale, non può che essere autenticamente personale – si dovrebbe ben riflettere sulla conformazione strutturale del consulto professionale: come è stato posto in luce, infatti, esso appare «come "neutro" e concerne non tanto l'*opportunità* di compiere una certa azione ma piuttosto le *modalità* attraverso le quali compierla. Il fatto illecito non è il faro che illumina gli argomenti del consulente, e viene così a mancare l'intrinseca direzione della condotta alla perpetrazione di un illecito»¹²⁴. Il mero consiglio tecnico, dunque, ove non accompagnato e connotato da precise coordinate soggettive, rimane incapace di esprimere un disvalore, anche di sola condotta¹²⁵.

Anche a prescindere, quindi, dalle possibili critiche all'inquadramento del consiglio tecnico come forma di concorso esclusivamente morale, sembra che sia proprio la sua fisionomia di "asettico veicolo di conoscenza" ad abbisognare, per poter assurgere alla rilevanza penale, di essere connotato soggettivamente dalla volontà del professionista di convergere, con la propria condotta, verso la realizzazione dell'offesa¹²⁶.

Una siffatta esigenza, benché forse non autonomamente considerata a livello concettuale, sembra del resto emergere alla base degli stessi tentativi della giurisprudenza di enunciare i criteri di rilevanza del consiglio tecnico: leggendo le motivazioni per intero, non limitandosi al principio di diritto di consueto riportato nelle

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*, 1109.

¹²⁴ A. PERINI, *Il consiglio tecnico*, cit., 735 (corsivi originali).

¹²⁵ Valorizza il disvalore di condotta nella decifrazione della carica offensiva del concorso del professionista M. HELFER, *La complicità del professionista nel diritto penale dell'economia*, in M. Ronco, M. Helfer (a cura di), *I criteri d'imputazione soggettiva nel diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, e, in precedenza, in *Ind. Pen.*, 2013, 1, 187 ss.

¹²⁶ Si rammenti il monito chiaramente espresso da G. LOSAPPIO, *La caccia*, cit., 18, secondo il quale il concorso di persone nel reato richiede la volontà, ma non si esaurisce in essa e tanto meno in una concezione "eticizzante" della stessa: «beninteso, non dev'essere mai soltanto volontà. Il silenzio o l'inerzia non sorretti da una posizione di garanzia, la mera presenza inutile anche solo in astratto, l'adesione morale, il consenso, non sono volontà comune, ma solo volontà (o altri stati soggettivi) personali che in quanto tali non integrano il tratto specifico della fattispecie plurisoggettiva concorsuale».

massime, si scorge infatti un suggerimento laddove si sostiene che «è configurabile il concorso nel reato di bancarotta fraudolenta da parte di persona estranea al fallimento qualora la condotta realizzata in concorso col fallito sia stata *efficiente* per la produzione dell'evento e il terzo concorrente abbia operato con la *consapevolezza* e la *volontà* di aiutare l'imprenditore in dissesto a frustrare gli adempimenti predisposti dalla legge a tutela dei creditori dell'impresa. Ciò in particolare valendo per il professionista [...]»¹²⁷.

Se da un lato, infatti, si continua a richiedere l'efficienza causale della condotta del consulente rispetto all'evento (anziché valutare il condizionamento psichico sull'*intranseus*) – pur continuando a qualificare tale contributo come un concorso morale –, dall'altro si chiede (anche) la verifica del dolo (consapevolezza e volontà) in capo al preteso concorrente rispetto alla medesima realizzazione criminosa.

Ove siffatta caratterizzazione soggettiva della consulenza fosse considerata seriamente, e non relegata a una formuletta reboante da riportare come esercizio retorico, emergerebbe infatti un primo possibile strumento¹²⁸ – coerente con i principi del diritto penale liberale e certamente collaudato nella dogmatica penale – di delimitazione della rilevanza del concorso del professionista mediante consiglio tecnico.

Conviene dunque ora prestare attenzione al profilo soggettivo che il diritto vivente ritiene necessario per integrare la fattispecie concorsuale *de qua*.

3.2. Il profilo soggettivo del contributo del professionista.

Come si è in precedenza posto in evidenza (§ 3), tutte le condotte enucleate dalla giurisprudenza come rilevanti in ordine al concorso del professionista *extraneus* si presentano caratterizzate da un elemento molto complesso da sondare: la *consapevolezza*, in capo al professionista, del proposito illecito altrui.

Tutte le condotte sopra isolate (e indicate con la dicitura *sub 1a-1d*), infatti, per come sono descritte, si caratterizzano per essere sensibilmente “curvate” dall'inclinazione soggettiva che le sorregge: in particolare le condotte sono tratteggiate – nella ormai consueta, benché ossimorica, “tipizzazione giurisprudenziale”¹²⁹ – come teleologicamente volte a coadiuvare l'assistito nell'attività di deliberata e scientemente perseguita operazione di distrazione e/o di depauperamento del patrimonio sociale.

