

CONFIGURAZIONE GIURIDICA DELLA VENDITA DI SMART BOX NELLA  
PROSPETTIVA PENALISTICA DEI REATI CONTRO IL PATRIMONIO E IL  
COMMERCIO\*

Italo Iovine\*\*

SOMMARIO: 1. – Premessa: diritto penale e diritto civile. Due facce di una medaglia; 2. – Il giudizio civile e l’azione penale; 3. – I “reati contratto”: definizione e tipologie; 4. – La sorte dei “reati in contratto”: nullità (virtuale) o annullabilità?; 5. – La disciplina comunitaria; 6. – Configurabilità dei reati alle nuove figure contrattuali: reato contratto anche con atto negoziale nullo/annullabile?; 7. – Analisi giuridica delle smart box nel settore turistico: Truffa e frode in commercio nelle vendite online e fisiche; 8. – La responsabilità penale nella vendita di *smart box*: sfide e prospettive normative; 9. – Profili processuali: *locus commissi delicti* delle due fattispecie di reato ed i contestuali “giudici competenti”.

**1. – Premessa: diritto penale e diritto civile. Due facce di una medaglia.**

Sin dagli inizi del nostro ordinamento giuridico (ma lo si può affermare per la maggior parte degli ordinamenti) il diritto penale è stato concettualmente separato e distinto dal diritto civile; la sua funzione, le sue caratteristiche e la sua modalità di intervento nella vita dei cittadini sono differenti. Si pensi al sol fatto che gli illeciti penali sono tassativamente previsti sia nella loro tipologia che nei loro elementi costitutivi<sup>1</sup>, mentre l’illecito civile è disciplinato nelle forme più generiche (*ex* articolo 2043 c.c.)<sup>2</sup>. Tale strutturale differenza è giustificata da vari elementi. Il diritto penale prevede forme di intervento nella sfera giuridica dei destinatari decisamente penetranti che impattano sia con la libertà personale che con i diritti reali<sup>3</sup>. Esso persegue, inoltre, finalità di pubblico interesse, di repressione di condotte illecite che ledano la pace

---

\* Si tratta del testo dell’intervento tenuto nel corso del seminario “*Interazioni - Seminari di istituzioni di diritto e procedura penale*”, tenuto il 26 aprile 2023, aula Scarano, Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi Salerno.

\*\* Avvocato abilitato al patrocinio forense.

<sup>1</sup> Articolo 199 c.p. e art. 25 Cost. In dottrina M. Boscarelli, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo 1955, 90ss.; G. Contento, *Corso di diritto penale*, Bari 1992, 53ss.; F. Ramacci, *Introduzione all’analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano 1970.

<sup>2</sup> L’articolo 2043 c.c., infatti, espressamente recita: «Qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, in *Fonti e interpretazione*, Napoli 2020, 357 e 358.

<sup>3</sup> Si pensi al sequestro ed alla confisca di beni di proprietà, alla limitazione della libertà personale, ipotesi in cui incidono in maniera decisamente profonda sui diritti costituzionali e fondamentali dell’individuo.

sociale e la civile convivenza tra i cittadini. Perseguendo il reato non si tutela solo la vittima del reato, ma si realizza una reazione statale e pubblica alla violazione del patto sociale rappresentato dal pacifico e civile convivere tra le persone. La tutela penale, quindi, persegue tre fondamentali finalità:

- 1 la repressione dell'illecito penale,
1. la prevenzione generale dalla realizzazione di altri illeciti,
2. la rieducazione del reo.

Il diritto civile, al contrario, nella sua esplicazione pratica, mira alla composizione di controversie e di interessi meramente privati, dove le posizioni giuridiche attinte dall'intervento giudiziale sono di mera pertinenza privata. Infatti, in sede civilistica, la conseguenza diretta di un illecito è il riconoscimento al danneggiato del diritto ad essere risarcito, sancito dall'articolo 2043 c.c. il quale presenta una finalità riparatoria, risarcitoria e non retributiva<sup>4</sup>. Ciò non esclude che anche nella normativa civile esista una finalità pubblica<sup>5</sup>.

Questa ontologica differenza, sommariamente descritta, rimarca ancora di più la stretta relazione tra i due campi del diritto: spesso il legislatore penale rimanda alla normativa civilistica per la definizione di elementi del reato, oppure utilizza l'interpretazione analogica (nei limiti consentiti dall'ordinamento) per integrare la normativa penale. L'applicazione e l'utilizzo nel nostro sistema penale delle c.d. "clausole generali", codificate nel diritto civile, ha da sempre suscitato notevole perplessità in dottrina<sup>6</sup>, soprattutto se applicate alla parte speciale del codice penale, proprio per la possibile indeterminatezza normativa che esse possono produrre. Per "clausole generali" si intendono quelle tipiche del diritto civile: correttezza, buona fede, equità, diligenza del buon padre di famiglia, normale diligenza, diligenza ordinaria, colpa grave, ingiustizia del danno, ordine pubblico, buon costume, normale tollerabilità, a regola d'arte, gravi motivi, giusta causa.

---

<sup>4</sup> G. Visintini, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli 2009, 11ss.

<sup>5</sup> Si pensi alla normativa delle assicurazioni o a quella bancaria o ancora alla normativa di tutela del risparmio. Peraltro, anche la reazione statale ha finalità differenti: nel sistema penale essa mira o alla repressione/prevenzione dei reati o alla rieducazione del reo, mentre nel sistema civile la reazione statale mira a garantire la difesa di interessi privati dei cittadini. L. V. Moscarini, *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile (2001-2008)*, Milano 2008, e peraltro in dottrina il dibattito sulla distinzione diritto pubblico/privato è divenuto oggi di notevole trattazione, proprio nel momento in cui i confini tra i due sistemi sono assai labili e poco definiti; v. i saggi del seminario "*Il grande abisso fra diritto pubblico e privato. La comparazione giuridica e la contrazione dello Stato*", in *Nomos*, 2000, 65ss.; peraltro Hans Kelsen aveva notato che una differenza tra diritto pubblico e quello privato non potesse essere ravvisata né nella modalità di formulazione della norma, né nella reazione statale alla violazione di essa, H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad.it., Torino 1966, 311ss.

<sup>6</sup> G. Contenta, *Clausole generali e regole di interpretazione come "principi di codificazione"*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova 1995, 109ss.

Una tale applicazione è stata comunque ritenuta applicabile nel diritto penale, anche alla luce della considerazione dottrinale che il principio di tassatività previsto dall'articolo 25 Cost. non doveva intendersi come regola di formulazione, ma come principio direttivo generale al quale il legislatore doveva, in maniera generica, ispirarsi<sup>7</sup>. Si assiste anche ad una disciplina civilistica avente come conseguenza pratica la creazione di nuove e distinte fattispecie penali, dove la stipulazione di un negozio giuridico bilaterale è elemento costitutivo della fattispecie penale; in tal senso si fa riferimento ai “reati-contratto”, nei quali appunto proprio la stipulazione di un negozio giuridico civilistico rappresenta la condotta tipica del reato (si pensi all'articolo 304 c.p. che punisce la cospirazione politica effettuata mediante accordo tra i soggetti). Anche nei cd. “reati in contratto” la condotta precontrattuale delle parti, cioè il loro comportamento adottato durante la fase delle trattative o dell'esecuzione dell'accordo, assume rilevanza penale per alcuni comportamenti ritenuti “illeciti penali” (come ad esempio la truffa, l'estorsione o la circonvenzione di incapace); qui non viene punito il perfezionamento di un negozio contrattuale, ma le modalità con il quale esso è stato negoziato e contrattato da una delle parti<sup>8</sup>. Inoltre negli ultimi anni, si è verificato un fenomeno intrigante: generalmente quando il legislatore introduce una normativa al fine di regolamentare un nuovo istituto o una situazione concreta (come ad esempio i contratti telematici, il commercio elettronico e la divulgazione del pensiero sui social media), si è sempre osservata la propensione ad integrare la disciplina civilistica o amministrativa con disposizioni penali al fine di potenziare l'obbligatorietà della normativa primaria e ad incrementarne l'efficacia complessiva.

## 2. – Il giudizio civile e l'azione penale.

Riprendendo quanto approfondito nel paragrafo precedente, il giudizio civile e l'azione penale sono due concetti chiave nel campo del diritto, ma differiscono notevolmente nella loro natura, nell'obiettivo e nei processi coinvolti<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> S. Moccia, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, 17ss.

<sup>8</sup> A. Nastasi, *Reato e struttura negoziale*, in *Temi di diritto penale*, in G. Santalucia (cur.), 2006, 621ss.

<sup>9</sup> Può accadere nel nostro ordinamento che un medesimo fatto (condotta commissiva od omissiva) si configuri sia come illecito penale che come illecito civile e che, quindi, sia possibile operare in entrambi gli ordinamenti. Si noti che questa fattispecie è ben nota alla giurisprudenza: i giudici infatti confermano che la revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis* (art. 2, comma 2 c.p.) - conseguente alla perdita del carattere di illecito penale del fatto - non comporta il venir meno della natura di illecito civile del medesimo fatto, con la conseguenza che la sentenza non deve essere revocata relativamente alle statuizioni civili derivanti da reato, le quali continuano a costituire fonte di obbligazioni efficaci nei confronti della parte danneggiata”. In giurisprudenza Cass. pen., Sez. V, 20/12/2005, n. 4266, in *C.E.D. Cass. pen.*, 2006, n. 233598.

Nel sistema giuridico francese era riconosciuta la preminenza del sistema penale su quello civile, per cui prima si doveva intraprendere la via giudiziale penale e poi quella civile. Secondo il sistema ordinamentale anglosassone, invece, sussisteva la piena indipendenza ed autonomia tra la via penalistica e quella civilistica, per cui il giudicato in sede penale non vincolava assolutamente il giudice civile nella propria decisione<sup>10</sup>.

Il sistema processuale penale italiano del 1930 ha seguito la via francese, prevedendo la separazione del giudicato penale da quello civile e dell'efficacia generale della sentenza penale dalla decisione del giudice civile. La finalità sottesa a tale scelta è rinvenibile nella garanzia della certezza del diritto: la volontà del legislatore, infatti, è quella di assicurare la massima certezza giuridica nei rapporti sociali e questo poteva essere conseguito solo attraverso l'unicità della decisione, dal momento che la presenza di due pronunce giudiziali, differenti sul medesimo fatto avrebbe creato la c.d. "incertezza giuridica".

Questa prospettiva rinnovava radicalmente il panorama della giurisprudenza penale, evidenziando un cambiamento fondamentale nell'approccio alla materia processuale. Storicamente, il campo penale aveva vissuto un'ombra concettuale subordinata alla dottrina processuale civile. Fin dai primi anni dell'unità d'Italia, gli studiosi avevano deciso di applicare a questa branca del diritto i principi e gli istituti elaborati dalla dottrina processuale civile, la quale aveva raggiunto livelli elevati di complessità concettuale. Si era consolidata una definizione eloquente nel dibattito dottrinale, che ritraeva la giustizia penale come la Cenerentola del sistema legale, dipendente da prestiti concettuali e istituzionali dalle altre sfere del diritto per poter operare efficacemente<sup>11</sup>. Il fondamento di tale netta preferenza della dottrina

---

<sup>10</sup> Situazione del tutto opposta del nostro sistema che era fortemente tributario delle istituzioni processuali civili, che fornivano alla procedura penale i principali fondamenti giuridici. In dottrina F. Carnelutti, *La malattia del processo penale*, in *Riv. dir. proc.* 2 (1962), il quale definisce "periodo mimetico" il processo di formazione della procedura penale, giacché «la scienza del processo penale viveva a spese della scienza del processo civile, sembrando che d'altro non vi fosse bisogno se non di applicare ai suoi fenomeni i concetti elaborati dai cultori del diritto processuale civile». Di analogo tenore, altresì, P. De Lalla, *Il concetto legislativo di azione penale*, Napoli 1966, 56; il quale considerava interi istituti mutuati fedelmente dalla materia processualcivilistica: dalla teoria del rapporto giuridico processuale a quella dei vizi degli atti processuali; in pratica si mette in risalto la fondamentale caratteristica della teoria pancivilistica e panpenalistica, ossia la considerazione secondo cui entrambe postulavano la diretta applicazione della normativa civilistica in ambito penale e la prevalenza del diritto penale su quella civile, mentre occorre valutare concretamente se la normativa penale incriminatrice postuli effettivamente la conclusione di un accordo tra le parti.

<sup>11</sup> F. Carnelutti, *Cenerentola*, in *Riv. dir. proc.* (1946) 1ss., e successivamente, in *Questioni sul processo penale*, Bologna 1950, 3ss., ricordava come la teoria del processo penale fosse ancora in una fase di «netta dipendenza dalla teoria del processo civile: dove si tenta di superare l'empirismo, servono quasi esclusivamente degli schemi importati. D'una lavorazione indigena non dico che non ci siano tracce, ma sono quasi irrilevanti; e tanto meno d'una esportazione dal campo del processo penale a quello del processo civile». Nello stesso senso, E. Florian, *L'insegnamento universitario del diritto e della procedura penale in relazione al Progetto Rocco*, in *La scuola positiva. Rivista di diritto e procedura penale* (1928) 138, si interrogava su quanto ancora la scienza processualpenalistica dovesse «continuare ad essere la Cenerentola delle nostre Facoltà universitarie».

verso i modelli della processualistica civile era basata sulla efficace opera dei giureconsulti romani, che avevano permesso di raggiungere livelli di alta trattazione scientifica, in particolare con riferimento al sistema *per tabulas*.<sup>12</sup> Tale propensione, del resto, si palesava anche dalla scelta terminologica di tale disciplina: si usava infatti il termine “procedura” per indicare una semplice ed automatica serie di atti ed azioni tassativamente indicate dalla normativa, e solo successivamente si assunse la denominazione di “diritto processuale penale”, manifestando in tal senso l’acquisita valenza e fondatezza scientifica autonoma della materia. L’interesse alla trattazione in chiave penalistica dell’illecito sia civile che penale si evinceva anche attraverso la previsione della sospensione del procedimento civile a vantaggio di quello penale<sup>13</sup>. Questo orientamento si fondava sulla preferenza del trattamento penale di un illecito, indipendentemente dalla sua natura, poiché per ragioni logiche non si poteva ammettere un giudizio divergente in merito<sup>14</sup>.

