

Documento consegnato in sede di audizione della Commissione Politiche dell'Unione europea del Senato della Repubblica dal Procuratore generale presso la Corte Suprema di Cassazione, Giovanni Salvi, dall'Avvocato generale Pietro Gaeta e dal Procuratore generale Pasquale Fimiani il 18 maggio 2021.

Roma, 18 maggio 2021

Queste osservazioni sono state elaborate dai magistrati che compongono i gruppi di lavoro specializzati della Procura generale e sono necessariamente sommarie, visto il breve tempo a disposizione dal momento della richiesta di audizione. Ci auguriamo che ciò nonostante esse possano essere utili per il lavoro della Commissione e siamo disponibili ad eventuali ulteriori approfondimenti, ove necessario.

1. CRIMINALITÀ INFORMATICA – art. 16

L'art. 16 del disegno di legge A.S. 2169, introdotto nel corso dell'esame alla Camera, intende modificare gli artt. 615 *quater*, 615 *quinquies*, 617, 617 *bis*, 617 *quater* e 617 *quinquies* cod. pen., in tema di criminalità informatica, per dare risposta alla procedura di infrazione n. 2019/2033, con la quale la Commissione europea ha contestato all'Italia il non corretto recepimento della Direttiva 2013/40/UE, relativa agli attacchi contro i sistemi informatici.

La Commissione europea aveva ritenuto che l'Italia non avesse correttamente recepito i alcuni articoli (principi) della direttiva 2013/40/UE e precisamente: l'**art. 7**, che impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché **la fabbricazione, la vendita, l'approvvigionamento per l'uso, l'importazione, la distribuzione o la messa a disposizione in altro modo intenzionali di determinati strumenti (programmi per computer o password o codici d'accesso o simili)**, con l'intenzione di utilizzarli per commettere un reato di accesso illecito a sistemi di informazione, interferenza illecita in un sistema o a dati, **intercettazione illecita**, siano **punibili come reato**, almeno per i casi che non sono di minore gravità; l'**art. 9, par. 2**, che

impone agli Stati di prevedere, per i reati di accesso illecito a sistemi di informazione; interferenza illecita relativamente ai sistemi; interferenza illecita relativamente ai dati; intercettazione illecita; messa a disposizione di strumenti utilizzati per commettere tali reati), una **pena detentiva massima non inferiore a 2 anni**, almeno per i casi che non sono di minore gravità; l'**art. 12, par. 1, lett. b)**, che impone agli Stati di **affermare la propria giurisdizione** relativamente ai reati di cui agli articoli da 3 a 8 della direttiva (accesso illecito a sistemi di informazione; interferenza illecita relativamente ai sistemi; interferenza illecita relativamente ai dati; intercettazione illecita; messa a disposizione di strumenti utilizzati per commettere tali reati e connesse ipotesi di istigazione, favoreggiamento, concorso e tentativo), quando il reato sia commesso da un loro cittadino.

A questi rilievi, l'**art. 16 del disegno di legge** del provvedimento in esame risponde apportando **modifiche** agli artt. 615 quater, 615 *quinquies*, 617, 617 *bis*, 617 quater e 617 *quinquies* cod. pen.

È da considerarsi positivo il primo intervento modificativo che riguarda l'art. 615 *quater* (art. 16, comma 1, lett. a) del disegno di legge) e che mira ad estenderne il campo d'applicazione alle condotte di **"installazione di apparati o strumenti, parti di apparati o di strumenti"** che siano **"idonei all'accesso ad un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza"**.

In sostanza, l'oggetto materiale della condotta, che deve comunque essere tenuta "abusivamente", è esteso dalla previsione attuale di "codici", "parole chiave" e "mezzi idonei" ad **"apparati"** e **"strumenti"**, alludendo, verosimilmente, ad **un complesso dei congegni**, anche fisici, che servono ad accedere abusivamente al sistema informatico. Per la verità, si tratta di una modifica meramente chiarificatrice. Infatti, essa mira a adeguare la norma penale all'art. 7 della Direttiva 2013/40/UE che fa riferimento sia nella rubrica, sia nel testo agli **"strumenti"**. Nello stesso articolo della Direttiva, però, è specificato che tali **"strumenti"** consistono in **"programma per computer"** oppure in **"password"**, **"codice d'accesso"** o **"dati simili"**: in questa prospettiva, sembrerebbe che l'art. 615 *quater* cod. pen. già fosse

pienamente rispondente alle indicazioni europee. In sintesi, l'inserimento del riferimento agli "strumenti" o "apparati", per un verso non parrebbe necessitato dall'art. 7 della Direttiva; per altro verso, l'incriminazione di simili mezzi ("*apparati*" o "*strumenti*"), già sembrerebbe contemplato dalla attuale formulazione dell'art. 615-*quater* cod. pen. Comunque, *quod abundat non vitiat*, specie allorquando si tratta di norme di incriminazione penale.