Questa caratterizzazione in senso teleologico delle condotte “tipiche”, che *prima facie* avrebbe una condivisibile funzione di garanzia (volgendosi a selezionare solo quelle che si presentino indirizzate ad una simile finalità), dovrebbe, a rigore, trovare riscontro nell'oggetto del dolo richiesto in capo all'*extraneus*: se cioè la condotta deve essere “volta

¹²⁷ Cass. Pen., Sez. V, 10.12.2015, n. 8349, in *Guida Dir.*, 2016, 14, 80 (corsivi nostri).

¹²⁸ Una posizione tesa a valorizzare in senso qualitativo il gradiente soggettivo come elemento di delimitazione della consulenza tecnica penalmente rilevante è espressa da M. HELFER, *La complicità*, cit., 125 ss.

¹²⁹ G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, 539, nella parte finale del § 3 denominato «*Tipicità e concorso di persone nel reato*», parlava di «tipicità giurisprudenziale, dottrinale, giurisprudenziale e sociale».

a garantire l'impunità" o diretta a "sottrarre i beni ai creditori" o comunque connessa teleologicamente ad un "progetto criminoso", evidentemente l'accertamento del dolo in capo al professionista *extraneus* dovrebbe mirare ad appurare la sussistenza di una condivisione di intenti nella realizzazione criminosa e assumere una certa consistenza; consistenza confortata dall'*incipit* dei principi di diritto da cui si è preso abbrivio: «consapevole dei propositi distrattivi dell'imprenditore o dell'amministratore di una società in dissesto»¹³⁰.

Andando tuttavia oltre le proclamazioni astratte e confrontandosi con la giurisprudenza relativa alla natura, alla struttura e all'accertamento del dolo in capo al professionista, iniziano ad avvertirsi tutte le crepe di un'architettura che si fonda sulle paludose commistioni concettuali di oggettivo e soggettivo, da un lato, e di rappresentazione e volizione, dall'altro.

Si legge infatti, in giurisprudenza, che «in tema di concorso nel delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, il dolo del concorrente "extraneus" nel reato proprio dell'amministratore consiste nella volontarietà della propria condotta di apporto a quella dell'"intraeus", con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, non essendo, invece, richiesta la specifica conoscenza del dissesto della società che può rilevare sul piano probatorio quale indice significativo della rappresentazione della pericolosità della condotta per gli interessi dei creditori»¹³¹.

Le osservazioni al riguardo potrebbero essere plurime, ma limitandosi in tal sede a enucleare solamente le principali, se ne potrebbero individuare di tre tipologie:

(i) linguistiche: la *volontarietà* di un'azione evoca il concetto di c.d. *suitas*, ovvero di un'azione libera (*libertas a necessitate*)¹³², cioè del minimo sostrato cosciente che rende umana (nel senso di "riferibile all'uomo") l'azione e, in quanto tale, rilevante per il diritto penale. Probabilmente l'indicazione giurisprudenziale intende invece riferirsi al diverso (logicamente e dogmaticamente) concetto di *volontà* di cui all'art. 43 c.p. che definisce il delitto doloso o *secondo l'intenzione* (cioè secondo una spinta volitiva che presuppone un previo sostrato rappresentativo-intellettivo) in relazione ad una precisa deliberazione assunta sull'oggetto della rappresentazione (l'evento tipico, per essere ascrivibile a titolo di dolo, deve essere preveduto e voluto).

(ii) tecnico-dogmatiche: se l'oggetto dell'elemento soggettivo tipico della fattispecie monosoggettiva è rinvenuto dalla giurisprudenza¹³³ nel dolo generico (prendendo a riferimento le ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale), allora il compartecipe dovrebbe (a) *avere consapevolezza* circa il depauperamento patrimoniale a danno dei creditori che la condotta dell'*intraeus*, alla quale accede il proprio contributo, arrecherà ai creditori e (b) *volere*, nel senso sopra chiarito, fornire un ausilio, cioè fornire

¹³⁰ *Ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, 08.02.2021, n. 18677 sopra già citata.

¹³¹ Cass. Pen., Sez. V, 21.02.2023, n. 13002.

¹³² M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in ID. (diretto da), *Commentario sistematico al Codice Penale*, cit., 114 ss.