Attualmente la normativa di riferimento per il rapporto tra giurisdizione penale e civile è rappresentata dall’articolo 75 c.p.p., che annovera tre ipotesi differenti:

- 1 il danneggiato può agire nel processo civile e poi trasferire la sua istanza nel giudizio penale fino a che venga emessa la sentenza civile, anche non irrevocabile. Se si trasferisce la richiesta risarcitoria nel giudizio penale si rinuncia implicitamente a proseguire il giudizio civile;

---

<sup>12</sup> F. Carnelutti, *Profilo dei rapporti tra diritto penale e diritto civile*, in *Riv. dir. proc.* (1961) 5.

<sup>13</sup> Articolo 295 c.p.p. del codice 1930, il quale prevedeva la sospensione del processo civile qualora la determinazione penale del fatto potrebbe influenzare la decisione in sede civile; il legislatore del 1989, invece, ha assunto una posizione diametralmente opposta: ha ammesso la possibile trattazione di un medesimo fatto da parte di entrambi i giudici (civile e penale) con la possibile emissione di due sentenze opposte e divergenti. Tale posizione recepiva un costante orientamento della Corte Costituzionale, la quale aveva in più occasioni minato il principio della unicità della giurisdizione. I giudici delle leggi infatti avevano, dalla metà degli anni sessanta del secolo scorso, incominciato a porre in dubbio che la certezza del diritto era assicurata dalla preminenza del giudicato penale su quello civile, preferendo affermare che la effettività della tutela giurisdizionale era data dalla concreta possibilità di una persona di accedere alla tutela dei suoi diritti e a tutte le controparti di poter intervenire nel processo, senza che soggetti non intervenienti nel processo senza colpa dovessero subire le conseguenze giuridiche di esso. In giurisprudenza Corte Cost., 22/03/1971, n. 55, in *Giur. cost.*, Milano 1971, 573. Analogamente vedasi anche Corte Cost., 19/02/1965, n. 5, in *Giur. cost.*, Milano 1965, 37. Si noti che tale orientamento tendente ad assicurare la effettiva partecipazione della parte al processo civile e penale come baluardo della effettività del diritto alla difesa è stato recentemente ribadito dai giudici della Consulta, che infatti hanno dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 75, comma 3, c.p.p. non ammetteva la sospensione del processo civile instaurato dal danneggiato, a seguito di accertato suo impedimento fisico che permette invece la sospensione del processo penale nel quale lo stesso si è costituito parte civile. Corte Cost., 22/10/1996, n. 354, in *Giur. cost.*, Milano 1996, 3076. Si manifesta quindi l’orientamento della Corte Costituzionale di ammettere la duplicità di giudizi circa il medesimo fatto, ma quello che viene valutato con rigorosa analisi è la effettività dell’accesso delle parti alla difesa dei propri interessi nel procedimento (sia esso civile o penale).

<sup>14</sup> S. Satta, *Rapporti fra giurisdizione civile e giurisdizione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano 1959, 4, secondo cui «possono certo esistere illeciti civili che non sono illeciti penali, e viceversa, ma un unico fatto non può, per impossibilità logica, prima che giuridica, sdoppiarsi in due fatti autonomi, oggetto l’uno di tutela penale e l’altro di tutela civile».

- 2 nel caso in cui l'azione civile non venga trasferita in sede penale, essa potrà proseguire autonomamente e parallelamente al processo penale, solo se l'azione civile è stata promossa quando non era più ammessa la costituzione di parte civile;
- 3 se il danneggiato si costituisce in sede civile dopo essersi costituito come parte civile nel processo penale, o dopo che il processo penale sia terminato con una sentenza, allora il processo civile sarà sospeso fino a che quello penale giunga a sentenza irrevocabile<sup>15</sup>.

L'articolo 295 c.p.c., stabilisce che il giudice civile possa sospendere il giudizio instaurato presso di lui, nel caso in cui egli stesso o altro giudice sia chiamato a risolvere una controversia dalla cui risoluzione dipenda la decisione della causa. Come si evince dal tenore letterale della norma, non viene espressamente menzionato il giudice penale, ma "altro giudice" con esso intendendo qualunque altra autorità giurisdizionale. In pratica il giudice civile dovrà sospendere il giudizio instaurato presso di lui qualora l'altro giudice dovrà decidere una controversia che rappresenti un elemento pregiudiziale e fondamentale al fine della risoluzione della controversia instaurata.

Pertanto, alla luce dell'attuale normativa il giudice civile è obbligato alla sospensione del processo solo nei casi previsti dai commi 1 e 3 dell'articolo 75 c.p.p., cioè nel caso in cui il danneggiato si sia costituito parte civile nel processo penale oppure se la parte danneggiata attenda di promuovere l'azione in sede civile *post* pronuncia della sentenza penale di primo grado, non passata in giudicato.

### 3. – I "reati contratto": definizione e tipologie.

Nonostante il concetto di "contratto" e quello di "reato" siano strutturalmente differenti e appartenenti a due diverse sfere giuridiche, il nostro ordinamento non ha escluso una loro possibile interferenza e connessione; in pratica è stato previsto che la sottoscrizione di un contratto possa costituire un illecito penale. In tali fattispecie, quindi, si assiste ad un reale e concreto concorso di norme giuridiche disciplinanti la medesima fattispecie: sia di carattere penale che di carattere civile. Dal punto di vista penalistico, tali reati sono considerati "reati plurisoggettivi", intesi quali condotte che vengono compiute mediante la conclusione di un contratto, che prevedono la necessaria presenza di una pluralità di soggetti, ma senza

---

<sup>15</sup> A questa normativa deve aggiungersi quella stabilita dagli articoli 651, 652 e 654 c.p.p., secondo i quali mentre la sentenza definitiva di condanna in sede penale ha efficacia di giudicato nel processo civile, tale efficacia viene meno nel caso in cui la sentenza penale sia di assoluzione: infatti, in siffatta ipotesi il giudice civile non è vincolato a rispettarla e potrebbe emettere sentenza di condanna in sede civile se ravvisasse negli elementi di prova, prodotti in sede penale e per la prima volta nel processo civile, gli elementi costitutivi del fatto illecito

determinare automaticamente che tutti siano destinatari della sanzione penale. Si tratta cioè di reati che sono realizzabili solamente da una pluralità di soggetti agenti: in pratica non sono configurabili se un solo soggetto agisce da solo<sup>16</sup>. In altre parole, per la configurazione dei reati contrattuali, è necessaria la presenza di un negozio giuridico tipico e non di un semplice accordo atipico e momentaneo privo di formalità. Si richiede, quindi, un contratto con effetti reali, in cui l'oggetto dello scambio sia illecito e generalmente tutti i contraenti siano perseguibili, a meno che non si tratti di reati plurisoggettivi impropri. In quest'ultimo caso, la norma prevede la punibilità di uno solo dei contraenti, anche se richiede la partecipazione di soggetti diversi nell'attuazione, come nel caso del reato di bancarotta preferenziale ai sensi dell'articolo 216, comma 3, della Legge fallimentare. Ad esempio, se il debitore decidesse di pagare in via preferenziale un creditore pregiudicando i diritti degli altri creditori, risulterebbe perseguibile solo il debitore e non il co-erede, sebbene quest'ultimo sia parte necessaria del negozio giuridico.

Inoltre, le fattispecie penali nel nostro ordinamento spesso contengono riferimenti al contratto: in certi casi esse presuppongono l'esistenza di un contratto o esigono che un contratto sia stato perfezionato, mentre in altri casi prevedono una condotta penalmente illecita nella fase di trattativa e di formazione della volontà contrattuale, oppure nella fase di perfezionamento o di esecuzione del contratto stesso. In pratica esistono tipologie di reati che presuppongono il perfezionamento del contratto (come ad esempio l'appropriazione indebita), oppure reati che prevedono la condotta incriminata nella fase dell'esecuzione del contratto (come avviene nel reato di frode assicurativa o di frode in pubbliche forniture), in cui il fatto illecito è commesso

---

<sup>16</sup> Si pensi ai reati di rissa o di associazione per delinquere; e si rammenti la differenza tra reati monosoggettivi (che si possono commettere anche da un solo individuo) e quelli plurisoggettivi (che invece necessitano la molteplice partecipazione di più soggetti: concorso necessario). A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, in V. Militello, M. Parodi Giusino, A. Spena (curr.), Milano 2020, 633. Essi si definiscono come reati necessariamente plurisoggettivi, in questo distinguendosi dai reati eventualmente plurisoggettivi dove la condotta, attuabile da un solo individuo, è posta in essere da una pluralità di soggetti. In tal caso si tratterebbe di concorso di persone nel reato (articolo 110 c.p.). I reati plurisoggettivi si possono ulteriormente distinguere in altre categorie: 1. reati plurisoggettivi unilaterali, dove tutte le condotte degli autori sono indirizzate verso un medesimo fine (c.d. l'associazione per delinquere); 2. reati plurisoggettivi bilaterali, in cui le varie condotte sono indirizzate ad una finalità di vantaggio reciproco: ossia tutti gli autori perseguono un vantaggio personale e reciproco (i.e. il reato di bigamia); 3. reati plurisoggettivi reciproci, in tal caso le varie condotte sono l'una contro l'altra, nel senso che i soggetti mirano ad interessi contrapposti e a finalità contrapposte (ossia il reato di rissa). Un'ulteriore distinzione dei reati plurisoggettivi è quella prevista tra "reati normativamente plurisoggettivi" e "reati naturalisticamente plurisoggettivi, ma normativamente monosoggettivi"; i primi sono quelli dove è necessaria la partecipazione di tutti i soggetti e dove tutti i partecipanti alla esecuzione del reato sono puniti dalla legge; i secondi, invece, sono quelli dove la legge prevede come elemento tipico della condotta la partecipazione di almeno un altro soggetto, ma questo ultimo non viene penalmente sanzionato (come ad esempio nella truffa è necessaria la presenza di un soggetto attivo e di un soggetto passivo, ma ovviamente questo ultimo non è sanzionato penalmente). In pratica in questi ultimi reati la legge prescrive la necessaria partecipazione fisica di almeno due soggetti, ma non tutti sono puniti penalmente

dopo la conclusione di un contratto valido ed efficace, anzi in occasione dell'esecuzione delle prestazioni in esso contenute. Si possono, inoltre, individuare anche altre tipologie di reati: i "reati contratto" e i "reati in contratto".

Nei "reati contratto" la condotta criminosa coincide con la stipulazione di un contratto, cioè quello che l'ordinamento reprime e sanziona è il perfezionamento di un negozio giuridico contrattuale, mentre ai fini della configurabilità del reato non è rilevante l'eventuale esecuzione dello stesso.

I "reati in contratto", sono invece quelli in cui la condotta criminosa non attiene alla perfezione del negozio contrattuale, bensì ad una condotta che una delle parti ha assunto durante le negoziazioni<sup>17</sup>. Sono proprio queste due ultime categorie contrattuali a dover essere analizzate, in quanto esse prevedono la condotta criminosa coincidente con il perfezionamento del negozio contrattuale.

Viepiù, i "reati contratto" si possono classificare come "reati plurisoggettivi bilaterali reciproci a condotte omogenee", dove la rilevanza penale è assunta dall'incontro delle volontà delle parti, mentre la volontà del singolo contraente non assume rilevanza. Tali reati sono mono offensivi, cioè ledono un solo bene giuridico tutelato dall'ordinamento. In effetti quello che viene perseguito è proprio l'accordo delle parti, l'incontro delle volontà al fine di concordare la stipula di un negozio giuridico avente un oggetto non lecito o non commercializzabile<sup>18</sup>. Trattasi, quindi, di "reati dolosi", dove è di fondamentale importanza la coscienza e la volontà di addivenire ad una conclusione contrattuale, senza dar rilevanza alla forma adottata dalle parti per il contratto. Ciò che rileva è il raggiungimento dell'accordo.

La categoria dei "reati in contratto", generalmente, rientra all'interno di quella dei reati contro il patrimonio, caratterizzati da un accordo contrattuale nel quale una delle parti subisce un pregiudizio economico ed in cui il consenso viene formulato coartatamente, violentemente o fraudolentemente. Pertanto, ciò che rileva in tali reati non è data dalla conclusione di un contratto, ma dalla condotta assunta da una delle parti durante la fase di formazione del negozio contrattuale; infatti, l'ordinamento li definisce come "plurilesivi", in quanto ledono anche la libera determinazione del soggetto nell'ambito dell'autonomia contrattuale: ad esempio, nel reato di truffa il bene giuridico leso sarebbe sia la libertà di autodeterminazione del soggetto

---

<sup>17</sup> F. Mantovani, *Delitti contro il patrimonio*, Padova 2021, 53ss.

<sup>18</sup> Questi "reati in contratto" si concretizzano quando una delle parti viola leggi o regolamenti durante la stipulazione o l'esecuzione del contratto. La decisione se un contratto debba essere considerato nullo o annullabile può avere conseguenze significative e spesso comporta sfumature complesse.



truffato che anche il patrimonio dello stesso, che ha subito una notevole riduzione. Inoltre, essi sono considerati reati plurisoggettivi ma normativamente monosoggettivi, in quanto richiedono la necessaria partecipazione di più individui nella condotta tipica, ma la sanzione penale ricadrebbe solo su una di esse.

Poiché tali reati puniscono condotte assunte durante le trattative, essi sono necessariamente dolosi, sia nell'accezione di dolo generico che specifico, in quanto prevedono sempre la coscienza e la consapevolezza della condotta assunta.