Comunque positivo è poi l'ampliamento (art. 16, comma 1, lett. a) **delle condotte incriminate ricomprendendo tra esse quelle di "detenzione", di "produzione", di "messa a disposizione di altri", "di installazione"**, modifica che appare in grado di assicurare un più puntuale adeguamento all'art. 7 della Direttiva citata, che effettivamente indica agli Stati membri di incriminare "la fabbricazione", "l'importazione" e "la messa a disposizione" di strumenti idonei al compimento di reati informatici.

Appare opportuno segnalare un profilo critico quanto all'adeguamento del diritto nazionale alla Direttiva dell'UE che pare permanere anche dopo la modifica che si propone dell'art. 615 *quater*, comma primo, cod. pen., peraltro segnalato dalla dottrina.

Per la configurazione del reato nella formulazione attualmente vigente, ma anche in quella che risulterebbe dall'approvazione della riforma della norma, come è stato illustrato, è richiesto il dolo specifico di trarre profitto o di arrecare un danno.

L'art. 7 della Direttiva 2013/40/UE, invece, richiede l'incriminazione di condotte "intenzionali", così permettendo di riferirsi al dolo "specifico" per selezionare l'area dei comportamenti penalmente rilevanti. Tali condotte, però, devono essere compiute "*con l'intenzione di utilizzarli* (gli strumenti che permettono di compiere reati informatici o di accedere in tutto o in parte ad un sistema informatico, n.d.r.) *al fine di commettere uno dei reati di cui agli articoli da 3 a 6*" della medesima direttiva.

Il profilo soggettivo del reato cui fa riferimento la Direttiva europea pare sensibilmente diverso e più ampio rispetto a quello descritto dalla norma incriminatrice nazionale.

L'art. 16, comma 2, lett. a) del disegno di legge mira ad ampliare il novero delle condotte punite dall'art. 615 *quinquies* cod. pen., estendendole a quelle di **detenzione**, di **installazione** e di **messa a disposizione in qualsiasi modo** di apparecchiature, dispositivi e programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico.

L'inserimento dell'installazione, nel novero delle condotte punite, sembra opportuna perché aggiungerebbe una tipica azione di coloro che si occupano di programmi informatici (forse già compresa nelle condotte tipizzate dalla norma vigente, come la "diffusione" o la "messa a disposizione").

Del pari, sembra opportuna la proposta di aggiungere l'espressione "*in altro modo*" alla messa a disposizione degli apparecchi, programmi e dispositivi idonei a danneggiare sistemi informatici, perché si introdurrebbe una sorta di clausola generale in grado di permettere l'incriminazione di comportamenti resi possibili dal progresso tecnologico e quindi ancora non descrivibili nel contenuto.

Lo stesso art. 16, comma 2, lett. a) del disegno di legge, poi, è volto a prevedere che le condotte incriminate, come dapprima descritte, debbano essere tenute "**abusivamente**".

Con questa locuzione, non si intende di richiamare il giudice a valutare l'eventuale presenza di giustificazione, ma piuttosto si vuole selezionare l'area dei comportamenti penalmente rilevanti da quelli non punibili già sul piano dell'elemento oggettivo del reato. Il fatto tipico, in questa prospettiva, è integrato da condotte abusive in quanto contrarie alle norme extra-penali che disciplinano l'attività dei soggetti che operano nel settore informatico.

La modifica che si propone di attuare pare attuare con maggiore puntualità la previsione dell'art. 4 e 5 della Direttiva 2013/40/UE.

Una riflessione meritano poi due questioni.

La prima è la modifica – nel senso dell'inasprimento sanzionatorio – dell'art. 617 cod. pen.

Il disegno di legge in esame propone di lasciare inalterato nel suo contenuto l'art. 617 cod. pen., ma intende aumentare le pene edittali previste per i reati ivi disciplinati.

In particolare, si vuole elevare a tre anni il minimo edittale per l'ipotesi aggravata di cognizione, interruzione o impedimento illeciti di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche aggravate, e a innalzare anche a un anno e sei mesi il minimo per la fattispecie base.

Ma occorre segnalare che la rivelazione del contenuto di conversazioni o comunicazioni compiuta "*mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico*" è incriminata dall'art. 617 cod. pen. purché non integri "un più grave reato".