¹³³ Ferme restando le articolate diversità di vedute che si registrano in dottrina, in ordine alle quali si rinvia a E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'economia*, Bologna, 2022, 298 ss.

un contributo finalisticamente rivolto alla realizzazione dell'illecito da parte del proprio cliente. Viene però da chiedersi, realisticamente, come un dolo di questo tipo, in ordine al quale dovrebbe essere richiesto un attento e penetrante vaglio processuale (atteso che tale elemento orienta l'intera costruzione concorsuale), possa convivere con il sopra richiamato principio di diritto; quest'ultimo, infatti, enuncia come ben possibile l'assenza di consapevolezza, in capo al professionista, della situazione di dissesto aziendale. In altri termini, come potrebbe il professionista, all'oscuro della situazione di decozione dell'azienda che assiste (o, in ipotesi di bancarotta preferenziale, dell'azienda preferita rispetto a quella che poi verrà dichiarata fallita - *pardon*: in liquidazione giudiziale¹³⁴), avere la rappresentazione e la volizione in ordine al compimento di atti caratterizzati per espressa "tipizzazione giurisprudenziale"¹³⁵ dalla loro direzione finalistica verso il pregiudizio dei creditori? Si dovrebbe trattare di un pregiudizio meramente potenziale e futuro, dunque incerto nella rappresentazione del professionista, ove non compare – stando alla premessa – nemmeno la situazione di crisi¹³⁶. Salvo casi limite di attività *ab origine* illecite o del tutto fraudolente¹³⁷, quel pregiudizio arrecato ai creditori diverrebbe una mera proiezione virtuale, sempre predicabile negli scambi commerciali e in operazioni caratterizzate da un certo margine di rischio economico, dunque inidoneo, quale oggetto del dolo, a selezionare le condotte meritevoli di reazione penale. Lo stesso dolo dell'*intraneus*, del resto, si caratterizza per contenuti che appaiono oggi ben poco nitidi¹³⁸, giacché è a tutti noto come la

¹³⁴ S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice dimezzato: nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1334, parla di "scomunica" della parola "fallimento".

¹³⁵ Cfr. G. VASSALLI, voce *Tipicità*, cit., 537 «La dottrina del *Tatbestand* è nata con riferimento agli elementi oggettivi della fattispecie, o fattispecie legale oggettiva [...] Tuttavia può dirsi concezione oggi generalmente condivisa, in Germania come in Italia ed in altri Paesi, che la tipicità (e correlativamente la concreta corrispondenza al tipo) abbracci sia gli elementi oggettivi che quelli soggettivi della fattispecie», e, quanto al formante giurisprudenziale, 539 già sopra richiamata. G. LOSAPPIO, *La caccia*, cit., 24, parla di «catastrofe della selettività», nell'ambito della quale «assistiamo solo all'affermazione di una vera e propria fattispecie "a formazione giudiziaria", che contiene un'ampia e difficilmente riducibile delega all'organo giudicante in ordine all'individuazione dei confini della tipicità».

¹³⁶ Accedendo all'autorevole impostazione ricostruttiva di P. NUVOLONE, voce *Fallimento (reati in materie di)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 481, l'orientamento giurisprudenziale attuale parrebbe determinare addirittura una evidente discrasia: se, nella ricostruzione del Chiaro Autore, sarebbe lo stato di insolvenza a segnare la "zona di rischio penale" dei fatti di bancarotta, come si potrebbe sostenere la sussistenza di un autentico dolo in difetto di consapevolezza di aver agito all'interno di siffatta zona di rischio?

¹³⁷ In ordine ad attività che, a prescindere dalla situazione di decozione, si presentino tese a frustrare le ragioni creditorie e si manifestino del tutto estranee alle ragioni aziendali, si può convenire sulla possibilità di inferire l'elemento psicologico del professionista anche in difetto di una specifica conoscenza del dissesto, ma si tratta di ipotesi in cui il disegno truffaldino dovrebbe emergere con evidente chiarezza dall'impossibilità di spiegare altrimenti quel tipo di operazione. Ipotesi, dunque, che non rientrano nei casi di confine di cui ci stiamo occupando e che – ci sembra – presentano una minore frequenza di verifica.

¹³⁸ Emblematica in ordine al segmento soggettivo tipico del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale si presenta Cass. Civ., Sez. I, Ord., 23.09.2021, n. 31513, in *Dir. & Giust.*, 4.11.2021, secondo la quale: «l'elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è costituito dal dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte». In ordine all'irrilevanza della conoscenza dello

dichiarazione di liquidazione giudiziale (*i.e.* di fallimento), a prescindere dalla sua controversa qualificazione dogmatica¹³⁹, rappresenti sì il “trasformatore di tipicità” di condotte che, in difetto di un tale provvedimento, rimangono irrilevanti per la disciplina penalistica di cui all’art. 216 l. fall. (oggi 322 C.C.I.), ma non debba rientrare nel fuoco del dolo onde ritenerne integrata, anche sotto il profilo soggettivo, la tipicità. Ne risulta allora un elemento psicologico dell’*extraneus*, che in ipotesi di concorso morale dovrebbe far propria la spinta volitiva alla base dell’azione dell’*intraneus* (quantomeno convergendo verso la medesima realizzazione criminosa, ancorché il dolo di concorso non necessariamente debba ritenersi sovrapponibile in via integrale a quello della fattispecie monosoggettiva¹⁴⁰) doppiamente sfilacciato, in quanto fisiologicamente più incerto (nell’intensità e nell’effettiva capacità “condizionante” rispetto al risultato) di quello che già in capo all’intraneo si appalesa di sfuggente fisionomia.