#### 4. – La sorte dei “reati in contratto”: nullità (virtuale) o annullabilità?

Nel mondo del diritto contrattuale, sorgono spesso situazioni ambigue che richiedono un'attenta analisi per determinare se un contratto sia nullo o annullabile a causa della commissione di reati. La nullità virtuale di un contratto si verifica quando, sin dall'inizio, il contratto è considerato nullo in quanto il suo oggetto o scopo è in contrasto con leggi o regolamenti imperativi. In altre parole, si tratta di un contratto che è invalido fin dalla sua nascita, indipendentemente dalle intenzioni delle parti.

I “reati in contratto” possono portare a questo risultato quando una delle parti cerca deliberatamente di stipulare un accordo che violi la legge<sup>19</sup>. La previsione di una nullità del negozio giuridico, pur in assenza di espressa previsione normativa, è stata una novità del legislatore del 1942<sup>20</sup>. Attualmente la nullità “virtuale” è intesa in senso residuale, cioè come modalità di reazione statale da utilizzarsi come estremo rimedio, qualora tutti gli altri risultino essere inefficaci o inutilizzabili<sup>21</sup>. Peraltro, in dottrina è stato ulteriormente constatato come, negli ultimi anni, la tendenza è stata quella di ampliare il novero delle norme imperative, anche se esse erano poste a tutela di interessi non pubblici o generali ma specifici e personali, determinando, dunque, una indubbia estensione della nullità virtuale<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> P. Gallo, *L'invalidità*, in *Trattato del contratto*, Torino 2010, 1917.

<sup>20</sup> La previsione di una nullità del negozio contrattuale, anche in assenza di una espressa previsione normativa, è stata introdotta nel codice civile del 1942, la quale insolitamente non si rifaceva alla normativa in epoca romana, che prevedeva la nullità contrattuale (intesa come sanzione) solo nel caso in cui il contratto rappresentava una violazione dell'ordinamento. Infatti, solo con la novella teodosiana del 439 d.C. è stata superata la ferma bipartizione, predominante durante l'Impero Romano, tra esistenza ed inesistenza del contratto. Il caso di specie era rappresentato dall'aggrimento, da parte dei curiali, del divieto di amministrare beni altrui stipulando fittizi contratti di locazione. A. Masi, *Il negozio utile o inutile in diritto romano*, in *Riv. it. sc. giur.* 1959/62, 83ss.

<sup>21</sup> L. Modica, *Contratto e norma penale: verso un diritto ulteriormente sanzionatorio?*, in *I Contratti* 4 (2023) 353-358.

<sup>22</sup> G. Vulpiani, *Nullità virtuale e valutazione degli interessi sottesi*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 4 (2022) 760-767; G. D'Amico, *Nullità virtuale, nullità di protezione, Variazioni sulla nullità*, in *I Contratti* 7 (2009) 733: l'A. afferma che si stanno relativizzando e disapplicando principi generali del diritto

In riferimento al contratto illecito, l'illiceità è prodotta dalla funzione o dal contenuto del medesimo<sup>23</sup>: in pratica con tale negozio le parti perseguono una finalità ed un risultato pratico e giuridico in netto contrasto con l'ordinamento vigente. Il contratto, inoltre, può essere illecito per l'oggetto o per la causa. Il contratto illegale, invece, sarebbe quello affetto appunto da "nullità virtuale", intesa quale "contrarietà a principi fondamentali dell'ordinamento"<sup>24</sup>. Peraltro, nel nostro ordinamento la disciplina del negozio illegale è decisamente meno grave rispetto a quella del negozio illecito: si pensi ad esempio alla previsione della ripetizione dell'indebito che, nel caso di contratto illegale, è sempre ammessa, mentre non è concessa nel caso del contratto illecito per contrasto al buon costume<sup>25</sup>.

Uno dei punti di maggiore importanza nella definizione della "nullità virtuale" consiste nella definizione di cosa si intenda per norma imperativa, visto che proprio la contrarietà a tale tipologia ne costituisce elemento fondamentale. Il concetto di norma imperativa coincide con una norma che risulti essere inderogabile dalla volontà delle parti e posta a tutela di interessi generali e pubblici<sup>26</sup>. Dopo una simile definizione, sembra plausibile affermare che la giurisprudenza abbia assimilato l'inderogabilità di una norma alla sua imperatività. D'altro canto, la dottrina non ha accolto favorevolmente questa equiparazione, specialmente considerando che riconosceva la illiceità del contratto, creando così un netto contrasto con i principi e gli interessi di rango superiore alla norma legislativa ordinaria, ossia il concetto di nullità virtuale. In altre parole, la nullità del contratto non deriverebbe dalla violazione di norme

---

contrattuale, come quelli della impossibile nullità di contratto per violazione dei doveri di correttezza e buona fede e della tassativa tipicità delle cause di annullabilità del contratto.

<sup>23</sup> P. Perlingieri, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli 2022.

<sup>24</sup> A. Santoro, *Sulla c.d. "nullità virtuale in caso di "reato in contratto"*, in *Il Foro Italiano* 3 (2002) 1021-1023. Si noti che secondo un orientamento condiviso dalla maggior parte degli operatori – e che appare condivisibile – risulterebbe difficile immaginare un contratto che abbia una causa lecita ma contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento: F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, e continuato da Schlesinger, Milano 2002, 282, per il quale il concetto di illiceità denota una contrarietà del contratto con l'ordinamento giuridico e che con tale contrarietà il legislatore intende difendere i valori fondamentali della società intesi sia nella concezione collettiva, quindi ordine sociale, pace e sviluppo armonioso della società in tutte le sue componenti, sia nell'aspetto individuale, cioè libertà, dignità e sicurezza del singolo individuo; F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu, Messineo, Milano 1972, 230, alcuni anni prima aveva qualificato illecito un contratto non conforme ai principi costitutivi e fondanti il nostro ordinamento; e tale teorie, peraltro, trovava risalenti basi dottrinali nella perentoria affermazione di uno dei più grandi studiosi, il quale espressamente ritiene che «il negozio illecito è l'abuso della libertà contrattuale; è la ribellione dell'attività privata contro la volontà immutabile ed imperativa della legge»: F. Ferrara, *Teoria del negozio illecito*, Milano 1902, 3; secondo un altro minoritario, invece, si ritiene che tale distinzione abbia un'importanza notevole, in quanto mentre il contratto illecito (*ex* articolo 1418, comma 2, c.c.) è comunque nullo, il contratto illegale (*ex* articolo 1418, comma 1, c.c.) potrebbe non potremmo non esserlo in quanto la norma fa salva la possibilità di una diversa previsione di legge.

<sup>25</sup> S. Monticelli, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova 1996, 120 ss.

<sup>26</sup> Cass., Sez. Un., 21/08/1979, n. 2697, in *Giust. civ.*, 1 (1972) 1914; Cass., Sez. Un., 4/05/2012, n. 2012, in *Nuova giur. civ. comm.* (2013).

imperative esplicitamente espresse, bensì dalla contravvenzione a principi e fondamenti giuridici che occupano una posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge, costituendo i pilastri del sistema ordinamentale nazionale. Di conseguenza, si potrebbe notare che l'associazione tra l'inderogabilità e l'imperatività della norma determinerebbe che un contratto possa essere soggetto a conseguenze diverse dalla nullità, come ad esempio l'annullabilità o la rescissione, anche nel caso in cui violasse norme imperative<sup>27</sup>.

Oggettivamente, tali reati sono difficilmente distinguibili da quelli con causa, motivi ed oggetto illeciti previsti dal comma 2 dell'articolo 1418 c.c. Questi ultimi, in generale, utilizzando la terminologia precedentemente citata, sarebbero negozi illeciti e non illegali; se fossero considerati contratti illegali allora si avrebbe il paradossale effetto che in caso di accordo corrutorio, in cui il corruttore potrebbe agire in giudizio al fine di ottenere la ripetizione di quanto pagato al corrotto nonostante la condanna penale ricevuta.

I “reati contratto”, dunque, vanno considerati nulli ai sensi dell'articolo 1418, comma 1, c.c. anche se in realtà trattasi di reati con causa ed oggetto illeciti e quindi nulli ai sensi dell'articolo 1418, comma 2, c.c.

Per quanto riguarda la categoria dei “reati in contratto”, qui il disvalore penale investe non la mera conclusione del negozio contrattuale, ma la condotta assunta da una parte durante la fase delle trattative.<sup>28</sup> Di tal guisa, appare evidente la distinzione tra “reati contratto”, affetti da

---

<sup>27</sup> F. Denozza, *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva nella disciplina dei contratti a valle di intese ed abusi*, in *Rivista di Diritto Industriale* 6 (2019) 354-375. L'A. afferma che l'eventuale violazione della norma penale, considerata norma imperativa in quanto inderogabile dalla volontà delle parti e posta a tutela di interessi generali della collettività, non rappresenterebbe sempre una fattispecie prevista dal comma 1 dell'articolo 1418 c.c. La stessa giurisprudenza ha rilevato che la violazione della norma penale, da parte del contratto, non lo rende automaticamente nullo. Infatti, la casistica che si potrebbe verificare in merito sarebbe alquanto variegata: il contratto è valido anche se una delle parti pone in essere un comportamento vietato dalla legge; il contratto è invalido ma non nullo (ad esempio in caso di reato di truffa il contratto concluso è annullabile e non nullo, secondo il granitico orientamento giurisprudenziale; il contratto è nullo ex articolo 1418, comma 2, c.c.; il contratto sarebbe invalido e nullo ex articolo 1418, comma 1, c.c. Dal punto di vista delle conseguenze giuridiche in sede civile, la dottrina ha evidenziato che nel caso di “reati contratto” l'accordo contrattuale viene colpito dalla sanzione della nullità: se, infatti, il reato consistesse nella conclusione del contratto, come ad esempio il perseguire finalità illecite, verrebbe sanzionato attraverso la previsione della nullità, rendendolo del tutto improduttivo di effetti giuridici.

<sup>28</sup> Tuttavia, la soluzione che appare maggiormente condivisibile è di sanzionare penalmente le condotte illecite e di considerarlo civilisticamente valido ed efficace, salvo l'applicazione dei rimedi previsti dal legislatore al fine di riequilibrare la posizione contrattuale delle parti. Infatti, l'articolo 1418, comma 1, prevede che l'accordo contrattuale sia di per sé illecito e contrario alla legge, e inoltre troverebbe applicazione nei casi in cui il legislatore non abbia attuato alcuna altra normativa in materia. In pratica si tratta di quell'orientamento secondo cui, negli ultimi anni si è distinto tra norme di comportamento e regole di validità, con le prime che non assurgono a cause di nullità del contratto ma solo di sua irregolarità o di altra conseguenza civile decisa dal legislatore, in quanto trattasi di norme che non operano né disciplinano gli effetti del contratto piuttosto sulla condotta delle parti nella conclusione del negozio; per fare un esempio si può citare la famosa sentenza della Cassazione detta “Rordorf”, dal nome del suo relatore, nella quale si afferma che un contratto concluso da un intermediario finanziario privo della iscrizione all'Albo è un negozio nullo, mentre un contratto da esso concluso in violazione di regole professionali di condotta è annullabile o irregolare, ma non nullo, perché i vizi della fase contrattuale, con la

nullità in quanto contrari alla legge, e “reati in contratto”, dove il risultato economico raggiunto dalle parti non si può definire *contra legem*, da cui non deriverebbe la nullità, bensì l’annullabilità; nel caso di “reati in contratto” si avrà nullità solo nell’ipotesi in cui la condotta precedente alla conclusione di una delle parti abbia coartato con violenza ed inganno l’altrui volontà.

## 5. – La disciplina comunitaria

La tematica oggetto della presente trattazione, relativa alla rilevanza penale della vendita di smart box, attiene in maniera inequivoca alla tipologia di “reati in contratto”, in quanto la reazione statale di repressione penale interviene non per il fatto della stipulazione di un negozio giuridico avente ad oggetto la vendita di tali pacchetti turistici, bensì nel momento in cui in fase di trattativa precontrattuale, o di esecuzione delle clausole contrattuali, una delle parti abbia adottato un comportamento o una condotta penalmente rilevante, cioè abbia reso il proprio comportamento suscettibile di disvalore penale. In tale sede, è opportuno analizzare gli effetti nascenti dall’interazione della disciplina dei reati contratto con quella comunitaria inerente al settore turistico. A riguardo, l’ipotesi di reato contrattuale nel settore turistico può essere una questione complessa e varia in base alle specifiche circostanze ed alla legislazione applicabile. Questo settore coinvolge contratti tra fornitori di servizi turistici, come agenzie di viaggio, hotel, compagnie aeree e clienti che acquistano pacchetti turistici o servizi correlati.

Il legislatore comunitario si è ben reso conto della inattualità della normativa, a suo tempo predisposta, in ambito di vendita di pacchetti turistici, anche a causa della notevole espansione della vendita *on line* di tali servizi. Pertanto, è intervenuto con la Direttiva 2015/2302/UE<sup>29</sup> che ha abrogato a far data dal 1° luglio 2018 la precedente Direttiva 90/314/CEE<sup>30</sup>.

La straordinaria diffusione del web ha permesso al cliente-consumatore di combinare e di organizzare da solo i vari elementi dell’offerta turistica, spesso usufruendo di servizi offerti da operatori turistici diversi<sup>31</sup>. In pratica il cliente ha la possibilità di individuare e creare un

---

mancata informativa completa al cliente sono idonei a viziare ed alterare il consenso ma non a renderlo inesistente, anche se il dovere di comportarsi con buona fede e correttezza ha carattere di norma imperativa. Cass. Sez. Un., 19/12/2007, n. 26724, in *Foro italiano* 1 (2008) 784; in dottrina G. D’Amico, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Milano 2006, 1001.

<sup>29</sup> In virtù delle finalità perseguite dal legislatore comunitario, lo stesso Considerando n. 5 della Direttiva indica come finalità della normazione la massima tutela della posizione del consumatore e del raggiungimento di un mercato turistico assolutamente libero e competitivo.

<sup>30</sup> R. Pasquili, *La responsabilità del “travel agent” nella distribuzione di pacchetti turistici*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 4 (2022) 824-830.