Tale previsione, pertanto, suggerisce di valutare con attenzione il tema del concorso di reati.

Sulla base delle norme vigenti, per esempio, rispetto al reato di cui all'art. 617, comma secondo e terzo, cod. pen. è più grave il delitto di rivelazione di segreti d'ufficio di cui all'art. 326, comma terzo, cod. pen., configurabile anche qualora il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie di ufficio (tra cui, ad esempio, anche i risultati di intercettazioni di comunicazioni), le quali debbano rimanere segrete.

Nel caso in cui si modificasse nel senso proposto la pena prevista dall'art. 617, comma terzo, cod. pen., la predetta rivelazione del contenuto di comunicazioni e conversazioni (anche del risultato di intercettazioni) sarebbe più gravemente punita dalla fattispecie penale in commento (da tre a otto anni a fronte di anni da due a cinque) rispetto a quanto stabilito dall'art. 326, comma terzo, cod. pen., per la divulgazione, compiuta per fine di profitto patrimoniale, di comunicazioni intercettate, per giunta coperte da segreto istruttorio.

Sul punto, peraltro, come è noto, ai fini della preclusione connessa al principio del "*ne bis in idem*", e dunque del concorso di reati, l'identità del fatto sussiste solo quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella

configurazione del reato, da considerare in tutti i suoi elementi costitutivi sulla base della triade condotta-nesso causale-evento, non essendo sufficiente la generica identità della sola condotta.

La seconda questione oggetto di riflessione riguarda la soglia della tutela penale.

Il disegno di legge vuole anche estendere il campo d'applicazione dell'art. 617 *bis* cod. pen., ricomprendendovi pure la condotta di detenzione di apparecchiature atte ad intercettare, oltre a quelle di procurarsi, di produrre, di riprodurre, di diffondere, di importare, di comunicare, di consegnare e di mettere “*in altro modo*” a disposizione di altri.

Questa parte della riformulazione dell'art. 617 *bis* cod. pen. mira ad assicurare una migliore attuazione dell'art. 7 della Direttiva europea, allargando l'area operativa della fattispecie attualmente circoscritta alla mera installazione di apparecchiature atte ad intercettare.

Essa, peraltro, determina una ulteriore anticipazione la soglia di tutela penale, le cui implicazioni vanno opportunamente vagliate.

In particolare, potrebbe rivelarsi difficile distinguere la “*produzione*” o la “*detenzione*” di apparecchi idonei ad intercettare, interrompere o impedire le comunicazioni o conversazioni “consentita dalla legge” da quella penalmente rilevante. Non che un grande aiuto in tal senso, nella prospettiva di selezionare le condotte punibili, possa venire dalla necessità di riscontrare la sussistenza del dolo specifico.

Ove fosse modificata nel senso richiesto, d'altra parte, la norma, punirebbe la mera detenzione di strumenti idonei ad intercettare comunicazioni o conversazioni “*tra altre persone*”, ormai comune grazie allo sviluppo tecnologico del settore, che parrebbe difficilmente distinguibile dalla detenzione di analoghi dispositivi per registrare le comunicazioni o conversazioni a cui lo stesso detentore prende parte, che sembra ancora lecita.

Il disegno di legge, poi, in esame mira ad ampliare il novero delle condotte punibili dall'art. 617 *quinqüies* cod. pen.

Alla condotta attualmente prevista della “*installazione*” di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni

relative ad un sistema informatico o telematico ovvero intercorrenti tra più sistemi si vuole aggiungere quelle di procurarsi, di detenere, di produrre, di riprodurre, di diffondere, di importare, di comunicare, di consegnare o di mettere in altro modo a disposizione tali strumenti.

Questa parte della riformulazione dell'art. 617 *quinquies* cod. pen. tende ad assicurare una migliore attuazione dell'art. 7 della Direttiva europea, allargando l'area operativa della fattispecie adesso circoscritta alla mera installazione di apparecchiature atte ad intercettare.

Essa, peraltro, determina anche in questo caso un'ulteriore anticipazione la soglia di tutela penale, le cui implicazioni vanno opportunamente vagliate.

In particolare, potrebbe rivelarsi difficile distinguere la "produzione" o la "detenzione" di apparecchi per intercettare, interrompere o impedire comunicazioni informatiche o telematiche "*consentita dalla legge*" da quella penalmente rilevante.