(iii) dogmatico-funzionali: percorrendo sino in fondo la via indicata, si potrebbe finire per trasformare la compartecipazione del professionista in un concorso colposo in delitto doloso altrui, giacché ove anche si immaginasse una condotta (ad esempio) scientemente distrattiva perpetrata dall’imprenditore prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale, il professionista potrebbe aver suggerito dei negozi giuridici maggiormente agili o dominabili (ma perfettamente leciti) dall’imprenditore, senza aver ipotizzato, o colto, l’imminente decozione dell’azienda, basandosi sui dati lui forniti. Orbene, si potrebbe forse anche sostenere – entro certo limiti – che il professionista sia stato poco accurato nell’analisi degli elementi lui consegnati, o magari superficiale nell’analizzarli, e che su tale *erronea* base di valutazione abbia consigliato il proprio cliente (il quale solitamente non manifesta al legale le proprie mire illecite): ciò sarebbe sufficiente a predicare una sua responsabilità concorsuale? Leggendo ancora una volta lo stralcio giurisprudenziale da cui siamo partiti, parrebbe potersi correttamente concludere per una risposta negativa ma, al riscontro della realtà, il legale che abbia suggerito dei negozi (*ex post* definiti) sospetti, ai quali sia poi seguita (cronologicamente) la decozione, la dichiarazione di liquidazione giudiziale e la conseguente “riqualificazione” (quasi per “capillarità diacronica”) di quelle condotte negoziali come distrattive o dissipative, potrebbe veramente beneficiare di un selettivo filtro soggettivo, ove non sia nemmeno richiesto, dietro le petizioni astratte di principio, la conoscenza

stato di insolvenza in capo all’imprenditore al momento di perpetrazione della distrazione, si veda anche Cass. Pen., Sez. V, 26.09.2011, n. 44933, secondo la quale «Il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è reato di pericolo ed è pertanto irrilevante che al momento della consumazione l’agente non avesse consapevolezza dello stato d’insolvenza dell’impresa per non essersi lo stesso ancora manifestato. (Rigetta, App. Cagliari, 15/12/2009)».

¹³⁹ Si veda, per una chiara ricostruzione della *querelle* in ordine alla natura dogmatica della dichiarazione di fallimento (oggi di liquidazione giudiziale), E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell’impresa*, cit., 275.

¹⁴⁰ Si pensi ad esempio alle ipotesi nelle quali la fattispecie monosoggettiva di base richiede la presenza di un dolo specifico: in tali casi, autorevole dottrina ritiene sufficiente, ai fini della configurabilità di un concorso punibile, «che la particolare finalità presa in considerazione dalla legge penale sia perseguita almeno da uno dei soggetti che concorrono alla realizzazione del fatto» (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 514).

della decozione aziendale? E ciò, partendo dal presupposto che, per dizione legislativa prima ancora che per qualificazione giurisprudenziale dell'elemento, sia proprio la situazione di decozione – e la conseguente dichiarazione giudiziale – a determinare i suddetti atti come sufficientemente offensivi da assurgere alla meritevolezza di pena¹⁴¹.

Se dunque la fattispecie monosoggettiva di base richiede che vi sia (a tutto concedere) almeno un dolo generico nella realizzazione tipica, allora una forma di concreta rappresentazione e volizione dovrebbe informare anche la condotta di compartecipazione, la quale, a propria volta (pur nella non necessaria sovrapposizione completa degli elementi soggettivi), dovrebbe caratterizzarsi per la condivisione (o quanto meno per la rappresentazione) di quel proposito e per la volontà di prestare un contributo ad una condotta così soggettivamente connotata.

Come si è sopra anticipato, tuttavia, il consiglio tecnico, di per sé considerato e non soggettivamente connotato, è, generalmente, neutro. Esso cioè si caratterizza – almeno laddove non vi sia alla base un sostrato soggettivo di agevolazione in grado di ricomporre la tipicità concorsuale¹⁴² – per una struttura non finalisticamente orientata verso una determinata azione, bensì per una fisionomia di mero “vettore cognitivo”. Esso cioè rappresenta un apporto che non influisce in modo diretto e univoco sulla volontà, ma si riferisce in via immediata al piano intellettuale-rappresentativo di chi riceve il consulto, fornendo in definitiva un panorama conoscitivo (al massimo) ulteriore. Aver appurato ciò, tuttavia, non significa ancora (a) né aver accertato in capo al professionista la volontà di fornire un apporto al cliente finalisticamente orientato alla realizzazione di un illecito, (b) né, ancor prima, aver dimostrato la idoneità di quella consulenza ad esprimere una efficacia condizionante (comunque la si voglia intendere) verso l'azione dell'autore materiale.