<sup>31</sup> B. Marucci, *Contratti di viaggio e tutela del viaggiatore-consumatore: dai danni da vacanza rovinata ai danni da Covid-19*, in *Comparazione e diritto civile* 3 (2021) 1141-1178.

proprio personale pacchetto turistico scegliendo e unendo i vari servizi offerti da vari e diversi tour operator, spesso stanti all'interno di uno stesso sito web.

Il punto fondamentale della Direttiva è dato sicuramente dalla previsione di una ampia gamma di rimedi contrattuali a disposizione del consumatore nel caso di inadempimento contrattuale del tour operator; infatti, la Direttiva permette l'introduzione, all'interno del Codice del turismo, di una intera sezione (ossia la quarta) con la previsione di diverse azioni a vantaggio del soggetto consumatore, a seguito dell'inizio del viaggio<sup>32</sup>.

La Direttiva ha avuto il notevole merito di porre chiarezza definitiva sulla responsabilità degli operatori turistici: intanto essa precisa, in virtù del Considerando n. 22, che la qualifica di organizzatore del pacchetto turistico non si deve desumere dalla natura o dalla definizione commerciale della sua attività (quindi da come si autodefinisce), ma occorre valutare se il medesimo abbia effettivamente operato al fine di organizzare il pacchetto turistico venduto. Una volta chiarito chi debba considerarsi "organizzatore", allora egli sarà l'unico responsabile del corretto adempimento del pacchetto turistico, a prescindere dai soggetti che effettivamente lo eseguono<sup>33</sup>. Essa ha, quindi, posto la figura dell'organizzatore in una posizione di preminenza relativamente alla propria responsabilità, riconoscendola in maniera del tutto prevalente; inoltre, ha compreso all'interno di essa la responsabilità del venditore del pacchetto, il quale potrà solo aggiungersi all'organizzatore ma mai sostituirsi ad esso. Il venditore, dunque, sarebbe responsabile dell'inadempimento nel caso in cui non sia possibile individuare l'organizzatore del pacchetto turistico<sup>34</sup>.

La responsabilità dell'organizzatore sembrerebbe configurarsi come una responsabilità oggettiva in quanto sarebbe esclusa solo dal comportamento del cliente e da cause imprevedibili e insuperabili.

La responsabilità del venditore è, invece, decisamente più limitata e circoscritta: egli risponde infatti solo se risulta inadempiente rispetto al mandato conferitogli dal cliente relativo all'individuazione di un apposito pacchetto turistico; nell'ipotesi in cui il sistema di prenotazione dovesse presentare errori derivanti da difetti tecnici, non imputabili alla propria

---

<sup>32</sup> A titolo esemplificativo si può annoverare il diritto di agire personalmente nel caso in cui l'organizzatore offra prestazioni inferiori a quelle stabilite e concordate, oppure il diritto alla riduzione del prezzo pagato ed al risarcimento del danno, qualora i servizi offerti siano difformi ed inferiori rispetto a quelli stabiliti, oppure il diritto a ricevere un'adeguata assistenza da parte dell'organizzatore in caso di difficoltà (*ex* articolo 45 Codice del turismo).

<sup>33</sup> E. Labella, *La natura della responsabilità del venditore di pacchetti turistici*, in *Eur. dir. priv.* (2020) 581ss.

<sup>34</sup> I. Cavallo, *Il regime di responsabilità dell'organizzatore e dell'intermediario di pacchetti turistici: due pronunce di merito a confronto*, in *Diritto Marittimo* 3 (2021) 597-610.

organizzazione, non sarebbe responsabile per gli eventuali inadempimenti del tour operator e dell'organizzatore<sup>35</sup>.

Peraltro, la normativa ha previsto *ex art. 51 Cod. tur.* l'ipotesi in cui il venditore è equiparato alla figura dell'organizzatore, dal punto di vista della responsabilità, sia quando omette di consegnare al cliente il modulo informativo standard e i dati relativi alle generalità ed ai recapiti dell'organizzatore e sia quando ometta di informare il viaggiatore in merito alla propria qualifica professionale, ovvero all'effettivo ruolo di "venditore"<sup>36</sup>.

Dalla veloce disamina effettuata della Direttiva comunitaria e del suo corrispondente recepimento da parte dell'ordinamento nazionale si può dedurre una netta tendenza del legislatore: pur non operando, dal punto di vista penale, egli ha voluto aumentare considerevolmente il livello di tutela della parte più debole, cioè del cliente/consumatore.

La previsione di una vera e propria responsabilità oggettiva in capo all'organizzatore, che non è fondata sulla colpa nella scelta degli ausiliari (*culpa in eligendo*), oppure nella vigilanza sul loro operato (*culpa in vigilando*), bensì su un oggettivo rischio di impresa, e anche sul fatto che colui il quale si serva di ausiliari nell'adempimento delle proprie obbligazioni, debba rispondere degli eventuali illeciti da essi compiuti, in osservanza del principio espresso dal brocardo latino *cuis commoda eius et incommoda*<sup>37</sup>.

Come sottolineato anche dalla dottrina<sup>38</sup>, la precisa scelta del legislatore è stata quella di preservare da responsabilità contrattuale la parte più debole dell'industria turistica, cioè le agenzie di viaggio, e questo ha comportato un carico notevole di responsabilità sull'organizzatore. Dal punto di vista penalistico, peraltro, la responsabilità dei venditori sembrerebbe rimasta inalterata, tenendo conto che si sviluppa soprattutto in ambito precontrattuale ed informativo, mentre l'eventuale inadempimento doloso della obbligazione sarebbe addebitabile anche in sede penale all'organizzatore tour operator.

---

<sup>35</sup> A. Flamini, *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, Napoli 1999, 144ss.

<sup>36</sup> Tuttavia, tale equiparazione non è stata accolta favorevolmente dalla dottrina, in quanto la scelta chiara della Direttiva è quella di considerare il venditore come mandatario del cliente. Un'altra fattispecie di totale responsabilità del venditore per l'inadempimento contrattuale del 'tour operator', prevista dall'articolo *ut supra* citato, è quella in cui il *tour operator* sia al di fuori dell'Unione Europea; in merito P. D'Elia, *La tutela del turista tra contratto e torto: le esperienze italiana e spagnola nella prospettiva armonizzatrice del diritto europeo*, in *Comparazione e diritto civile* 2 (2022) 575-616.

<sup>37</sup> Cass., 11/12/2012, n. 22619 cit.; Cass., 10/09/2010, n. 19283, in *Danno resp.* (2011) 268ss.; Cass., 3/12/2009, n. 25396, in *Riv. it. dir. tur.* (2011) 119, con nota di Montanari.

<sup>38</sup> M. Capelli, E. Grasso, *Il turismo fra persona e mercato: alcune riflessioni di diritto comparato*, in *DPCE online* 2 (2020) 1091ss.

## 6. – Configurabilità dei reati alle nuove figure contrattuali: reato contratto anche con negozio nullo/annullabile?

In dottrina si è ampiamente discusso della tematica circa la sussistenza del reato contratto nel caso in cui il negozio giuridico concluso sia nullo o annullabile per la presenza di vizi formali o strutturali. Essa, inoltre, non è riuscita a giungere ad un consolidato orientamento comune, ma si è divisa tra vari orientamenti contrastanti.

Secondo la visione pancivilistica, un contratto concluso ma nullo per vizi radicali non permetterebbe di configurare un reato, in quanto il risultato sanzionato dalla norma penale, cioè la conclusione del contratto, non si è verificata. Eventualmente in caso di contratto concluso poi rivelatosi nullo, si potrebbe configurare una responsabilità penale sotto forma di reato tentato. Qualora invece il contratto sia annullabile, allora la configurazione del reato non potrebbe porsi in dubbio<sup>39</sup>.

Secondo un altro orientamento, denominato “autonomistico”<sup>40</sup>, invece, l’autonomia totale del diritto penale comporta che il reato si debba ritenere esistente e perfezionato, tranne nei casi di assoluta inesistenza del contratto. Questa tesi si basa sul concetto che la legge civile disciplina il contratto, mentre quella penale il comportamento dei contraenti. Inoltre, la violazione della norma penale non determinerebbe la nullità del contratto se è commessa da uno solo dei contraenti; tuttavia, se il contratto è considerato illecito penalmente perché mira a interessi contrari alla legge di tutti i contraenti, esso sarà nullo anche nell’ambito civile<sup>41</sup>.

A fronte di tali orientamenti ritenuti eccessivi si è, invece, affermata una teoria intermedia, che dal punto di vista applicativo ha ricevuto un’importante applicazione, secondo la quale è necessario valutare la fattispecie dei contratti nulli/annullabili caso per caso, valutando la singola situazione concreta. In pratica occorre valutare se gli eventuali vizi del contratto possano influenzare la configurabilità della condotta penale<sup>42</sup>. La teoria intermedia<sup>43</sup> infatti, prevedeva che i rapporti tra normativa penale e istituti civilistici dovevano essere valutati sulla base di quanto sancito dalla Costituzione e sul principio di diritto penale, inteso quale *extrema*

---

<sup>39</sup> F. Grispigni, *Diritto penale italiano*, Milano 1947, 236.

<sup>40</sup> G. Oppo, *Formazione e nullità dell’assegno bancario*, in *Riv. dir. comm.* (1963) 178.

<sup>41</sup> G. B. Ferri, *Appunti sull’invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. Comm.* (1996) 393.

<sup>42</sup> C. M. Bianca, *Diritto civile III. Il contratto*, Milano 1987, 583; L. Mariconda, *Truffa e contrarietà del contratto a norme imperative*, in *Corr. Giur.* (1987) 211; in giurisprudenza, sulla non automatica coincidenza di illecità penale e quella civile; Cass., 15/10/1955, n. 3175, in *Giust. civ.* (1956) 19; Cass., 17/06/1960, n. 1571, in *Giust. civ.* (1961) 138; v. anche Cass., 17/06/1970, n. 1591, in *Giust. civ.* (1971) 138; Cass., 10/12/1986, n. 7322, in *Foro it.* (1987) 1119.

<sup>43</sup> M. Foschini, *Delitto e contratto*, in *Arch. pen.* (1953) 72; F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966, 374.

*ratio* dell'ordinamento. Secondo la prospettiva preferita dallo scrivente e maggiormente adottata sia a livello dottrinale che giurisprudenziale, il contratto considerato illecito dal punto di vista penale risulterebbe nullo anche nell'ambito civile se il divieto mirasse a preservare interessi e finalità pubbliche. In situazioni in cui la norma penale proteggesse, invece, interessi di natura privatistica, la conseguenza civile non sarebbe la nullità, bensì si tradurrebbe in un'altra forma di conseguenza civile, come l'irregolarità, l'annullabilità o l'inefficacia. Anche la Corte di Cassazione<sup>44</sup> ha avuto modo di pronunciarsi in tema del "futuro" del contratto contrario alla normativa penale, analizzando il caso concreto della condotta di un soggetto che aveva prestato una somma di denaro ingente ad un altro privato e a fronte di tale obbligazione aveva, con metodi estorsivi, ottenuto il trasferimento di proprietà di un immobile a suo favore e la sottoscrizione di cambiali per una cifra superiore all'ammontare del credito vantato. Veniva instaurato un procedimento penale a carico del soggetto autore di tale condotta conclusosi con la condanna penale; a seguito di tale pronuncia il debitore ha agito in giudizio in sede civile per sentire dichiarare la nullità del contratto.

Ottenuta in primo grado sentenza sfavorevole, la Corte d'Appello ha affermato di non poter dichiarare la nullità del contratto ai sensi dell'articolo 1418, comma 1, c.c. ritenendo che, in mancanza di una espressa previsione di legge, soltanto la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto sia suscettibile di nullità. Lo stesso non può dirsi per la violazione di norme riguardanti il comportamento dei contraenti, laddove sia espressamente prevista una diversa forma di invalidità (*i.e.* l'annullamento per violenza).

La Suprema Corte<sup>45</sup>, nell'accogliere il ricorso, ha ripercorso il tema della corretta individuazione del trattamento civilistico dell'atto negoziale nell'ambito di una fattispecie di reato. Precisamente, ogni qual volta un negozio giuridico si concluda commettendo un reato occorre distinguere tra i cd. "reati contratto", cioè quei reati che consistono nel concludere un determinato contratto "ex se" vietato, e i "reati in contratto", ossia quelli commessi nell'attività di conclusione di un contratto.

---

<sup>44</sup> Cass. Sez. VI, 24/02/2022, n. 6271, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); tra le altre, Cass. Sez. II, 17/01/2022, n. 1221, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. Sez. II, 27/08/2020, n. 17959, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. pen. Sez. II, 22/12/2016, n. 54561, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>45</sup> Cass. Sez. VI, 24/02/2022, n. 6271, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); tra le altre, Cass. Sez. II, 17/01/2022, n. 1221, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. Sez. II, 27/08/2020, n. 17959, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. pen. Sez. II, 22/12/2016, n. 54561, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).



## **7. – Analisi giuridica delle smart box nel settore turistico: Truffa e frode in commercio nelle vendite online e fisiche.**

L'applicazione della prassi giurisprudenziale alle nuove figure contrattuali turistiche è un tema di grande rilevanza nel contesto legale che regola l'industria turistica in continua evoluzione. Questo processo di adattamento della giurisprudenza alle nuove dinamiche contrattuali è fondamentale per garantire la tutela dei diritti degli operatori turistici e dei consumatori, nonché per fornire chiarezza e coerenza alle normative esistenti. Importante da sottolineare è che il settore turistico è caratterizzato da una costante innovazione, con l'emergere di nuove forme di contrattazione e nuovi attori nel mercato. Ad esempio, la crescita delle prenotazioni online attraverso piattaforme digitali ha portato alla creazione di nuovi tipi di contratti, come quelli tra i clienti e le piattaforme stesse. Questi contratti possono sollevare questioni legali uniche, come la responsabilità delle piattaforme per l'adempimento degli alloggi prenotati o la gestione dei dati personali dei clienti.