2. MODIFICHE IN TEMA DI SFRUTTAMENTO E VIOLENZA SESSUALE IN DANNO DI MINORI – art. 17

L'art. 17 del disegno di legge A.S. 2169, introdotto nel corso dell'esame alla Camera, mira a modificare alcune disposizioni del **codice penale** introducendo nuove fattispecie delittuose e riformulando le aggravanti dei delitti di **sfruttamento sessuale dei minori e di violenza sessuale in danno dei minori** in modo da dare seguito, almeno in parte, alla **procedura EU-Pilot n. 2018/9373** e alla **procedura di infrazione n. 2018/2335**, con le quali la Commissione europea ha contestato all'Italia il non corretto recepimento della **Direttiva 2011/93/UE**, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.

La Commissione europea ha avviato due distinte procedure, ritenendo che il quadro normativo nazionale non sia pienamente conforme alla Direttiva 2011/93/UE. Si tratta, in particolare,

- della procedura EU-Pilot n. 2018/9373, con la quale è stato chiesto al Governo di rispondere a specifiche quesiti sullo stato di attuazione della Direttiva e che, dunque, configura una istruttoria ancora in corso;
- della procedura di infrazione 2018/2335, con la quale il Governo è stato messo in mora sul mancato recepimento di specifiche disposizioni della Direttiva.

Con la prima procedura, in particolare, la Commissione ha richiesto all'Italia chiarimenti sulla conformità della legislazione italiana in merito ad alcune prescrizioni della Direttiva (segnatamente, quelle cui all'art. 5, par. 3), in merito alla possibilità di qualificare come reato la visione di immagini di minori online mediante l'accesso a siti pedopornografici, senza scaricarne il contenuto, in quanto tale condotta, non comportando l'atto di procurarsi o detenere materiale pedopornografico, non sembrerebbe poter essere punita per questo reato.

La procedura di infrazione 2018/2335, invece, ha riguardato il non corretto recepimento nell'ordinamento nazionale dei seguenti articoli della Direttiva [di seguito quelli maggiormente significativi: art. 2, lett. c), punto iii), relativo alla inclusione nella definizione di materiale pedopornografico del materiale che ritrae visivamente una persona che sembra un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati, oppure la rappresentazione per scopi prevalentemente sessuali degli organi sessuali di una persona che sembra un minore; l'art. 9, lett. f), che richiede che sia considerata come circostanza aggravante l'aver messo in pericolo, deliberatamente o per negligenza, la vita del minore; l'art. 15, par. 1 e 2, relativi alle condizioni di procedibilità dei reati di pedopornografia; l'art. 18, par. 3, relativo all'assistenza, al sostegno e alla protezione delle vittime minorenni, anche in caso di dubbio circa la minore età; l'art. 20, par. 3, lett. e), relativo alle modalità di assunzione della testimonianza del minore nel processo penale].

È opportuno segnalare che, per quanto riguarda quest'ultima procedura di infrazione (2018/2335), parte delle censure mosse all'Italia hanno già trovato un seguito nella legge n. 69 del 2019 (c.d. Codice Rosso).

La legge n. 69/2019, infatti, è intervenuta in particolare sulle condizioni di procedibilità dei reati di pedopornografia (v. art. 15, par. 1 e 2, della Direttiva) e sulle modalità di assunzione della testimonianza del minore nel processo penale (v. art. 20, par. 3, lett. e) della Direttiva). Si è eliminata infatti (art. 609 *septies* cod. pen.) la previsione della procedibilità a querela degli atti sessuali con minorenni di cui all'art. 609 *quater* cod. pen. ed è stato così superato, come auspicato da dottrina e giurisprudenza, un profilo di irragionevolezza della previgente disposizione che presentava, per la sua formulazione, dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza presidiato dall'art. 3 Cost. Inoltre, sempre la legge n. 69 del 2019 (art. 14) ha modificato l'art. 190 *bis*, comma 1 *bis*, cod. proc. pen., e ha esteso a tutti i minori (e non solo, come in precedenza, agli infra-sedicenni) la disposizione che consente di ripetere l'esame probatorio solo se attinente a fatti o circostanze diversi da quelli che hanno già costituito oggetto di precedenti dichiarazioni.

Accanto a quanto è già stato fatto, l'odierno testo di cui all'art. 17 pare una buona soluzione per le modifiche ancora necessaria al fine di evitare le procedure di infrazione citate.

Il punto problematico è che restano estranei all'intervento riformatore le questioni, pure prospettate nelle procedure di infrazione dapprima citate, relative alla definizione di materiale pedopornografico, all'introduzione di ulteriori misure interdittive a carico del responsabile dei reati di pedopornografia, al sequestro e alla confisca degli strumenti con i quali sono stati commessi i reati e alla tutela della vittima in caso di dubbio sull'età, anche al di fuori del processo penale.