Sembra pertanto ineludibile, ove si intenda tener ben saldi i principi fondamentali di autorità personale e colpevolezza, richiedere una consistenza

¹⁴¹ Del resto, prendendo abbrivio da una ricostruzione autorevolmente sostenuta in dottrina (cfr. C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA, G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, P. Gen., 2000, 136), si dovrebbe così ragionare: se la bancarotta patrimoniale consiste in un reato di pericolo concreto e il bene giuridico si sostanzia nell'interesse del ceto creditorio a conservare la garanzia patrimoniale generica (art. 2740 c.c.), ciò significa che, sul piano materiale, i fatti di bancarotta assurgono alla rilevanza penale solo nel momento in cui intaccano effettivamente la garanzia patrimoniale posta dalla norma a tutela dei creditori. Specularmente, allora, sotto il profilo soggettivo, il dolo dell'imprenditore dovrebbe essere ricostruito come consapevolezza e volontà di agire ponendo in concreto pericolo quella garanzia: si tratterebbe tuttavia, secondo la richiamata opinione, non di un dolo eventuale (che farebbe rifluire le condotte nell'ambito dell'art. 217 l. fall.), bensì di un dolo quantomeno diretto. Siffatto, pertanto, dovrebbe comprendere la messa in pericolo della garanzia patrimoniale; e dovrebbe allora comprendere anche gli elementi di fatto dai quali sia ravvisabile quella messa in pericolo, tra i quali non potrebbe arbitrariamente escludersi la situazione di crisi, giacché è proprio essa che, nella normalità dei casi, innesca il pericolo per i creditori. Sull'importanza dell'insolvenza, indicata come requisito inespreso della fattispecie, da ritenersi rientrante nell'oggetto del dolo, si veda G. MINICUCCI, *Contributo allo studio del dolo di bancarotta patrimoniale*, in *Criminalia*, 2016, 488.

¹⁴² Va infatti sul punto rammentato – prendendo in prestito le parole di M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, 521 – che la «presenza del dolo di partecipazione permette alle norme sul concorso di svolgere la funzione di incriminazione in capo al concorrente che dà un contributo atipico alla commissione del reato».

dell'elemento soggettivo in capo al compartecipe (e, ancor prima, in capo all'*intraneus*) ben più ampia: se, come si è visto, è lo stesso formante giurisprudenziale a richiedere che la consulenza tecnica – fisiologicamente neutra – sia orientata a una finalità illecita onde assurgere alla rilevanza penale, non pare allora congruo accontentarsi poi, nel momento di accertamento processuale del segmento soggettivo della compartecipazione, di una mera e generica consapevolezza che non abbia ad oggetto i presupposti fattuali essenziali di riconoscibilità dell'intenzione illecita dell'*assistito-intraneus*. Ed inoltre, laddove anche una tale consapevolezza potesse balenare (quantomeno in forma di possibile alternativa oggetto di rappresentazione) in capo al professionista, ciò non sarebbe ancora sufficiente per ritenere integrato il momento volitivo (cioè l'adesione dell'*extraneus*) alla mira illecita del cliente, *a fortiori* dopo il convinto sostegno alla centralità della *volontà* nel dolo, derivante della sentenza emessa dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nel 2014, in relazione al noto caso Thyssenkrupp¹⁴³.

Nel panorama dottrinale tedesco, del resto, una interessante opzione ricostruttiva¹⁴⁴ – tesa a contrastare le opinioni dominanti¹⁴⁵ – ha posto in evidenza l'imprescindibile significato offensivo della *finalità* che muove il consulente, ponendo il problema della “comprensione delle azioni altrui” (*Fremdverstehen der Handlungen des Anderen*): nel distinguere tra un senso oggettivo – desunto dal significato che il comportamento assume secondo una valutazione dall'esterno, al lume delle regole della comune esperienza – e un senso soggettivo – consistente nella finalità che l'agente intende perseguire –, la teorica ritiene che, in casi di confine, sia solo il senso soggettivo a permettere di spiegare sul piano giuridico (cioè di consegnare il significato offensivo di) un certo comportamento. Ne conseguirebbe, in ordine al problema qui indagato, che laddove il contegno del professionista non potesse qualificarsi come illecito sotto il profilo del senso oggettivo – manifestandosi la consulenza prestata del tutto neutra – sarebbe solamente la penetrante analisi in ordine al senso soggettivo (cioè in ordine alla finalità della consulenza) a chiarire se il professionista avesse o meno mirato a concorrere nella realizzazione criminosa dell'agente. Senso soggettivo che, dunque, dovrebbe rappresentare il nodo cruciale dell'accertamento giudiziale.