Nel contesto del crescente sviluppo del settore turistico, l'emergere di nuove figure contrattuali ha sollecitato l'attenzione della prassi giurisprudenziale. In particolare, le smart box rappresentano un'innovazione nel modo in cui le persone acquistano e vivono esperienze turistiche. Esse sono pacchetti regalo che offrono esperienze turistiche, come soggiorni in hotel, attività di avventura o ristoranti di alta classe, acquistabili anticipatamente. Gli acquirenti ricevono una confezione regalo fisica o un voucher digitale, che può essere scambiato con l'esperienza desiderata in un momento successivo. Questa flessibilità nell'utilizzo e la varietà di opzioni disponibili le rendono popolari tra i consumatori. Dal punto di vista generale si tratterebbe di un contratto di vendita, generalmente effettuato a distanza, ma per una attenta disamina giuridica occorre che vengano valutati alcuni elementi.

Preliminarmente è opportuno definire la qualificazione giuridica del soggetto che pone in vendita tali smart box: sul sito di molte società venditrici di tali smart box, nelle condizioni generali di contratto, si nota la autodefinizione giuridica di queste società, che si qualificano come semplici "procacciatori di affari" nei confronti degli organizzatori del pacchetto turistici, verso i quali si sono impegnati solo nel procacciare clienti e favorire la conclusione di contratti di vendita di tali pacchetti. In pratica il soggetto che si obbliga alla fornitura dei servizi turistici pubblicizzati nelle smart box è il tour operator.

Oggi dottrina e giurisprudenza<sup>46</sup> concordano nel qualificare il contratto di prestazione turistica, cioè l'attività dell'organizzatore del pacchetto turistico, come un contratto di appalto di servizi e l'organizzatore è obbligato al risultato e non solo ai mezzi della sua attività, e risponde anche di eventuali inadempimenti dei soggetti dei quali si avvale o dei cui servizi fruisce al fine di fornire il pacchetto turistico totale.

Nella prassi la responsabilità del tour operator è strettamente connessa all'esatta esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto all'ipotesi di inadempimento da parte di un suo dipendente o di un suo ausiliario, del quale si avvale per l'esecuzione della prestazione. Pertanto, l'articolo 46 del Codice del turismo esclude la responsabilità del tour operator solo per causa imputabile al cliente/turista, per fatto del terzo imprevedibile o inevitabile oppure per caso fortuito o forza maggiore.

Altresì, l'articolo 43 del Cod. tur. sancisce la responsabilità dell'organizzatore o dell'intermediario nei confronti del creditore/cliente per le prestazioni turistiche addotte nel contratto e spesso pubblicizzate nel pacchetto informativo.

L'estensione della responsabilità del tour operator anche nel caso di inadempimento dell'ausiliario, sancita dall'articolo 1228 c.c., rappresenta una deroga al principio generale della responsabilità contrattuale e si fonda sul principio che nella grande industria e nella grande distribuzione la parte più debole e meritevole di tutela è il cliente/consumatore, il quale si trova a dover accettare prestazioni di soggetti terzi senza aver la possibilità di sceglierli.

La stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha avuto modo di sancire ed affermare che le eventuali deroghe alla disciplina della responsabilità contrattuale dell'organizzatore o del tour operator si devono interpretare in maniera restrittiva e infatti l'orientamento unanime ha affermato che il dipendente del tour operator, non è qualificabile come ausiliario del medesimo, ma al pari di questi, di cui è responsabile se dovesse porre in essere un inadempimento nei confronti del cliente<sup>47</sup>. Si noti che l'intermediario dei viaggi vacanza, come ad esempio l'agenzia o la struttura che commercializza tali pacchetti, sono tenuti al risarcimento dei danni da inadempimento contrattuale secondo le proprie responsabilità, e ciò implica che egli

---

<sup>46</sup> In dottrina, F. Morandi, *I contratti di viaggio*, in F. Morandi, M. Comenale, Pinto, M. La Torre (curr.), *I contratti turistici*, Milano 2004, 80; V. Buonocore, *I contratti di trasporto e di viaggio*, in Trattato di diritto commerciale, diretto da Buonocore, Torino 2003, 332; G. Grisi, S. Mazzamuto, *Diritto del turismo*, Torino 2017, 161. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 23/05/1997, n. 3504, in *Foro it.* 2108; App. Firenze, 26/09/2001, in *Dir. mar.* (2003) 519; Trib. Milano, 27/01/2004, in *Dir. tur.* (2004) 42ss., con nota di Turco "*(Ir) responsabilità del tour operator per i danni occorsi durante l'escursione facoltativa acquistata in loco dal viaggiatore*" e, più recentemente, Trib. Verona, 17/05/2012, in *Corr. Merito* (2012) 778ss.; Trib. Firenze, 07/06/2016, in *Dir. mar.* (2017) 227ss.

<sup>47</sup> Corte giustizia UE sez. III, 18/03/2021, n. 578.

risponderà delle obbligazioni proprie del mandatario. Inoltre, un'eventuale responsabilità dello stesso si configurerebbe nell'ipotesi in cui il turista-cliente riesca a dimostrare la mancata professionalità e diligenza dell'organizzatore ai sensi dell'articolo 1176 c.c.

Occorre peraltro verificare se la condotta posta in essere da una società di commercializzazione di pacchetti turistici possa configurarsi anche come illecito penale oltre che civile. Dal punto di vista penale, occorre esaminare entrambe le posizioni: il tour operator potrebbe essere soggetto a responsabilità per il reato di truffa o frode in commercio se effettivamente commercializza o fornisce all'intermediario/agenzia di viaggio o struttura commerciale delle smart box contenenti voucher che sono consapevolmente falsi o erronei, e che non saranno accettati al momento della presentazione da parte dei clienti acquirenti. Per il reato di truffa, la configurazione potrebbe avvenire quando il cliente acquista il pacchetto, paga il relativo prezzo e successivamente si rende conto della falsità del contenuto della smart box (anche se, secondo la giurisprudenza, il reato sarebbe già perfezionato in questo caso); nel caso di frode in commercio, il reato si consuma con la consegna del bene al compratore, quindi dovrebbe verificarsi la effettiva consegna da parte del tour operator di smart box contenenti voucher diversi da quelli indicati nell'etichetta della smart box. In tal caso, il cliente acquisterebbe basandosi sulla convinzione derivante dall'indicazione sulla confezione. Se poi tali smart box vengono consegnate al venditore commerciante per la vendita al dettaglio e questi le conserva in magazzino, anche chiuse in scatole, con l'intenzione di commercializzarle successivamente, se scoperte dalla polizia, potrebbe configurarsi il tentativo di reato di frode in commercio.

È tuttavia importante considerare la posizione dell'agenzia che agisce come mandataria del tour operator e che mette in vendita le smart box. In entrambi i casi, potrebbe essere esente da responsabilità penale se non fornisce alcun contributo o partecipazione alla condotta criminale del tour operator, limitandosi a vendere la merce senza poter verificare il suo contenuto o senza attuare artifici o raggiri per convincere il cliente. Potrebbe anche essere esente da responsabilità se rassicura sul contenuto della smart box perché è all'oscuro della sua natura fraudolenta. In questo caso, non potrebbe configurarsi alcuna responsabilità per il soggetto commercializzante, poiché non avrebbe alcuna partecipazione alla truffa. Una sua partecipazione omissiva al reato sarebbe configurabile solo se, dopo le segnalazioni dei clienti sulla non corrispondenza delle smart boxes con quanto effettivamente presente nella struttura alberghiera, omettesse di intervenire e continuasse nell'operazione di vendita senza adoperarsi per porre fine alla commissione della truffa.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo del reato di frode in commercio, il soggetto attivo è chiunque eserciti un'attività di commercio di beni e servizi, pertanto dovrebbe oggettivamente ravvisarsi una responsabilità dell'agenzia viaggi che commercializza le smart boxes. Tuttavia, l'articolo 515 c.p. richiede anche il dolo generico, quindi il giudice deve stabilire se l'agenzia mandataria del tour operator abbia consapevolmente messo in vendita e consegnato prodotti non corrispondenti a quanto dichiarato.

Nel caso in cui manchi la consapevolezza e la volontà di mettere in vendita o consegnare merce diversa da quella concordata, non può ravvisarsi l'elemento soggettivo del reato. L'elemento soggettivo della colpa, anche grave, non è ritenuto necessario ai sensi dell'articolo 515 c.p., pertanto anche se l'agenzia mandataria avesse diligentemente e professionalmente constatato l'irregolarità delle smart boxes, nessuna accusa penale potrebbe esserle rivolta, pur sussistendo una responsabilità civile per fatto illecito. Solo nel caso in cui l'agenzia commerciante, a seguito della conoscenza anche casuale del fraudolento contenuto delle smart boxes e della successiva decisione di continuare nella vendita di esse, potrebbe configurarsi il reato di frode in commercio in concorso con il reato di truffa commesso dal tour operator.

Facendo riferimento alle distinzioni esaminate nei paragrafi precedenti della presente trattazione, occorre precisare sin da subito che si tratta di “reati in contratto” e non di “reati contratto”: infatti la stipula del contratto di prestazione turistica non può considerarsi nullo *ex* articolo 1418, comma 1 e 2, c.c., dal momento che la causa, l'oggetto e i motivi perseguiti dalle parti nella conclusione del contratto non presentano il carattere dell'illiceità. Quindi se ne deduce che la semplice conclusione di tali contratti non possa definirsi costitutiva di una fattispecie penale.

Pertanto, occorre riferirsi all'altra definizione dei “reati in contratto”, ossia a quei negozi giuridici durante la cui formazione, negoziazione o esecuzione si ravvisi una condotta illecita penalmente da parte di una delle parti. In pratica occorre verificare se la vendita di una smart box può considerarsi come truffa se quanto in essa contenuto o pubblicizzato non sia usufruibile dal cliente acquirente.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Occorre quindi verificare se si tratti di una fattispecie di truffa contrattuale, tipologia di reato ideato dalla giurisprudenza, in base al quale un soggetto compie un atto di disposizione patrimoniale che non avrebbe compiuto se la controparte non avesse posto in essere artifici o raggiri; tuttavia, il reato di truffa contrattuale viene definito plurilesivo, in quanto i beni giuridici lesi sono molteplici, ossia non solo il patrimonio della vittima, che subisce una diminuzione a seguito dell'atto di disposizione coartato, ma anche la libertà contrattuale della stessa, convinta alla stipulazione di un negozio giuridico che altrimenti non avrebbe mai luogo. Relativamente alla condotta tipica del reato, occorre dare una definizione terminologica ai termini usati dal legislatore: per “artifici” si intendono attività od omissioni che mascherano, nascondono e modificano la realtà empirica, raffigurando elementi inesistenti come presenti o nascondendo elementi presenti ed esistenti. Con il termine “raggiro” si intende invece

Tale tipologia di reato presuppone alcuni elementi costitutivi:

1. la predisposizione di artifici raggiri, cioè una condotta attiva (od omissiva di cui si vedrà infra) eseguiti da una delle parti,
2. l'atto di disposizione patrimoniale da parte di una parte,
3. la presenza di un ingiusto profitto a favore dell'altra parte o di un terzo, con il conseguente danno patrimoniale della parte offesa.

Il reato di truffa è infatti configurabile anche nei contratti a prestazione successiva rispetto alla conclusione e in quelli con prestazioni periodiche. Tale reato si caratterizza per una peculiarità: il danno patrimoniale si materializza dopo la conclusione del contratto, ovvero quando la parte procede a richiedere l'esecuzione della prestazione dedotta nel medesimo. In questo contesto, il cliente acquirente, successivamente all'acquisto della smart box, decide di recarsi presso la struttura alberghiera e richiedere la prestazione turistica inclusa nella predetta.<sup>49</sup>

Il soggetto passivo del reato, nel caso di vendita di smart box contenenti prestazioni non veritiere e non esigibili, è il soggetto acquirente, ovvero il cliente consumatore che ha concluso materialmente il contratto e soprattutto ha effettuato l'acquisto di esso. Questo individuo è colui che ha subito l'atto di disposizione patrimoniale relativo all'acquisto.

Il soggetto che riceve eventualmente in dono la smart box e si reca nella struttura turistica per utilizzare il voucher, potrebbe essere considerato persona offesa dal reato e quindi potrebbe essere parte civile nel processo, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza. Questo perché la giurisprudenza ritiene che la persona offesa non possa essere solo colui che effettua l'acquisto della smart box e subisce il danno patrimoniale, ma anche il soggetto che, ricevendola in dono, si reca presso la struttura alberghiera e si vede rifiutare il voucher ricevuto. In pratica, è necessario valutare se il beneficiario del dono subisca gli effetti e le conseguenze della truffa perpetrata dal tour operator. Tuttavia, potrebbero sorgere dubbi sulla sua qualificazione come soggetto passivo del reato se il beneficiario, ricevuta la smart box in regalo, contatta telefonicamente la struttura per prenotare o ricevere informazioni generiche e in tale occasione constatata la nullità o falsità del voucher. In tal caso, non essendovi alcuna diminuzione patrimoniale o alcun danno documentabile a suo carico, potrebbe risultare difficile considerarlo persona offesa dal reato, poiché non potrebbe lamentare alcun danno economico.

---

un uso subdolo ed ingegnoso delle parole, portando a modificare il convincimento della vittima che subisce una coartazione; in dottrina G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, Bologna 2022, 10; L. Marra, *Truffa*, in S. Fiore (cur.), *I reati contro il patrimonio*, Torino 2021, 477ss.; E. Mezzetti, *Truffa e frode (delitti di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano 2006, 6048.

<sup>49</sup> Cass. pen., Sez. II, 23/06/2016, n. 29853.

In merito a tale fattispecie criminosa la giurisprudenza ha previsto alcune fondamentali specificazioni: innanzitutto gli artifici e i raggiri non richiedono esclusivamente una condotta commissiva, ma ben possono dirsi attuati anche in maniera omissiva, cioè quando la parte, – che è obbligata contrattualmente o normativamente a dichiarare alcuni elementi del contratto, – tace sul punto omettendo una attività informativa alla quale era tenuta. Si noti che tale obbligo informativo sussiste anche nel caso in cui l'altra parte avrebbe potuto conoscere tali informazioni usando la normale diligenza.