Congruo l'intervento dell'art. 17, comma 1, lett. a), del disegno di legge A.S. 2169 sull'art. 600 *quater* cod. pen. che incrimina il delitto di detenzione di materiale pornografico.

L'intervento riformatore inserisce infatti una nuova fattispecie delittuosa con la quale si punisce con la reclusione fino a 2 anni e con la multa non inferiore a euro 1.000, la condotta di chiunque accede intenzionalmente e senza giustificato motivo a materiale pornografico realizzato utilizzando

minori degli anni 18, mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione.

Questa nuova disposizione pare rivolta a punire la mera visione di immagini di minori *online*, compiuta accedendo a siti pedopornografici, senza scaricarne il contenuto.

Si tratterebbe, infatti, di una fattispecie sussidiaria che troverebbe applicazione “*fuori dai casi di detenzione di materiale pornografico*”.

La novella mira a dare attuazione a quanto previsto dall'articolo 5, par. 3 della direttiva 2011/93/UE che prevede che gli Stati membri adottino le misure necessarie affinché sia punito con una pena detentiva massima di almeno un anno “*l'accesso consapevole, a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, a materiale pedopornografico*”. L'espressione “*si procura materiale pornografico*” contenuta nell'art. 600 *quater* cod. pen. non sembra sia stata interpretata dal diritto vivente nel senso di comprendere il mero accesso consapevole a materiale pedopornografico, senza che, in esito a tale accesso, il materiale sia stato scaricato e, quindi, detenuto.

In questa prospettiva, la nuova fattispecie potrebbe essere valutata con favore, venendo a completare, secondo le indicazioni europee, l'incriminazione della domanda di materiale pedo-pornografico.

Tra l'altro, il presupposto secondo cui l'accesso deve avvenire “senza giustificato motivo”, unitamente all'elemento soggettivo (“intenzionalmente”) pare in grado di permettere di distinguere la visione inconsapevole di tali contenuti, che purtroppo è possibile “navigando” in rete e che non sarebbe punita, da quella penalmente rilevante.

Positiva la valutazione anche dell'intervento riformatore circa le circostanze aggravanti.

L'art. 17, comma 1, lett. b) e lett. c), del disegno di legge si intende inserire nell'art. 602 *ter*, comma ottavo, cod. pen. una nuova circostanza aggravante (lettera c) *bis*), in relazione ai reati di sfruttamento sessuale dei minori di cui agli artt. 600 *bis* (prostituzione minorile), 600 *ter* (pornografia minorile), 600 *quater* (detenzione e accesso a materiale pornografico), 600

quater.1 (pornografia virtuale) e 600 *quinquies* (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile) cod. pen., nonché per l'ipotesi di violenza sessuale, che consiste nella circostanza che dal fatto derivi pericolo di vita del minore.

La modifica, pertanto, è volta ad attuare quanto previsto nell'art. 9, lettera f) della Direttiva 2011/92/UE il quale prevede che gli Stati membri adottino le misure necessarie affinché sia considerata quale aggravante con riferimento ai reati sessuali su minori (specificamente indicati negli articoli da 3 a 7 della direttiva stessa) la circostanza per la quale *“l'autore del reato, deliberatamente o per negligenza, ha messo in pericolo la vita del minore”*.

La nuova norma pare completare la tutela del minore-vittima di tali reati, soprattutto nei casi in cui il pericolo per la vita sia stato determinato con condotte colpose (*“per negligenza”*).

Va salutata positivamente la modifica – ad opera dell'art. 17, comma 1, lett. d), del disegno di legge A.S. 2169 – sull'art. 609 *quater* cod. pen. che incrimina il delitto di atti sessuali con minorenne, con l'inserimento di un'ulteriore fattispecie con la quale si punisce con la reclusione fino a 4 anni chiunque compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni 14, abusando della fiducia riscossa presso il minore o dell'autorità o dell'influenza esercitata sullo stesso in ragione della propria qualità o dell'ufficio ricoperto o delle relazioni familiari, domestiche, lavorative, di coabitazione o di ospitalità.

Va ricordato che, sul punto, la Commissione, pur rilevando che l'Italia è dotata di norme volte a punire i reati commessi da chiunque compia atti sessuali con un minore e a tal fine abusi di una posizione riconosciuta di fiducia o influenza, aveva evidenziato che tale normativa non comprenderebbe le situazioni di abuso di fiducia o influenza (in cui le persone coinvolte abusano di un rapporto di fiducia instauratosi con il minore tramite un'autorità naturale, sociale o religiosa che permette di controllare, punire o premiare il minore sul piano emotivo, economico o anche fisico) diverse dai casi specificamente previsti dal codice penale, ossia quando il minore non è

affidato alla persona in questione per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia.