Orbene, anche in Italia parrebbe possibile ipotizzare una soluzione non dissimile: se infatti la stessa giurisprudenza ha tratteggiato, in linea di principio, le condotte di consulenza penalmente rilevanti facendo continuo riferimento alla “consapevolezza dei propositi distrattivi dell'amministratore di diritto” e alla volontà di prestare aiuto all'amministratore in dissesto nel sottrarre la garanzia patrimoniale dei creditori, allora

¹⁴³ Tra i molti commenti apparsi alla ben nota sentenza (Cass. Pen., Sez. Un., 24.04.2014, n. 38343, si veda M. RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1953 ss., oggi in Scritti patavini, Torino, 2017, 2, 1337 ss.

¹⁴⁴ Cfr. H. SCHNEIDER, *Neutrale Handlungen: Ein Oxymoron in Strafrecht? Zu den Grenzlinien der Beihilfe*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, 312 ss., spec. 315 ss.

¹⁴⁵ In specie il confronto dialettico è con le autorevoli tesi di C. ROXIN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, in W. Küper, J. Welp (a cura di), *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Berlino-New York, 1993, 378 ss.

appare evidente che un'indagine sulla intenzione del professionista diviene non solo possibile, ma addirittura doverosa.

Ove anche nell'ordinamento italiano si richiedesse una più decisa attenzione per l'*intenzione* (art. 43 c.p.) che sorregge l'azione del professionista, in definitiva, si ricondurrebbe a coerenza l'intero impianto punitivo in questo specifico settore sotto molteplici profili: (i) si riempirebbe di significato autentico quanto già sostenuto dalla giurisprudenza laddove viene richiesta la *consapevolezza* dei propositi distrattivi (dunque delle *intenzioni* illecite) del cliente e la *volontà* (dunque la scelta ponderata) di contribuire, mediante la propria consulenza tecnica, alla realizzazione dell'offesa; (ii) si confermerebbe il significato autenticamente offensivo della condotta di compartecipazione trovando una convergenza della intenzione e della direzione inequivoca, sul piano oggettivo, della consulenza, alla perpetrazione dell'offesa; (iii) risulterebbero rispettati i generali elementi strutturali del concorso, i quali richiedono (soprattutto in presenza di segmenti oggettivi "offensivamente incerti") una convergenza soggettiva dei partecipi consistente non solo nella consapevolezza di "collaborare" con altrui, ma anche nella comune volontà – pur con i *caveat* sopra detti – di realizzare l'illecito; (iv) si ristabilirebbe l'armonia rispetto ai principi di responsabilità penale per fatto proprio e di colpevolezza.

Sembra dunque che sussistano buone ragioni per – quantomeno – interrogarsi seriamente su tale valorizzazione dell'elemento soggettivo nella fattispecie concorsuale.

4. Appunti per una *pars construens*: un'ipotesi programmatica di lavoro.

Nei paragrafi che precedono si è tentato, pur entro i contenuti limiti di un contributo non monografico, di presentare alcuni tra i principali problemi che l'interprete deve affrontare quando si interroghi sui limiti della responsabilità concorsuale del professionista *extraneus*. Nel passare in rassegna orientamenti giurisprudenziali e talune posizioni dottrinali si è pertanto tentato di enucleare il plesso di tematiche ancora aperte su tale figura di partecipazione concorsuale, concentrandosi principalmente sugli aspetti critici (o aporetici) degli attuali assetti ermeneutici, individuando fondamentalmente quattro paradigmi problematici, che potrebbero, in estrema sintesi, essere così riassunti:

- (i) inquadramento "automatico" del consiglio tecnico nel concorso (esclusivamente) morale;
- (ii) richiesta di un rigoroso accertamento circa l'efficacia *causale* del "contributo di consulenza";
- (iii) individuazione, pur nell'ambito del concorso morale, del referente di tale connessione causale, non con la deliberazione dell'autore principale, ma con le concrete modalità di realizzazione del fatto;
- (iv) limitazione dell'elemento soggettivo preteso in capo concorrente alla sola sfera rappresentativo-intellettuale del dolo e, anche in questa versione "amputata", esclusione, dall'oggetto della rappresentazione, della situazione

di crisi aziendale (al fine di ritenere configurato il dolo, cioè, non è ritenuto necessario che lo stato di decozione, da cui dipenderà poi, oggettivamente, la rilevanza penale della condotta dell'*intraneus*, sia nota al professionista; quest'ultimo, tuttavia, dovrebbe agire – stando alla giurisprudenza sopra vista – mosso dalla volontà di agevolare i propositi distrattivi del cliente).