In secondo luogo, la truffa contrattuale si configura anche nel caso in cui le prestazioni bilaterali delle parti hanno un tendenziale equilibrio economico, ossia non vi sia una rilevante sproporzione tra le medesime. In pratica ciò che è rilevante non è la sproporzione delle prestazioni, ma il fatto che una delle parti abbia deciso di accettare il sacrificio patrimoniale sulla base di artifici e raggiri, senza i quali non lo avrebbe compiuto<sup>50</sup>. In virtù di tale interpretazione, il contratto concluso a seguito del reato di truffa contrattuale non è nullo, ma annullabile, in quanto il dolo previsto dal reato è lo stesso previsto dal codice civile come strumento di coartazione della volontà contrattuale<sup>51</sup>.

Per quanto riguarda il momento consumativo del reato, un costante e consolidato orientamento giurisprudenziale ha sancito che la truffa contrattuale è un reato istantaneo e di danno, che si consuma quando la vittima predispone l'atto dispositivo a favore dell'agente e definitivamente arricchisce il patrimonio di quest'ultimo a livello patrimoniale<sup>52</sup>. Inoltre, la Corte di Cassazione prevede che la configurabilità del reato di truffa contrattuale è ravvisabile anche nel caso di colpa o di scarsa diligenza della vittima nell'appurare la veridicità di quanto affermato dalla controparte; l'orientamento assolutamente prevalente della giurisprudenza è quello di rendere esente da ogni concorso di colpa la vittima, anche nell'ipotesi in cui la stessa, usando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto evitare la configurazione del reato di truffa<sup>53</sup>.

Tuttavia, nel reato di truffa contrattuale il contratto ha, una duplice valenza: è infatti sia mezzo di esecuzione del reato, che il presupposto del danno patrimoniale cagionato. Perciò la

---

<sup>50</sup> *Ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. II, 22/12/2008, n. 47623; Cass., Sez. II, 08/11/2013 – 06/02/2014, n. 580 in *C.E.D. Cass.*, 2014; Cass., Sez. fer., 03/09/2013, n. 51760, in *C.E.D. Cass.*, 2013; Peraltro, si noti che sussiste un altro orientamento giurisprudenziale secondo il quale occorre comunque un danno patrimoniale per la vittima del reato, anche nelle forme di lucro cessante o danno emergente, Cass. pen., Sez. II, 29/10/2008, n. 47623.

<sup>51</sup> D. Terracina, *In tema di truffa contrattuale*, in *Giurisprudenza di merito* 6 (1996) 987-990.

<sup>52</sup> Cass., S.U., 21/06/2000, n. 18, in *D&G* (2000) 21; in senso conforme, Cass., Sez. II, 13/04/2011, n. 20025, in *Fisco on line* (2011) 674, nota di Altare; Cass., Sez. II, 11/12/2012, n. 49932, in *C.E.D. Cass.*, 2012; Cass., Sez. II, 14/02/2017, n. 11102, in *C.E.D. Cass.*, 2017.

<sup>53</sup> Cass., Sez. II, 07/06/2011, n. 32555, in *C.E.D. Cass.*, 2011; Cass., Sez. II, 03/07/2009, n. 34056, in *C.E.D. Cass.*, 2009; Cass., Sez. II, 12/02/2008, n. 22192, in *C.E.D. Cass.*, 2008.; Cass., Sez. V, 27/03/1999, n. 11441, in *C.E.D. Cass.*, 2000.

fattispecie della truffa contrattuale sancisce un obbligo di buona fede, cioè impone alle parti di operare durante la fase delle trattative, secondo i canoni della buona fede, come espressamente previsto in sede civile ai sensi dell'articolo 1337 c.c. Quindi l'obbligo di buona fede deve essere osservato nella fase che precede la stipulazione di un accordo negoziale, in modo che sia tutelato l'interesse pubblicistico della libera scelta contrattuale delle parti, e di conseguenza la libera circolazione di beni e servizi tutelata dall'articolo 41 della Costituzione.

Ne deriva che in sede penale appare rilevante il c.d. *dolus malus*, cioè quello che in sede civile viene concepito come causa di nullità del contratto, in quanto viene dolosamente coartata la volontà contrattuale della vittima in modo così pervasivo che la stessa altrimenti, senza tale condotta fraudolenta, non avrebbe concluso il contratto; mentre non rileva ai fini della reazione penale il c.d. *dolus bonus*, il quale produce solo vizi di annullabilità del contratto, in quanto di minore gravità.

In stretto collegamento a quanto sopra analizzato, occorre valutare se la vendita di *smart box* possa configurare, con i propri eventuali elementi patologici, una fattispecie penale e, in particolare, il reato di truffa *ex* articolo 640 c.p.

La vendita delle smart box avviene sia in un negozio fisico che on line tramite il sito dell'intermediario: è chiaro che qualora il cliente acquisti una smart box che pubblicizza un determinato servizio turistico e poi contattando la struttura turistica indicata come ricevente il voucher, ci si accorgesse che il voucher stesso è nullo, o inesistente o falso, allora in questo caso saremmo in presenza del reato *de quo*; l'unica possibilità per l'intermediario di risultare esente da responsabilità sarebbe quella di dimostrare che il fatto sia stato compiuto dal terzo, o che sia imprevedibile ed inevitabile oppure che non sia stato ravvisato il dolo nella volontà di arricchirsi a danno del compratore.

Se invece la vendita del pacchetto turistico avviene non nel negozio fisico ma mediante una piattaforma internet o un sistema di acquisto a distanza, allora l'orientamento giurisprudenziale ritiene applicabile l'aggravante del codice penale rappresentata dall'avvantaggiarsi di determinate circostanze (relative a tempo, luogo o persona) che indubbiamente provocano una diminuzione della possibilità della vittima di rendersi conto della reale situazione e di proteggere i propri interessi. Infatti, la distanza di luogo esistente tra compratore e venditore e l'impossibilità del venditore di verificare di persona la qualità e le caratteristiche del prodotto, lo collocano in una posizione di svantaggio rispetto alla controparte. Peraltro, su questo tema sussiste anche un orientamento maggiormente restrittivo, secondo il quale l'aggravante suddetta nelle truffe online è ravvisabile solo se si prova che il venditore abbia effettivamente

approfittato della propria posizione di vantaggio operativo, e sia stato agevolato dalla propria posizione di venditore on line, ossia del rapporto a distanza<sup>54</sup>.

Per quanto concerne la possibile configurazione del reato di frode in commercio in relazione alla vendita di smart box, è necessario delineare preliminarmente gli elementi costitutivi di tale reato al fine di valutare la sua applicabilità alla fattispecie in questione.

Il reato di frode in commercio, regolato dall'articolo 515 c.p., non rappresenta una particolare variante della più ampia figura della truffa, bensì costituisce una fattispecie autonoma e distinta da quest'ultima, come confermato dall'orientamento della giurisprudenza.

Nel reato di frode in commercio, la volontà contrattuale dell'acquirente non è influenzata o determinata dagli artifici e raggiri posti in essere dall'autore del reato, ma consiste semplicemente nella consegna al compratore di un bene diverso da quello pubblicizzato, proposto e concordato tra le parti. Pertanto, nel reato di frode in commercio, la volontà contrattuale della vittima non è viziata o coartata da artifici o raggiri, ma si forma liberamente. Il venditore o offerente del bene non compie alcuna operazione o condotta per influenzare la decisione, ma si limita a ricevere la volontà contrattuale altrui, per poi procedere alla consegna e alla vendita di un bene diverso da quello oggetto dell'accordo. Inoltre, il bene giuridico tutelato dalle due norme è differente: nel reato di truffa è la libertà contrattuale e il patrimonio del soggetto truffato, mentre nel reato di frode in commercio è la libertà del commercio, la corretta circolazione dei beni e la fiducia dei consumatori in un esercizio commerciale corretto e ordinato<sup>55</sup>.

Nel reato di frode in commercio, il venditore è tenuto a consegnare un bene diverso per tipologia, prezzo, misura, peso, qualità e quantità rispetto a quanto pubblicizzato, indicato o concordato con il cliente. Un esempio paradigmatico di tale reato è rappresentato da situazioni in cui un ristoratore, nel menu, indica l'uso di prodotti freschi, ma effettivamente confeziona i pasti con prodotti surgelati. In tale circostanza, si configura il reato di frode in commercio, poiché il ristoratore non ricorre a particolari artifici o inganni per influenzare la volontà del cliente, ma si limita a ricevere gli ordini e confezionare i pasti utilizzando prodotti surgelati invece che freschi. D'altra parte, il reato di truffa potrebbe configurarsi se il cliente, sedutosi al tavolo,

---

<sup>54</sup> Cass., 06/09/2018, n. 40045.

<sup>55</sup> Tuttavia, il reato di frode in commercio è stato introdotto nella nostra legislazione dal codice Rocco del 1930 con il fine di tutelare il corretto ed ordinato svolgimento dei commerci, mentre non era ravvisata la finalità di tutelare l'autonomia contrattuale privata: C. Pedrazzi, *Economia pubblica, industria e commercio (delitti contro)*, in *Enc. dir.* (1965) 218. In realtà, tale fattispecie era già prevista all'interno del Codice Zanardelli, solo che essa era inserita all'interno del capo relativo ai reati contro la fede pubblica, mentre il Codice Rocco collocava tale reato nell'ambito dei reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio.



chiede espressamente al ristoratore se i piatti vengono preparati con prodotti freschi o surgelati, e il ristoratore lo rassicura sull'uso esclusivo di prodotti freschi, mentre in realtà utilizza prodotti surgelati.

Il reato di frode in commercio prevede quindi la consegna e la vendita di un bene diverso per origine (proveniente da un luogo geografico di produzione diverso da quello indicato), provenienza (prodotto da un soggetto produttore diverso da quello effettivo), qualità (diversità di pregio e possibilità di utilizzo) e quantità (diversità nel peso, misura o numero). In merito la dottrina ha constatato che il bene giuridico protetto non è esclusivamente la volontà contrattuale privata dell'acquirente. Infatti, il reato può configurarsi anche nel caso in cui l'acquirente riceva un bene di pregio, valore, quantità o qualità superiori a quelli concordati, in quanto il bene giuridico tutelato è la fiducia nella corretta conduzione degli scambi commerciali che deve sussistere nella società<sup>56</sup>.

Si noti che una pronuncia della Corte di Cassazione ha ravvisato il reato di truffa nella condotta di vendere on line un determinato bene, reclamizzando le caratteristiche e generando negli altri utenti il legittimo affidamento circa la presenza del bene e delle sue qualità, anche qualora non vi fossero successive rassicurazioni del venditore circa l'asserita conformità di quanto indicato nell'annuncio con la realtà. Infatti, per la Cassazione tale condotta è sufficiente ad integrare il reato di truffa, in quanto di per sé idoneo ad ingenerare nell'altrui persona la fiducia sulla correttezza della controparte<sup>57</sup>.

Alla luce di quanto *ut supra* affermato, si può pertanto ragionare in termini di sussistenza dei due reati nella fattispecie di vendita di smart box; abbiamo già visto che sarebbe ben applicabile il reato di truffa, sia nella vendita in negozio fisico che in una piattaforma on line, qualora il compratore sia indotto all'acquisto dalle rassicurazioni, spiegazioni, delucidazioni e occultamenti posti in essere dal venditore, senza i quali non avrebbe comprato tale smart box; come soggetto passivo abbiamo visto che potrebbero essere considerati tali sia il compratore che il donatario della smart box e per quest'ultimo varrebbero le considerazioni sopra espresse in merito al suo eventuale danno patrimoniale patito.

Il reato di frode in commercio potrebbe anch'esso applicarsi alla fattispecie di vendita di smart box, intanto dal punto di vista soggettivo sarebbe configurabile poiché si tratterebbe di una attività generica di vendita di beni o servizi, quindi la fattispecie concreta potrebbe essere ricompresa nella fattispecie penale; inoltre sarebbe necessario che l'esercizio commerciale si

---

<sup>56</sup> G. Marinucci, voce *Frode in commercio*, in *Enc. Dir.*, Milano 1969.

<sup>57</sup> Cass. Pen. Sez. II, 11/09/2019, n. 41421, De Colombi, non massimata; Sez. VII, 13/01/2015, n. 16723, Caroli.  
Università degli Studi di Salerno

svolgesse in uno spaccio aperto al pubblico, ma sembra che non vi siano contestazioni riguardo all'esistenza di uno spazio aperto al pubblico nel caso di un sito *web* di un intermediario turistico o di una piattaforma digitale di commercio e compravendita. Quindi si potrebbe configurare il reato di frode in commercio qualora il compratore si rechi in un negozio fisico e provveda ad acquistare autonomamente una smart box indicante un certo servizio turistico e poi, successivamente all'acquisto, si avvede che essa contiene un voucher con una diversa destinazione turistica, o una diversa offerta turistica per periodo di villeggiatura, servizi offerti, destinazione, modalità di viaggio, costi differenti. In tal caso potrebbe anche ravvisarsi un vantaggio (magari perché si prevede un soggiorno più lungo o in un albergo più lussuoso) ma rimarrebbe sempre la vendita di un prodotto diverso da quello che il compratore voleva acquistare e/o che gli è stato proposto.