In questa prospettiva, la modifica viene ad ampliare l'area operativa della fattispecie penale. Infatti, la riformulazione del reato ne estenderebbe l'applicazione ai casi in cui la fiducia tra la vittima ed il reo discenda, sempre in difetto di prova della prova dell'affidamento, dall'ufficio da quest'ultimo ricoperto (forse, ad esempio, richiamando il caso trattato dalla Suprema Corte dell'azione posta in essere dal conducente dell'autobus scolastico) o dalle relazioni familiari, domestiche, lavorative tra vittima e reo.

Positive, infine, le modifiche 'minori' da un punto di vista sistematico, ma assai importanti sotto quello assiologico.

Ad esempio, molto bene sull'innovazione (art. 17, comma 1, lett. e), del disegno di legge) che incide sull'art. 609 *quinquies* cod. pen. relativo al delitto di corruzione di minorenne, con modifica volta ad integrare l'elenco delle circostanze aggravanti del reato, con l'ipotesi in cui dal fatto derivi pericolo di vita per il minore. Ovvero (art. 17, comma 1, lett. f), sulla modifica che incide sulla fattispecie delittuosa dell'adescamento di minorenni di cui all'art. 609 *undecies*, cod. pen. mirando ad ampliare, in relazione a tale fattispecie, l'elenco delle circostanze aggravanti previste.

3. L'ART. 23 DEL DDL N. 2169 (*Disposizioni sanzionatorie in materia di abusi di mercato. Procedura di infrazione n. 2019/2130*).

La disciplina dell'art. 23 del ddl n. 2169 è finalizzata ad allineare l'ordinamento nazionale alla direttiva n. 2014/57/UE e altresì a razionalizzare l'assetto sanzionatorio complessivo degli illeciti in materia di abusi di mercato di cui al d.lgs. 58/1998.

Per quanto riguarda la modifica dell'art. 182 TUF (ambito di applicazione) la modifica allinea la disciplina nazionale in termini del tutto adesivi alla direttiva abusi di mercato laddove questa non distingue tra strumenti finanziari né considera differenti sedi di negoziazione.

Nulla da rilevare in ordine a questa scelta, testualmente in linea con la direttiva citata.

Per quanto riguarda la modifica dell'art. 183 TUF la modifica non prevede le operazioni di stabilizzazione di valori mobiliari. Detta categoria di esenzioni deriva dall'art. 1 c. 3 lett. b) della direttiva citata e dall'art. 5 del Regolamento UE n. 596/2014.

L'art. 23 c. 1, lettera a) del ddl in parola aggiunge alla disciplina delle esenzioni la nuova lettera b-bis dell'art. 183 c. 1 TUF. Anche in questo caso, la disciplina che si propone costituisce testuale riproduzione della normativa eurounitaria.

Per quanto riguarda la modifica dell'art. 184 TUF, si tratta dell'intervento riformatore più significativo tra quelli apportati dal ddl in questa materia, per più di una ragione.

I. Comma 1. È sostanzialmente immutata la disciplina dell'*insider trading* primario, nella triplice modalità di:

- **trading** (lett. a) “acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi, su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime”
- **tipping** (lett. b) “comunica tali informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio o di un sondaggio di mercato effettuato ai sensi dell'articolo 11 del regolamento (UE) n. 596/2014”
- **tuyautage** (lett. c) “raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a)”.

Restano in campo tre questioni.

1) Gli spazi aperti dalla direttiva ad un regime sanzionatorio più mite per il *tipping*

La direttiva 2014/57 dedica una particolare disciplina al *tipping* rispetto alle altre due tipologie di abuso.

Il *tipping* consiste nel contegno di chi “comunica informazioni (privilegiate, n.d.t.) ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio o di un sondaggio di mercato”. Così

strutturata, la fattispecie realizza un'anticipazione di tutela in funzione marcatamente preventiva. A differenza del *trading*, il *tipping* non implica infatti l'effettuazione di una transazione di mercato condotta sfruttando l'informazione privilegiata. A differenza del *tuyautage*, il *tipping* non consiste in una raccomandazione o induzione a negoziare, laddove questa deve ritenersi più allarmante tanto che è punita anche se resa nell'ambito dell'esercizio di lavoro, professione o funzione.

In ragione di questa caratteristica del *tipping*, l'art. 4 c. 1 della direttiva raccomanda ai legislatori nazionali di perseguire penalmente questa condotta "almeno nei casi gravi e se commessa con dolo". Vale allora sottolineare che il legislatore nazionale non ha inteso raccogliere questa indicazione "mitigatrice" riguardo alla sanzione per il *tipping*.