Orbene, si è persuasi che, volendo abbozzare un'ipotesi programmatica di *pars construens* sia necessario prendere abbrivio proprio da questi quattro snodi interpretativi, valorizzando, in particolare, il ruolo tipizzante rivestito dall'ultimo di essi: il dolo.

Fermo restando, infatti, che sussistono plurime alternative dottrinali¹⁴⁶ volte a “disinnescare” la rilevanza penale del consiglio tecnico – vuoi sul piano normativo dell'antigiuridicità, come esercizio di un diritto o adempimento di un dovere *ex art.* 51 c.p., vuoi sul piano ermeneutico dell'autoresponsabilità, vuoi, ancora, sull'insussistenza di una consistenza eziologica apprezzabile in termini di *conditio sine qua non* – si è convinti che, proprio in virtù degli attuali orientamenti giurisprudenziali, sia forse maggiormente plausibile ipotizzare il conseguimento un primo risultato, in fase applicativa, valorizzando qualitativamente la componente soggettiva che già, sia pure in forma embrionale, compare nei principi di diritto ricorrenti in materia.

Volendo ricostruire, rapidamente e in via provvisoria, la filiera di accertamento, sarebbe del resto l'analisi sul gradiente soggettivo a determinare il *discrimen* tra contributi di consulenza punibili e non. In uno sforzo di sintesi, infatti, questa potrebbe essere infatti la scansione logica dell'accertamento giudiziale:

- (a) verifica circa l'apporto della consulenza nella vicenda reale: verifica cioè in ordine al fatto che il consulente abbia apportato un patrimonio conoscitivo in capo ad un cliente che prima ne era privo (segmento oggettivo di un concorso materiale, *sub specie* di agevolazione); ove invece, il cliente fosse già stato a conoscenza delle modalità di condotta indicate nel consulto, egli potrebbe solo aver ricevuto delle conferme (funzionali al massimo ad operare come rafforzamento psicologico nell'ambito del concorso morale; ciò sempre escludendo l'ipotesi dell'*omnimodo facturus* e prescindendo dal complesso problema del paradigma con il quale accertare siffatta forma di condizionamento);
- (b) a questo punto, ove si superasse questo primo elemento di accertamento, si dovrebbe passare all'analisi dell'elemento soggettivo, considerandolo però nella sua duplice dimensione (b1) intellettuale-rappresentativa e (b2) volitivo-intenzionale.

Sul primo piano (b1), il professionista potrebbe (α) cogliere l'intenzione fraudolenta del cliente ed esserne dunque consapevole oppure, all'opposto, (β) non percepire l'intenzione dell'assistito e, anche per errore o sbadataggine, non

¹⁴⁶ Alle quali non è qui possibile dedicare spazi di approfondimento adeguati, ma che ci si ripropone di indagare in un contesto di studio più ampio.

esserne pertanto consapevole oppure ancora, come più di frequente accade nella realtà, (Y) essere in uno stato di incertezza o di dubbio rispetto a tali intenzioni illecite dell'assistito.

Nel caso da ultimo delineato, interessanti si presentano le considerazioni svolte da autorevole dottrina¹⁴⁷ che, valorizzando la componente rappresentativo-volitiva del dolo, in casi di incertezza in capo al concorrente – dunque, ai nostri fini, al professionista – circa i possibili propositi illeciti del cliente, ha proposto di distinguere tra le ipotesi di dubbio in ordine ai presupposti della condotta e le ipotesi di dubbio in ordine al conseguente comportamento del cliente. Il primo scenario – di incertezza “conoscitiva” – andrebbe ricondotto ad ipotesi colpose; il secondo – di incertezza “predittiva” – diverrebbe invece terreno di elezione del dolo eventuale «perché qui, essendo l'incertezza non solo una condizione soggettiva ma anche un dato oggettivo, si riduce sensibilmente l'operatività del rimprovero colposo a carico dell'agente, limitandolo a quello più grave di aver agito “nonostante la previsione dell'evento”»¹⁴⁸. Conseguentemente si dovrebbe appurare, in questa ipotesi di rappresentazione effettiva dei presupposti della condotta (ma di incertezza “predittiva”), anche la, logicamente successiva, sussistenza del segmento volitivo, sia pur nella sua forma meno intensa (il dolo eventuale).

Nel caso (β) non si dovrebbe porre, a rigore, neppure il problema del momento volitivo, poiché non si può logicamente volere ciò che non ci si rappresenta, dunque, andrebbe esclusa la sussistenza del concorso per difetto (quantomeno) di elemento soggettivo doloso.