Semplicemente sarà necessario che l'intermediario (ossia la struttura che commercializza le smart box) non abbia posto in essere una condotta attiva od omissiva che lo abbia convinto ad acquistarla (magari assicurandolo circa la corrispondenza del contenuto con quanto indicato nella confezione); nel caso invece egli si sia recato nel negozio fisico o abbia effettuato un acquisto on line sul sito dell'intermediario o del tour operator che lo abbiano confermato espressamente circa la qualità e le caratteristiche del prodotto a seguito di una sua espressa richiesta al servizio clienti del sito o del tour operator, allora qui sarebbe configurabile il reato di truffa. L'elemento personale del reato di frode in commercio prevede che il soggetto attivo sia una persona dedita, anche in maniera non professionale, alla commercializzazione di beni o servizi, mentre il reato di truffa potrebbe essere compiuto da chiunque, quindi anche da un privato che abbia acquistato una smart box e che poi la rivenda privatamente ad altri privati; in tal caso non sarebbe configurabile il reato di frode in commercio, poiché prevede comunque persone che effettuino la vendita di beni o servizi in maniera non occasionale o sporadica<sup>58</sup>. Il tentativo del reato di frode in commercio sarebbe possibile nel momento in cui, a seguito di ispezione, nel magazzino o nel negozio fisico si rinvenissero delle smart box con indicazione in copertina di servizi o beni diversi da quelli realmente contenuti. In questa circostanza, anche in assenza di un effettivo acquisto da parte di un compratore, si potrebbe configurare il reato sotto forma di tentativo. Questo vale anche nel caso in cui le smart box siano conservate in pacchi e scatole chiuse nel magazzino, purché dalle circostanze di fatto emerga chiaramente la

---

<sup>58</sup> Orientamento rigoroso della Cassazione che ritiene applicabile il reato di frode in commercio all'agricoltore che vende i suoi prodotti sporadicamente sul ciglio della strada, Cass., Sez. VI, 15/04/1986.

volontà del detentore e venditore di metterle successivamente in commercio, escludendo l'ipotesi che siano destinate alla distruzione)<sup>59</sup>.

Per quanto concerne i soggetti lesi dai due reati in questione (truffa e frode in commercio), si può notare una distinzione significativa. Nel caso del primo, si contempla la plurioffensività della condotta, consentendo che il danneggiato, l'acquirente della *smart box* e persino l'eventuale destinatario della stessa, se coinvolto nelle conseguenze negative di tale condotta fraudolenta, possano essere considerati vittime del reato. Al contrario, il reato di frode in commercio presenta anch'esso una plurioffensività, ma con una direzione diversa: i soggetti giuridici lesi da tale reato possono essere solo gli acquirenti della *smart box*, colpiti nella loro fiducia circa la corretta attività commerciale, non nella loro interezza patrimoniale. Pertanto, il terzo donatario, che riceve la *smart box* senza averla acquistata e, di conseguenza, senza aver confidato in una spiegazione accurata dell'attività commerciale, non potrebbe essere considerato un soggetto leso. Questa tesi, tuttavia, non sembra sempre condivisibile, poiché non è chiaro il motivo per cui anche il donatario di una *smart box*, che successivamente risulta diversa da quella indicata, potrebbe non essere leso nella sua fiducia verso un corretto esercizio dei commerci. Anche in tal caso si potrebbe affermare che non esista un commercio corretto e regolare, e quindi lo stesso potrebbe essere tentato di astenersi dai commerci, limitando così la libera circolazione delle merci, proprio ciò che la norma penale vorrebbe evitare.

È importante prestare attenzione anche alla posizione dell'agenzia che agisce come mandataria del tour operator e che vende le *smart box*. Potrebbe essere esente da responsabilità penale se non partecipa attivamente alla condotta criminale del tour operator, limitandosi a mettere in vendita la merce senza poter verificarne il contenuto o senza utilizzare artifici per convincere il cliente. La responsabilità potrebbe configurarsi solo se l'agenzia è a conoscenza della natura fraudolenta del contenuto e continua la vendita senza intervenire dopo le segnalazioni dei clienti. Per quanto riguarda l'elemento soggettivo del reato di frode in commercio, la responsabilità ricade su chiunque eserciti un'attività di commercio di beni e servizi, inclusa l'agenzia viaggi che commercializza le *smart box*. Tuttavia, l'art. 515 c.p. richiede anche il dolo generico, quindi il giudice dovrebbe stabilire se l'agenzia mandataria del tour operator abbia consapevolmente messo in vendita e consegnato prodotti non corrispondenti a quanto dichiarato.

Nel caso in cui manchi la consapevolezza e la volontà di vendere o consegnare merce diversa da quella concordata, l'elemento soggettivo del reato potrebbe non essere configurabile. La

---

<sup>59</sup> Cass., Sez. II, 18/12/2008, n. 3749, ormai è risolto l'annoso dibattito giurisprudenziale circa la configurabilità del tentativo di frode in commercio, che ora viene pacificamente ammesso.

colpa, anche grave, non è considerata necessaria *ex art. 515 c.p.*, quindi anche se l'agenzia mandataria avesse agito con diligenza e dovuta professionalità nel constatare l'irregolarità delle smart boxes, non potrebbe essere oggetto di addebiti penali, ma potrebbe comunque essere responsabile civilmente per il fatto illecito.

Solo nel caso in cui l'agenzia commerciante venisse a conoscenza, anche casualmente, del contenuto fraudolento delle smart boxes e decidesse di continuare nella vendita, potrebbe configurarsi il reato di frode in commercio in concorso con il reato di truffa commesso dal tour operator.

#### 8. – **La responsabilità penale nella vendita di *smart box*: sfide e prospettive normative.**

La particolare tipologia di vendita delle smart box porta anche a riflettere circa la configurabilità di alcune fattispecie penali a tale scambio commerciale. È stato analizzato in precedenza come la normativa comunitaria abbia distinto precisamente le figure dell'organizzatore e del venditore, sancendo una prevalente responsabilità del primo rispetto al secondo. La normativa comunitaria essendo rimasta silente in materia penale, pare, quindi, opportuno affermare che le fattispecie penali applicabili alla vendita di smart box non siano state modificate: dunque, sembrano applicabili i reati di truffa contrattuale (*ex articolo 640 c.p.*) e frode in commercio (*ex articolo 515 c.p.*).

La dottrina e la giurisprudenza<sup>60</sup> hanno avuto modo di pronunciarsi in materia del reato previsto dall'articolo 515 c.p., prevedendo importanti specificazioni. Tale reato, come abbiamo visto, è un reato a dolo generico, nel senso che occorre la coscienza e la volontà di consegnare o vendere al cliente un prodotto diverso da quello pattuito per provenienza, origine, quantità e qualità. La fondamentale differenza tra i due reati consiste nella mancanza di artifici e raggiri, nella frode in commercio, e nel fatto che, all'interno della truffa contrattuale, il consenso alla conclusione del contratto della vittima è coartato ed influenzato da artifici e raggiri talché esso non si sarebbe manifestato qualora la parte colpita avrebbe avuto conoscenza della reale situazione.

Entrambi i reati sono reati a dolo generico, cioè occorre la presenza della sola coscienza e volontà della condotta, mentre si differenziano dal punto di vista soggettivo: la truffa contrattuale è un reato comune, cioè può essere posta in essere da chiunque, mentre il reato di frode in commercio è un reato proprio. In realtà la norma espressamente prevede che solo il

---

<sup>60</sup> L. Conti, voce *Frode in commercio e altri attentati alla fiducia commerciale*, in *Digesto disc. Pen.*, Torino 1991; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte speciale*, Bologna 2007; Cass., Sez. III, 03/11/1999, n. 14161; Cass., Sez. II, 18/12/2008, n. 3749.

commerciante o, comunque, chi svolge attività di vendita di prodotti può essere ritenuto autore, ossia chiunque effettui una cessione di beni e servizi a terzi. Di tal guisa, occorre segnalare che in giurisprudenza esiste un orientamento teso a configurare gli autori del reato di frode in ciascun soggetto che a qualunque titolo effettua la vendita del bene (quindi comprendendovi non solo il commerciante, ma anche gli ausiliari, i dipendenti, e persino i familiari)<sup>61</sup>, mentre in dottrina la tendenza è quella di circoscrivere l'ambito oggettivo di applicazione del reato, limitando la possibile condotta ai luoghi abitualmente dedicati alla vendita di beni e servizi<sup>62</sup>. La dottrina, inoltre, tende a circoscrivere l'ambito di applicazione del reato escludendo che esso possa essere compiuto durante un'attività di vendita meramente occasionale o sporadica, in quanto richiede che essa abbia il carattere di abitudine. Vieppiù, la giurisprudenza richiede che la condotta avente ad oggetto la consegna di un bene diverso da quello stabilito, sia compiuta nel corso di una attività obiettivamente commerciale<sup>63</sup>, anche se essa stessa presenti i caratteri di attività temporanea, del tutto occasionale, o addirittura anche illegale, cioè senza le dovute autorizzazioni o permessi.

A tal punto dell'analisi è opportuno precisare ulteriormente i contorni della condotta tipica: ad esempio, si ritiene che sussista il reato anche qualora il commerciante/proponente abbia invitato il cliente a rivolgersi ai propri ausiliari o dipendenti al fine di ottenere ulteriori informazioni, corrette e precise, in merito al prodotto posto in vendita. Di tal guisa, i giudici della Cassazione hanno ribadito che il cliente può ottenere tutte le informazioni utili sul prodotto sia direttamente che autonomamente, sia nel negozio fisico che sul sito web, senza essere costretto a richiedere ulteriori informazioni a soggetti terzi<sup>64</sup>. Un'altra importante precisazione della giurisprudenza consente di configurare il reato anche nel caso in cui la consegna o la vendita del prodotto sia frutto di una trattativa individuale e privata tra venditore e potenziale acquirente<sup>65</sup>.

Relativamente alla configurabilità del tentativo, esistono due orientamenti principali in materia. Un primo orientamento<sup>66</sup> sostiene che il tentativo si configuri solo quando si verifica un effettivo contatto e una trattativa concreta tra venditore e acquirente. In questo contesto, è fondamentale che durante tale trattativa siano stabiliti i dettagli identificativi del bene oggetto

---

<sup>61</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen., Sez. VI, 22/01/1983, in *Cass. Pen.* (1984) 531.

<sup>62</sup> F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte Speciale*, Milano 1982, 660.

<sup>63</sup> Cass. Pen., 14/03/2002, n. 633.

<sup>64</sup> Cass. Pen., Sez. III, 21/02/2018, n. 38793.

<sup>65</sup> Cass. Pen., Sez. III, 05/08/2021, n. 30685.

<sup>66</sup> Cass., Sez. III, 13/10/1994 (dep. 10 novembre 1994), n. 11258, Pres. Cavallari, Est. Novarese, Imp. Fiorito, *C.E.D.* 200393; Cass., Sez. VI, 10/01/1990 (dep. 24 maggio 1990), n. 7239, Pres. Accinni, Est. Stincardini, Imp. Lanuara, *C.E.D.* 184389.

della vendita, e successivamente che questi dettagli non siano stati rispettati dal bene effettivamente consegnato<sup>67</sup>. In contrasto con l'orientamento precedente, un secondo<sup>68</sup> sostiene che il reato di frode in commercio si configuri anche in presenza della semplice esposizione pubblica o della detenzione in magazzino di prodotti diversi da quelli indicati. Questa interpretazione si basa sull'idea che detenere in magazzino materiale diverso o metterlo in vendita rappresenti comportamenti idonei e univoci a realizzare il reato di frode in commercio, in quanto chi compie tali azioni non ha altro obiettivo se non quello di mettere in vendita tali beni.

La persistenza di tali differenti orientamenti ha comportato l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite nel 2000<sup>69</sup>. La Corte stabilì che il tentativo nel reato di frode in commercio è configurabile, ma non richiede necessariamente una trattativa individuale tra venditore e acquirente, né è sufficiente la detenzione in magazzino di beni diversi. Ciò su cui i giudici insistettero è che gli atti compiuti dal reo devono essere univoci e inequivocabili, diretti senza ombra di dubbio alla commissione del reato. Pertanto, la semplice detenzione in magazzino di prodotti diversi non costituisce tentativo, mentre lo è il mettere in vendita pubblicamente beni diversi o esporli pubblicamente, poiché queste azioni sono inequivocabilmente finalizzate alla conclusione di un contratto di vendita<sup>70</sup>.

In merito alla consumazione del reato, occorre segnalare una interessante pronuncia della Cassazione, la quale ha ritenuto configurabile il reato di frode in commercio anche nel caso in

---

<sup>67</sup> Questa interpretazione sposta l'attenzione della responsabilità penale alla fase della trattativa ed al trasferimento effettivo del bene. Inoltre, secondo questo orientamento, non sarebbero punibili, neanche nella forma di tentativo, le condotte che coinvolgono la messa in vendita di beni diversi o differenti da quelli dichiarati o la commercializzazione di beni contraffatti o differenti da quelli indicati. Tale orientamento si basa sulla considerazione che il legislatore ha disciplinato specificamente le azioni preliminari e preparatorie alla messa in vendita di un bene solo quando lo ha ritenuto opportuno, come evidenziato negli articoli 516 e 517 del codice penale.

<sup>68</sup> Cass., 05/09/2023, n. 36684; Corte Cass., Sez. III, 15/02/2011n. 22313; Corte Cass., Sez. III, 18/12/2008, n. 3479.

<sup>69</sup> Cass., Sez. Un., 25/10/2000 (dep. 21 dicembre 2000), n. 28, Pres. Vessia, Est. Sirena, Imp. Morici, *C.E.D.* 217295.