2) La mancata disciplina della condotta definita di *insider non trading*

Non viene risolta la dubbia rilevanza penale della condotta definita di *insider non trading*. Si fa riferimento al caso di un soggetto che dispone un ordine di negoziazione quando ancora non possiede l'informazione privilegiata e – acquisitala – annulli o modifichi l'ordine impartito. La direttiva più volte citata prevede esplicitamente (art. 3 c. 4) che questa condotta sia ritenuta illecita: "È considerato abuso di informazioni privilegiate anche l'utilizzo di informazioni privilegiate tramite annullamento o modifica di un ordine concernente uno strumento finanziario al quale le informazioni si riferiscono quando tale ordine è stato inoltrato prima che la persona interessata entrasse in possesso di dette informazioni privilegiate". La dottrina (per tutti, N. Mazzacuva-E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2020, p. 361; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2020, p. 388), sulla scorta della normativa vigente, ritiene detta condotta omissiva lecita. Il legislatore nazionale farebbe bene ad allinearsi anche su questo punto alla direttiva, evitando ulteriore profilo di contrasto con la disciplina eurounitaria.

3) L'opportunità di chiarimento circa il cd. "*insider primario*" o "*insider di sé stesso*"

Si avverte una esigenza di chiarimento legislativo – anche perché sempre più spesso oggetto di critiche in punto di rispetto del principio di tipicità e di riserva di legge in sede penale, con possibile ricorso alla Corte costituzionale – a proposito del cd. “*insider* primario” o “*insider* di sé stesso”, cioè di colui che è in possesso dell’informazione privilegiata in quanto riconducibile a una decisione presa dal medesimo (ad esempio lancio di un’OPA) in considerazione della posizione qualificata nella società e in vista di operazioni di “scalata” di una società sull’altra o al fine di “*delisting*” di una società del medesimo gruppo (cioè cancellazione della società dal listino di borsa dopo la sua acquisizione): la giurisprudenza civile (Cass. civile, sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24310) e penale (Cass. penale, sez. V, 15 aprile 2021, notizia di decisione RG 27556/19) ha finora ritenuto l’integrazione del reato proprio in relazione alla peculiarità della finalità di “scalata” oppure di “*delisting*”; sarebbe però opportuno tradurre in testo normativo la soluzione giurisprudenziale – in modo da evitare possibili denunce costituzionali della violazione dei citati principi di tipicità e di riserva di legge in materia penale – specificando che l’informazione privilegiata punibile è anche quella notizia derivante da decisioni riservate assunte in funzione della qualità rivestita nell’ente ed eventualmente accogliendo le limitazioni giurisprudenziali alla loro punibilità quando caratterizzate da “finalità di scalata” o da “finalità di *delisting*”, ciò per evitare possibili ingerenze nelle decisioni strategiche d’impresa.

II. Rimane parimenti immutata la disciplina (art. 184 c. 2 TUF) che incrimina colui che commetta alcuna delle predette condotte essendo in possesso di una informazione privilegiata “a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose” (c.d. *criminal insider*).

III. Comma 3. L’*insider* secondario.

Sino ad oggi la legge italiana prevede una sanzione amministrativa pecuniaria per gli *insider* secondari (art. 187-bis TUF) ma non contempla la rilevanza penale della condotta di costoro. A meno che non sussistano gli elementi per ravvisare il concorso dell’*extraneus* (*insider* secondario) nel reato proprio dell’*insider* primario.

L'art. 184 c. 3 novellato si allinea alla legge eurounitaria e prevede che fuori dai casi di concorso nei reati di cui ai commi 1 e 2, chiunque sia in possesso di informazioni che sia consapevole abbiano carattere privilegiato e abbia acquisito questa nozione per ragioni diverse da quelle indicate nei detti commi, commette uno degli abusi di cui al comma 1.

Quanto alla pena, va detto che il legislatore nazionale considera l'*insider* secondario autore di una condotta avente più blando disvalore rispetto a quella del primario. Come emerge dalla relazione che accompagna il ddl, l'*insider* primario utilizza informazioni privilegiate in violazione di obblighi di riservatezza professionale. L'attenuazione della sanzione (reclusione da un anno e sei mesi a dieci anni, multa da ventimila a due milioni e cinquecentomila euro) è comunque calibrata perché l'effetto della condotta (tanto propria dell'*insider* primario quanto del secondario) è la medesima in termini di messa in pericolo della integrità dei mercati finanziari.