Su tale piano – che si avvicina molto a quello di incertezza “cognitiva” – dovrebbero poi essere ulteriormente approfondite le ragioni di un siffatto difetto di consapevolezza in capo al professionista, potendo essa derivare (i) da un difetto di conoscibilità/riconoscibilità delle *red flags* (il che escluderebbe ogni profilo di addebito, anche solo colposo, in capo al professionista) o (ii) da un difetto di diligenza o perizia (forse anche di prudenza) nell'esecuzione della prestazione tecnica.

Nel caso formulato *sub* α) saremmo invece dinanzi ad un'ipotesi di consapevolezza del proposito illecito dell'assistito (in termini di alta probabilità o al massimo nei termini sopra detti di incertezza “predittiva”).

Essenziale si rivelerebbe dunque, in tale ultimo plesso di ipotesi, condurre un'analisi penetrante che passi dal piano rappresentativo a quello volitivo (*sub* b2).

Il professionista, che (nell'ipotesi) avrebbe dunque colto il proposito illecito dell'assistito (con tutte le dette sfumature di intensità), potrebbe infatti *intendere*:

¹⁴⁷ Cfr. D. BRUNELLI, *Appunti sul dolo diseguale, tra “dubbio conoscitivo” e “dubbio predittivo”*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, 207 ss.

¹⁴⁸ *Ibidem*, 220-221.

1. formulare il parere specificando, a fini dissuasivi, le condotte illecite da evitare; condotte che nondimeno, poi, il cliente terrà;
2. formulare il parere in maniera del tutto neutra, esplicitando condotte lecite e illecite e le differenze tra le une e le altre, esponendo i rischi derivanti dalle condotte illecite; il cliente sceglierà poi autonomamente le vie illecite;
3. formulare il parere decidendo deliberatamente di agevolare il proposito fraudolento del cliente mediante un'indicazione funzionale alla realizzazione di un costrutto rappresentatosi come illecito che il cliente poi attuerà;
4. formulare il parere ritenendo di aver suggerito al cliente delle alternative lecite, cadendo in errore su talune circostanze concrete o su talune valutazioni tecniche circa le proiezioni economiche delle operazioni consigliate, che il cliente poi realizzerà.

Orbene, quelle così enucleate sono solo alcune delle ipotesi formulabili, ma già così rapidamente stilate (senza ancora una razionalizzazione funzionale ad un inquadramento in una sistematica compiutamente delineata), permettono di accedere a ben diverse conclusioni: se il caso *sub* n. 3 rappresenta il paradigma di un concorso punibile, in quanto espressione di una *finalità* che connota il consulto in direzione finalisticamente e causalmente convergente verso la realizzazione dell'offesa tipica, l'ipotesi n. 1 è caratterizzata da una volontà che va in direzione opposta rispetto a quella di partecipazione e che si manifesta, dunque, incompatibile con il concorso doloso nel reato del cliente. L'ipotesi n. 2, d'altro canto, presenta delle peculiarità che andrebbero singolarmente indagate, sia sotto il profilo del dolo eventuale, sia sotto il profilo della rilevanza deontologica della propria condotta.

L'ipotesi n. 4 rappresenterebbe infine una fattispecie di matrice colposa, magari passibile di censura per errore professionale (potenzialmente dovuto, volendo impiegare moduli di imputazione soggettiva inediti in questo settore, a imperizia), ma non ancora un'ipotesi di deliberata compartecipazione criminosa.

Del resto, il consiglio legale – ove non soggettivamente caratterizzato e ove non prestato in violazione dei canoni deontologici¹⁴⁹ – nasce neutro e deve essere curvato finalisticamente per presentare una caratura valoriale capace di giustificarne la meritevolezza di pena.

Certamente non sfuggono, alla ricostruzione qui riassunta, le problematiche di ordine probatorio, ma, come è stato ben posto in evidenza da un'opzione interpretativa con essa convergente, le «difficoltà probatorie non devono mai giustificare il ricorso a teorie meno garantiste, soltanto perché di più agevole applicazione. Piuttosto vale la pena rischiare l'assoluzione di un malvivente che la condanna di un innocente»¹⁵⁰.

¹⁴⁹ L'incidenza delle violazioni deontologiche sul carattere "neutrale" del consiglio tecnico e sulla conseguente configurazione della fattispecie concorsuale rappresenta, infatti, un'ulteriore linea di approfondimento tematico – che ci si propone di seguire in approfondimenti futuri – sulla quale si vedano le considerazioni di E. BASILE, *Consiglio tecnico*, cit., 164 ss.

¹⁵⁰ M. HELFER, *La complicità*, cit., 127.

Non resta allora che porsi alla ricerca di ulteriori approdi, sviluppando le direttrici sopra proposte.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**