<sup>70</sup> L'intervento delle Sezioni Unite, peraltro, non si è dimostrato risolutivo, in quanto le pronunce successive dei giudici di legittimità hanno riproposto l'esistenza dei due orientamenti: un primo orientamento continuava a ritenere necessaria una trattativa concreta tra venditore ed acquirente, Cass., Sez. III, 25/09/2002 (dep. 8 novembre 2002), n. 37569, Pres. Toriello, Est. De Maio, Imp. Silvestro, in *C.E.D.* 222556, mentre un altro postulava il principio secondo cui la semplice detenzione in magazzino di prodotti diversi sia sufficiente a configurare il tentativo, non essendo necessaria la messa in vendita del bene diverso. Cass., Sez. III, 28/10/2010 (dep. 25 novembre 2010), n. 41758, Pres. Ferrua, Est. Lombardi, Imp. Mistrioni, in *C.E.D.* 248703; Cass., Sez. III, 18/12/2008 (dep. 26 gennaio 2009), n. 3479, Pres. Altieri, Est. Lombardi, Imp. Urbani, in *C.E.D.* 242288; Cass., Sez. III, 5/11/2008 (dep. 16 gennaio 2009), n. 1454, Pres. De Maio, Est. Marmo, Imp. Frescobaldi, in *C.E.D.* 242263; Cass., Sez. III, 9/07/2004 (dep. 8 settembre 2004), n. 36056, Pres. Dell'Anno, Est. Sarno, Imp. Botindari, in *C.E.D.* 229480.

cui il venditore, prima della vendita, aveva pubblicizzato determinate caratteristiche del prodotto, e successivamente l'aveva messo in vendita con etichetta diversa; così facendo, pur avendo il bene alcune caratteristiche indicate in etichetta o sul sito, la precedente campagna pubblicitaria ha ingenerato nei consumatori la erronea convinzione circa il prodotto stesso<sup>71</sup>. Il reato, infatti, si concretizza quando il bene consegnato è diverso da quello promesso in termini di genere, luogo di produzione, utilizzabilità, conservazione, peso, misura, numero o qualità. La diversità del bene è definita in base all'origine ed alla provenienza, mentre per peso, misura, numero e qualità si fa riferimento a caratteristiche intrinseche ed esteriori<sup>72</sup>. Peraltro, la giurisprudenza maggioritaria sembra poggiare su un dato normativo decisamente fondato: poiché tale reato è plurioffensivo e tutela anche la regolarità e la correttezza dei commerci, il fatto che venga consegnato un bene diverso da quello pattuito rappresenta una oggettiva lesione di tale interesse, per cui non pare condivisibile che la successiva accettazione del cliente privato possa rendere inesistente il reato. Si noti che secondo un'interessante dottrina<sup>73</sup> la sussistenza del reato non è esclusa dal fatto che il bene venduto è di qualità uguale o perfino maggiore di quello pattuito: anche nel caso di un bene con valore economico superiore a quello pattuito, il reato sarebbe configurabile, in quanto il suo carattere plurioffensivo comporterebbe che anche in caso di vendita di bene di valore superiore, venga leso il bene dell'affidamento nella correttezza e nella regolarità dei commerci, per cui l'ordinamento non può esimersi dall'eventuale repressione penale. Dunque, la questione della truffa collegata alla vendita di smart box è un tema di crescente importanza, dato il sempre più diffuso utilizzo di questi dispositivi nel mercato globale. La truffa in questo contesto può manifestarsi in varie forme, dalle false promesse sulla funzionalità delle smart box alle rappresentazioni ingannevoli sulla loro qualità. La protezione dei diritti dei consumatori e la promozione di pratiche commerciali etiche sono fondamentali per garantire la fiducia dei consumatori nell'acquisto di questi dispositivi. Con l'evoluzione tecnologica, le potenziali forme di truffa legate alla vendita di smart box possono cambiare e diventare più sofisticate. Ad esempio, la manipolazione di software o l'offerta di aggiornamenti falsi potrebbero diventare nuovi modi di ingannare i

---

<sup>71</sup> Cass. pen., Sez. III, 22/05/2008, n. 27105.

<sup>72</sup> Altro tema particolarmente dibattuto è stata la configurabilità del reato nel caso in cui il cliente accetti il bene differente offertogli; la maggioritaria giurisprudenza afferma che il reato si perfeziona con la materiale consegna del bene diverso, pertanto l'eventuale accettazione del medesimo da parte del cliente è del tutto indifferente, in quanto interviene successivamente alla perfezione del reato. Secondo parte della dottrina, invece, l'accettazione del bene da parte del cliente rappresenterebbe una novazione dell'accordo.

<sup>73</sup> V. Pacileo, *Il Diritto degli Alimenti. Profili civili, penali ed amministrativi*, Milano 2022, 233-261.

consumatori. Le autorità di regolamentazione e le giurisdizioni devono essere pronte a adattare la loro legislazione per affrontare queste sfide emergenti.

Da qui la primordiale esigenza di educare i consumatori alla prevenzione della truffa legata alla vendita di smart box. I consumatori devono essere consapevoli dei loro diritti e delle normative di tutela dei consumatori vigenti. Inoltre, dovrebbero essere incoraggiati a fare ricerche accurate prima di effettuare acquisti online o presso rivenditori fisici. La consapevolezza dei potenziali rischi può aiutare i consumatori ad evitare situazioni in cui potrebbero essere vittime di truffa. Considerando la natura globale del mercato delle smart box, la cooperazione internazionale è essenziale per affrontare efficacemente la truffa in questo settore. Le autorità regolamentari e le forze dell'ordine devono collaborare a livello internazionale per individuare e perseguire venditori disonesti che operano oltre le frontiere nazionali. La condivisione di informazioni e l'adozione di strategie comuni possono essere strumenti fondamentali nella lotta contro la truffa transnazionale.

Date le sfide in continua evoluzione associate alla truffa legata alla vendita di smart box, le legislazioni devono essere soggette a costanti revisioni e aggiornamenti. Le autorità di regolamentazione e i legislatori dovrebbero essere pronti ad adeguare le leggi per affrontare nuove minacce e proteggere al meglio i consumatori. Questi aggiornamenti normativi dovrebbero riflettere le nuove tecnologie, le tendenze di mercato e le sfide emergenti. Il mantenimento di un ambiente commerciale equo e l'assicurazione della fiducia dei consumatori sono obiettivi centrali nella gestione della truffa nella vendita di smart box.

#### **9. – Profili processuali: *locus commisi delicti* delle due fattispecie di reato ed i contestuali “giudici competenti”.**

I due reati divergono dal punto di vista anche processuale, in quanto la truffa prevede la querela di parte come condizione di procedibilità, mentre il reato di frode in commercio è perseguibile d'ufficio, poiché posto a tutela di interessi prettamente pubblicistici.

La competenza dei giudici è determinata dal luogo di commissione e di perfezione del reato; il reato di truffa si consuma quando si verifica la *deminutio patrimonii* della vittima che a seguito degli artifici o raggiri si convince ad effettuare l'atto di disposizione patrimoniale. La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che ciò coincide con il momento consumativo del reato, mentre le eventuali rassicurazioni del reo alla vittima, circa la buona riuscita dell'affare e della buona destinazione delle somme versate, non costituiscono elementi materiali del reato,



bensi semplice condotta *post delicto* attuata dal reo, al sol fine di consolidare gli effetti e i vantaggi di un reato già consumatosi<sup>74</sup>.

Quindi il reato di truffa si consuma “quando” e nel “luogo” in cui il soggetto passivo si decide di acquistare la smart box e aderisce agli artifici e raggiri del compratore nell’esercizio commerciale o nella sede commerciale fisica. Lo stesso dicasi per il reato di frode in commercio, stante il fatto che esso prevede appunto la sua esecuzione in uno spaccio aperto al pubblico o in un negozio “fisico”; anche per il reato di frode in commercio, la consumazione è determinata dal luogo nel quale avviene la materiale consegna del bene diverso da quello previsto dall’acquirente; attenzione che si equipara alla consegna materiale della cosa (*alias* smart box) anche la consegna di un documento o la ricevuta o la bolla che rappresenti l’avvenuto acquisto del bene e rimanda ad una successiva consegna del medesimo<sup>75</sup>; quindi, qualora il privato sia entrato in un esercizio commerciale fisico e abbia acquistato la smart box, quello sarà il momento e il luogo utili per individuare il giudice competente a decidere del reato *de quo*.

Peraltro, entrambi i reati hanno anche una importante valenza “informatica”, nel senso che oggi si sono esponenzialmente moltiplicati i siti e le piattaforme di commercio elettronico e di vendita di pacchetti turistici; anzi, il settore turistico e quello delle smart box è proprio uno dei settori maggiormente coinvolti dalla digitalizzazione, per cui appare opportuno attenzionare le tematiche processuali relative alla conclusione di contratti di vendita on line.

La giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi circa le varie fattispecie di truffe perpetrate on line arrivando ad un orientamento piuttosto consolidato in merito, relativo al momento consumativo ed al luogo di commissione del reato; circa il primo si ritiene che il momento consumativo non coincida con la diminuzione patrimoniale patita dalla vittima, ma quando il venditore truffatore entri nella disponibilità di tale denaro o di tale disposizione patrimoniale, mediante un accredito sul proprio conto corrente<sup>76</sup>. Circa il secondo, la competenza territoriale del giudice penale, – in materia di reato di truffa, – si configura nel momento in cui il venditore o la parte agente ottiene la disponibilità della somma pagata dalla vittima; quindi, il luogo coincide con quello su cui sarà accreditata la somma pagata dalla vittima<sup>77</sup> e, pertanto, la

---

<sup>74</sup> Corte Cass., 05/12/2022, n. 43900.

<sup>75</sup> L. Conti, voce *Frode in commercio e altri attentati alla fiducia commerciale* cit.

<sup>76</sup> Cass. pen., Sez. II, 29/11/2016, n. 7294, Corte Cass. pen., Sez. II, 20/10/2016, n. 48027; v. anche Corte Cass. Pen., Sez. I, n. 21357/2021, la quale precisa che il momento della consumazione del reato in caso di bonifico bancario è quello in cui il ricevente si impossessa della somma ricevuta sul conto corrente, poiché fino a quel momento il disponente tale bonifico ha sempre la possibilità di revocare il bonifico, mentre nel caso di accredito della somma su carta prepagata il momento consumativo è quello della ricarica effettuata dalla vittima a favore della carta prepagata del reo, in quanto l’accredito della somma è immediato e simultaneo.

<sup>77</sup> Cass. pen., Sez. II, 03/10/2019, n. 48987.

competenza territoriale sarà determinata in base ai suddetti luoghi. Qualora invece tali luoghi non siano determinabili con certezza, allora si applicheranno i criteri suppletivi previsti dall'articolo 9 c.p.p.<sup>78</sup>.

Leggermente differente è la fattispecie del reato di frode in commercio: in base alla formulazione letterale dell'articolo 515 c.p., tale reato si concretizza con la consegna di un bene differente da quello pattuito tra le parti e, come evidenziato anche dalla giurisprudenza, si perfeziona attraverso tale consegna. Di conseguenza, il luogo di commissione può essere individuato nel luogo fisico in cui avviene la consegna materiale della smart box, cioè nel luogo in cui si realizza l'esercizio commerciale fisico visitato dall'acquirente. Al contrario, se l'acquisto avviene online, il reato si considera perfezionato quando il cliente riceve fisicamente il bene acquistato presso il proprio domicilio, dove può constatare eventuali differenze rispetto a quanto concordato.

Pertanto, a livello nazionale, si può affermare che la competenza territoriale del giudice riguarda il luogo di consegna materiale del bene oggetto della transazione<sup>79</sup>.

Resta ancora da esaminare la questione della truffa perpetrata all'estero, ossia mediante l'utilizzo di piattaforme, sistemi di pagamento e di commercializzazione, nonché siti web situati al di fuori del territorio nazionale. In questo contesto, la giurisprudenza richiede che, al fine di stabilire la competenza territoriale del giudice italiano, almeno uno degli elementi costitutivi del reato di truffa sia effettuato e realizzato nel territorio italiano. Ciò implica che sia il luogo in cui si manifesta tale elemento (quali gli artifici e raggiri, la trattativa, l'atto di disposizione patrimoniale della vittima, il pagamento o il conseguimento del profitto da parte del reo) a costituire la base della competenza territoriale del giudice italiano<sup>80</sup>.

In merito al reato di frode in commercio posto in essere da soggetti o da piattaforme situate all'estero, la situazione è leggermente differente in quanto tale reato si perfeziona con la consegna del bene materiale oggetto della vendita; quindi, in questo caso il perfezionamento del reato avviene sempre nel territorio nazionale, con la consegna materiale del bene al compratore, per cui non appare vi siano dubbi interpretativi in merito ad una possibile competenza del giudice italiano.

Nel contesto giuridico delineato, emerge chiaramente la differenza processuale tra i reati di truffa e frode in commercio, rivelando la necessità di una querela di parte per la procedibilità

---

<sup>78</sup> Cass. pen., Sez. II, 20/10/2016, n. 48027.

<sup>79</sup> Cass. pen., Sez. III, 31/01/2019, n. 4885.

<sup>80</sup> Cass., Sez. II, 01/02/2017, n. 14744.

della truffa, mentre la frode in commercio è perseguibile d'ufficio, tutelando interessi di natura pubblicistica.

La competenza giudiziaria, determinata dai luoghi di commissione e perfezione del reato, si articola in modo distinto per entrambi i reati. La truffa si consuma nel momento in cui il soggetto passivo decide di acquistare la smart box e aderisce agli artifici e raggiri, trovando il suo *locus* in un esercizio commerciale o nella sede fisica. Analogamente, la frode in commercio trova la sua consumazione con la consegna materiale del bene, situazione che si materializza nel luogo fisico dell'esercizio commerciale visitato dall'acquirente.

Nell'era digitale, con l'avvento delle transazioni online, il quadro processuale si complica. Per la truffa, la giurisprudenza stabilisce che la competenza territoriale si determina in base al luogo in cui il venditore ottiene la disponibilità della somma pagata dalla vittima, considerando il luogo dell'accredito come determinante. Per la frode in commercio online, la competenza giudiziaria si estende al luogo di consegna materiale del bene oggetto della transazione.

La sfida della truffa perpetrata all'estero richiede almeno uno degli elementi costitutivi del medesimo reato effettuato e realizzato nel territorio italiano, mentre per la frode in commercio la competenza giudiziaria è chiaramente vincolata al perfezionamento del reato con la consegna materiale nel territorio nazionale.

In questo contesto, il diritto deve adattarsi alla crescente digitalizzazione, richiedendo una revisione costante delle leggi per affrontare nuove sfide e garantire un ambiente commerciale equo, proteggendo al contempo i consumatori. La cooperazione internazionale, la condivisione di informazioni e l'adozione di strategie comuni sono cruciali nella lotta contro la truffa transnazionale, preservando al contempo l'integrità del sistema legale.