Richiamando infine quanto si è rilevato a proposito della minor gravità della condotta di *tipping*, va qui ribadito che questa condotta potrebbe essere meno gravemente sanzionata anche laddove consumata dall'*insider* secondario.

Nessuna osservazione per quanto riguarda le modifiche dell'articolo 185 TUF, in tema di manipolazioni di mercato, in cui si prevede l'abrogazione del comma 2 *bis* per portare nel campo dei delitti le violazioni riguardanti strumenti scambiati su MTF, OTF, OTC, derivati e quote di emissioni (fino ad ora punite con una contravvenzione).

La confisca (art. 187)

Materia che riguarda tutti gli abusi di mercato è quella sulla quale interviene l'art. 23 c. 1 lett. e) del ddl in parola novella l'art. 187 c. 1 TUF vigente in materia di confisca. La norma attuale prevede che *“In caso di condanna per uno dei reati previsti dal presente capo è disposta la confisca*

del prodotto o del profitto conseguito dal reato e dei beni utilizzati per commetterlo". La norma novellata dispone che *"In caso di condanna per uno dei reati previsti dal presente capo è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto"*.

La relazione che accompagna lo schema di ddl chiarisce la scelta di siffatta modificata disciplina, tesa a circoscrivere l'ambito applicativo al solo profitto del reato e non anche al prodotto e ai mezzi utilizzati per commetterlo.

Gli argomenti possono essere così riassunti:

- il *prodotto* del reato di abuso di informazioni privilegiate è l'insieme degli strumenti acquistati, ovvero l'intera somma ricavata dalla loro vendita (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 6 aprile 2018, n. 8590);
- il *profitto* è invece l'utilità economica conseguita mediante la commissione dell'illecito e consiste dunque nel risultato economico dell'operazione calcolato sottraendo al valore degli strumenti finanziari acquistati il costo effettivamente sostenuto dall'autore per compiere l'operazione, così da quantificare l'effettivo guadagno ovvero il risparmio di spesa che l'agente abbia tratto dall'operazione;
- i *beni utilizzati* per commettere l'illecito sono rappresentati, dalle somme di denaro investite nella transazione ovvero dagli strumenti finanziari alienati;
- mentre l'*ablazione* del profitto ha una mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale dell'abusatore, la confisca del prodotto così come quella dei beni utilizzati si traduce in misure sostanzialmente punitive dal momento che appare immediatamente percepibile la sproporzione di una misura che potrebbe riguardare risorse ingenti a fronte di benefici patrimoniali minimi per il trasgressore, in violazione dei canoni di proporzionalità e adeguatezza che, secondo i principi costituzionali e i criteri cui si informa la stessa direttiva, debbono informare l'assetto sanzionatorio penale.

La scelta perseguita dalla “legge europea” si muove in consonanza con la sentenza della Corte Costituzionale n. 112 del 2019. Questa decisione, resa a proposito della norma che disciplina la confisca amministrativa, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 187-sexies TUF, anche «nella versione risultante dalle modifiche apportate dall’art. 4, comma 14, del decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107, recante «Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE e le direttive 2003/124/UE, 2003/125/CE e 2004/72/CE», nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell’illecito, e non del solo profitto». La Consulta ha ritenuto che la confisca del prodotto violi il canone di proporzionalità.

Non ci sono ragioni per ritenere una diversa connotazione della confisca in ambito penale. La novella sana tale asimmetria (difficilmente giustificabile sul piano sistematico) e garantisce la conformità della disciplina ablatoria penale ai principi costituzionali e europei di proporzionalità e adeguatezza.

L’eliminazione della confiscabilità del prodotto va però coordinata con la persistente previsione del riferimento nel comma 4 dell’art. 184 TUF all’entità del prodotto (oltre che del profitto) conseguito quale parametro per l’aumento della multa.

Restano alcune questioni di carattere generale, concernenti la permanenza del doppio binario sanzionatorio, in quanto non si prevede la modifica dell’art. 187 *bis* e 187 *ter* TUF che prevedono rispettivamente sanzioni amministrative per “l’abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate” e per la “manipolazione del mercato” (entrambe le norme recano l’*incipit* “Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato”). La questione ha aspetti di delicatezza con riferimento alle incertezze applicative in concreto della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul *ne bis in idem* sostanziale.

Documento consegnato in sede di audizione della Commissione Politiche dell'Unione europea del Senato della Repubblica dal Procuratore generale presso la Corte Suprema di Cassazione, Giovanni Salvi, dall'Avvocato generale Pietro Gaeta e dal Procuratore generale Pasquale Fimiani il 18 maggio 2021.